L’effet restrictif de la Loi antiterroriste de 2015 sur les avocats spéciaux

Ma recherche porte sur l'impact restrictif des articles de la loi antiterroriste de 2015 concernant les avocats spéciaux. Plus spécifiquement, les avocats spéciaux s'inquiètent que les nouvelles provisions placent des obligations trop restrictives sur l'accès à l'information secrète du gouvernement sur l'individu en question. L'incapacité d'avoir accès à ces informations secrètes soulève plusieurs questions d'iniquité face aux audiences tenues à huis clos. Ma recherche visera donc une analyse des nouvelles provisions.

Connue en langage plus familier comme le projet de loi C-51, la *Loi antiterroriste de 2015* (« la loi ») a été introduite par le gouvernement canadien sous la direction de l'ancien Premier ministre Harper. La loi a reçu la sanction royale le 18 juin 2015. Le gouvernement propose que la loi vise à « encourager et à faciliter la communication d'information entre les institutions fédérales afin de protéger le Canada contre des activités qui portent atteinte à la sécurité du Canada ».[1] Le gouvernement prétend aussi être capable de prendre des mesures « dans le but de prévenir les déplacements à des fins terroristes, de déjouer les efforts qui sont faits pour faire du Canada un terrain de recrutement et de prévenir des attaques prévues sur notre territoire »[2] grâce à la loi. Bien que la loi a été accueillie en grand nombre par les députés conservateurs et libéraux à la Chambre des communes, la loi n'a pas reçu l'accueil chaleureux du public espéré par le gouvernement. Plusieurs experts, critiques et citoyens à travers le pays se sont manifestés contre le projet de loi. Il est évident que la nouvelle loi nous présente plusieurs changements législatifs controversés.

---

[1] *Loi antiterroriste de 2015*, SC 2015, c20, partie 1 art 2.
[2] Gouvernement du Canada, « Loi antiterroriste de 2015 » (16 novembre 2015), en ligne : Canada.ca <https://www.canada.ca/fr/campagne/antiterroriste.html>.

Les changements proposés par la loi se divisent en cinq parties principales. Les provisions qui touchent au sujet des avocats spéciaux se trouvent principalement à la cinquième partie sous les modifications à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« LIPR »). Parmi les changements se trouvent les grands thèmes suivant : le dépôt de la preuve et du résumé, l'appel du ministre, le contrôle judiciaire et l'obligation de communication.

Avant de commencer l'analyse de ces grands thèmes trouvés dans la partie cinq, il serait utile de premièrement présenter un peu de l'historique des avocats spéciaux au Canada pour mieux comprendre leur rôle important dans le cadre de la LIPR. Tout d'abord, le Ministère de la Justice définit les avocats spéciaux comme des « avocats du secteur privé qui sont indépendant du gouvernement et qui sont autorisés à avoir accès à des documents très secrets. L'avocat spécial défend les intérêts du résident permanent ou de l'étranger qui fait l'objet d'un certificat de sécurité ou d'autres mesures sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), lors de toute audience tenue en l'absence de cette personne ou de son avocat ».[3] En vertu de l'article 85 (1) de la LIPR, le ministre de la Justice est mandaté de dresser « une liste de personnes pouvant agir à titre d'avocats spéciaux et publie la liste de la façon qu'il estime indiquée pour la rendre accessible au public ».[4]

Cependant, le rôle de l'avocat spécial n'a pas toujours existé. En fait, le système des avocats spéciaux mentionner ci-haut s'est manifesté en réponse à la contestation

---

[3] Ministere de la Justice, « Programme des avocats speciaux » (15 mai 2015), en ligne : justice.gc.ca <http://www.justice.gc.ca/fra/fina-fund/sjp-jsp/es-sa.html>.
[4] *Loi sur l'immigration et la protection des refugiés*, LC 2001, ch 27, art 85(1) [LIPR].

constitutionnelle dans l'affaire Charkaoui c Canada.[5] Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a conclu que la « *LIPR* contrevient de manière injustifiable à l'art. 7 de la *Charte* en autorisant la délivrance d'un certificat d'interdiction de territoire sur la foi de documents secrets, sans prévoir la participation d'un représentant indépendant à l'étape du contrôle judiciaire pour garantir le plus grand respect des intérêts de la personne désignée ».[6] En essayant de trouver « des façons de protéger des renseignements sensibles tout en accordant aux personnes un traitement juste »[7], la juge en chef McLachlin a proposé quelques solutions moins attentatoires. Parmi les solutions proposer se trouve quelques exemples et scénarios à l'interne et à l'externe du pays où il y a eu lieu d'un recours à un genre de système d'avocat spécial. Cela inclut notamment des exemples tels que l'utilisation du CSARS (Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité), les recours offerts par certaines provisions dans la Loi sur la preuve au Canada[8], le procès concernant Air India[9], la Commission Arar et finalement l'exemple « du système de représentant spécial utilisé par la *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC) au Royaume-Uni ».[10] Le but dans tous ces cas est surtout d'établir un juste équilibre « entre la protection des renseignements sensibles et les droits procéduraux individuels ».[11]

Après l'affaire Charkaoui, la Cour suprême a décidé de suspendre la prise d'effet de leur décision pour un an pour donner au législateur un délai suffisant pour

---

[5] *Charkaoui, Re*, 2007 CSC 9 [Charkaoui].
[6] *Ibid* au para 3.
[7] *Ibid* au para 70.
[8] *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, ch C-5.
[9] *R c Malik*, 2005 CSCB 350, [2005] B.C.J. nº 521.
[10] *Charkaoui, supra* note 5 au para 80.
[11] *Ibid* au para 77.

effectuer des modifications à la loi. En réponse, le gouvernement du Canada a agi en choisissant d'adopter un régime semblable à celui utilisé au Royaume-Uni. Ils ont fait ces changements par voie 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*.[12] Ce projet de loi, lui aussi, a fait sujet de plusieurs critiques. Par exemple, en 2007, Craig Forcese et Lorne Waldman on publier une étude compréhensive de l'utilisation des avocats spéciaux au Royaume-Uni avec le but de fournir des recommandations et conseils au niveau du régime qui devrait être employer au Canada. Dans leur rapport, les deux juristes on conclu que le Canada serait mieux servit d'incorporer le rôle de l'avocat spécial dans le modèle offert par CSARS au lieu d'adopter le système du Royaume-Uni qui comprend lui aussi ses propres lacunes.[13] Pourtant, ce projet de loi a reçu la sanction royale en février 2008 et ceci marque le début du programme des avocats spéciaux qui fait sujet des modifications proposer dans la *Loi antiterroriste de 2015*.

Avec cela en tête, commençons donc avec les provisions touchant le dépôt de la preuve et du résumé. Paragraphe 54 de la Loi remplace les paragraphes 77(2) et (3) de la LIPR telle que suit :

> (2) le ministre dépose en même temps que le certificat les renseignements et autres éléments de preuve <u>qui se rapportent à l'interdiction de territoire constatée dans le certificat et</u> justifiant ce dernier, ainsi qu'un résumé de la preuve qui permet à la

---

[12] *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence,* LC 2008, ch 3.

[13] Craig Forcese et Lorne Waldman, *Seeking Justice in an Unfair Process*, Ottawa, 2007 à la p ii.

> personne visée d'être suffisamment informée de sa thèse et qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le ministre, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.
>
> (3) Il ne peut être procédé à aucune instance visant la personne au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statuer sur le certificat. Ne sont pas visées les instances relatives aux articles 79.1, 82 à 82.31, 112 et 115. [14]

En lisant le paragraphe 54, on peut voir que le gouvernement a ajouté la phrase « qui se rapportent à l'interdiction de territoire constatée dans le certificat ». En ajoutant ces mots, le gouvernement a modifié le rôle de l'avocat spécial. Ainsi peut-on dire que ce changement a abaissé le seuil de l'obligation du gouvernement de fournir des informations complètes à l'avocat spécial. Dans le texte de l'ancienne version de la Loi, le ministre avait l'obligation large de fournir et de déposer tous les renseignements et autres éléments de preuve justifiant le certificat. Dans le nouveau texte, le ministre peut exercer un nouveau pouvoir discrétionnaire. Ce pouvoir discrétionnaire pose un risque potentiel pour l'avocat spécial et celui de la personne visée parce que le ministre peut maintenant faire ses propres conclusions au niveau de la pertinence de la preuve à fournir. Lorne Waldman, avocat spécial situé à Toronto, partage la thèse suivant par rapport aux pouvoirs discrétionnaires conférer au gouvernement : « the problem with[C-51] is that it removes one of the only tools that the special advocates have for challenging the reliability of the secret evidence ».[15] M. Donald Galloway, un professeur de droit à l'Université de Victoria, expose un autre problème qui risque de se manifester grâce à la

---

[14] Loi antiterroriste, supra note 1, art 54.

[15] Louise Elliott, « Bill C-51 Defies Key Rulings on Security Certificates, Lawyers Say », CBC News (27 fevrier 2015) en ligne : <http://www.cbc.ca/m/touch/news/story/1.2973772 Feb 27, 2015>.

nouvelle législation. Il constate : « Bill C-51 modifies the processes of removing people from Canada by permitting the Minister to withhold evidence relating to the credibility of its source, including evidence that information was obtained by torture ».[16] Comme l'explique M. Galloway, la Loi antiterroriste modifie la LIPR de sorte qu'il est possible pour le ministre de ne pas divulguer certaines informations telles que l'usage de la torture par exemple. Il est évident qu'il ne faut pas sous-entendre que ceci était le but du gouvernement ou que ces situations hypothétiques se produiraient certainement. Le but de l'exercice est plutôt d'exposer les défauts de la loi pour éviter le risque qu'un scénario semblable se produise. Avec cela en tête, on peut voir l'importance du rôle de l'avocat spécial qui est dans la meilleure position d'examiner les renseignements et de contester certains faits afin d'assurer les droits et libertés des personnes visées par les certificats. Ceci nous démontre aussi l'importance d'avoir accès à tous les renseignements pour assurer la conformité à la loi et de tenir le gouvernement responsable de leurs actions. La nouvelle législation risque donc de mettre en péril ces fonctions importantes des avocats spéciaux.

En ce qui concerne le paragraphe 77(3), il est aussi important de noter l'ajout des paragraphes 79.1 et 82.31 dans la liste d'exception. En ajoutant ces deux paragraphes à la liste, le ministre agrandit son pouvoir d'appel pour inclure les situations visées dans les deux articles ci-haut. Cette modification s'entremêle notamment avec le deuxième grand thème; celui concernant les nouveaux pouvoirs d'appel conférer au ministre dans les

---

[16] Green Party of Canada, « Bill C-51 Could Allow Government Use Evidence Obtained Through Torture » (6 mars 2015) en ligne : greenparty.ca <http://www.greenparty.ca/en/media-release/2015-03-06/bill-c-51-could-allow-government-use-evidence-obtained-through-torture>.

paragraphes 79.1, 82.31 et 87.01 de la LIPR. L'article 55 de la loi antiterroriste modifie par adjonction, après l'article 79, ce qui suit :

> **79.1** (1) Malgré l'article 79, le ministre peut, en tout état de cause, interjeter appel de toute décision rendue en cours d'instance et exigeant la divulgation de renseignements ou autres éléments de preuve qui porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, sans que le juge soit tenu de certifier que l'affaire soulève une question grave de portée générale.
>
> (2) L'appel suspend l'exécution de la décision ainsi que l'instance visée à l'article 78 jusqu'à ce qu'il soit tranché en dernier ressort.[17]

L'article 79 qui précède la nouvelle modification donne le juge le pouvoir d'évaluer le caractère raisonnable du certificat et de l'annuler s'il ne peut conclure qu'il est raisonnable.[18] Avec cela en tête, on peut voir que les nouveaux paragraphes 79.1 (1) et (2) permet au ministre de contourner le pouvoir décisionnel du juge à l'article 79. L'article 79.1 confère aussi au ministre d'interjeter appel en tout état de cause s'il prétend, selon sa propre discrétion, une atteinte à la sécurité nationale ou d'autrui. Le paragraphe 79.1 (2) ajoute aussi des risques potentiels de ralentir et même immobiliser le procès pendant que l'appel est tranché. La nouvelle loi nous dit clairement que l'appel du ministre suspend l'exécution de la décision du certificat ainsi que la décision du caractère raisonnable à l'article 78.

Le même pouvoir d'appel est présenté à l'article 56 de la loi antiterroriste. L'article modifie encore une foi par adjonction, après l'article 82.31 de ce qui suit :

> **82.31** (1) Malgré l'article 82.3, le ministre peut, en tout état de cause, interjeter appel de toute décision rendue en cours d'instance et exigeant la divulgation de

---

[17] *Loi antiterroriste*, supra note 1, art 55.
[18] LIPR, supra note 4 au para 79.

> renseignements ou autres éléments de preuve qui porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, sans que le juge soit tenu de certifier que l'affaire soulève une question grave de portée générale.
>
> (2) L'appel suspend l'exécution de la décision jusqu'à ce qu'il soit tranché en dernier ressort.[19]

Malgré les termes et vocabulaires quasiment identiques à celui employé à l'article 79.1, cette nouvelle provision concerne les droits de détention et mise en liberté. Plus spécifiquement, l'article 81 de la LIPR donne le pouvoir au ministre et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de « lancer un mandat pour arrestation et la mise en détention de la personne visée par le certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'elle constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'elle se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi ».[20] Tel qu'on a vu à l'article 55, la Loi antiterroriste donne encore au ministre un plus grand pouvoir d'appel. Avant que les modifications de la Loi antiterroriste soient rentrées en vigueur, le ministre pouvait seulement interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale des décisions rendues au titre des articles 82 à 82.2 que « si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci; toutefois, les décisions interlocutoires ne sont pas susceptibles d'appel ».[21] Par contre, le ministre peu encore une foi contourner le pouvoir décisionnel de la Cour en le remplacent avec le pouvoir discrétionnaire du ministre. Les mêmes risques existent tant à l'article 82.31 (2) qu'à l'article 79.1 (2) discuter ci-haut. L'appel du ministre suspend l'exécution de la

---

[19] *Loi antiterroriste*, supra note 1, art 56.
[20] LIPR, supra note 4 à l'art 81.
[21] Ibid à l'art 82.3.

même façon, jusqu'à ce que l'appel soit trancher et donc risque de ralentir le procès et présente un risque d'abus en placent le ministre dans une position avantager.

D'ailleurs, le troisième exemple d'ajout de pouvoir d'appel se retrouve à l'article 87.01 de la LIPR. L'article 60 de la Loi antiterroriste modifie la LIPR en ajoutant le suivant :

> **87.01** (1) Le ministre peut, en tout état de cause, interjeter appel en Cour d'appel fédérale de toute décision rendue au cours du contrôle judiciaire et exigeant la divulgation de renseignements ou autres éléments de preuve qui porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, sans que le juge soit tenu de certifier que l'affaire soulève une question grave de portée générale.
> (2) L'appel suspend l'exécution de la décision, ainsi que le contrôle judiciaire, jusqu'à ce qu'il soit tranché en dernier ressort.[22]

Comme on vient juste de voir aux articles 79.1 et 82.31, l'addition de l'article 87.01 (1) et (2) agrandit le pouvoir du ministre en lui donnant un pouvoir d'appel additionnel dans le cadre du contrôle judiciaire. L'article 87 de la LIPR donne le ministre le pouvoir de demander à la cour l'interdiction de la divulgation de renseignements et autres éléments de preuve.[23] L'article 87.01 ajoute à l'article 87 pour faire en sorte que le ministre peut contourner la décision de la Cour quant à la demande de l'interdiction de divulgation. Encore une foi, l'addition de l'article permet la possibilité de passer à l'étape de l'appel sans que la Cour soit obligée d'évaluer le caractère grave de portée générale. De plus, le paragraphe (2) du même article ajoute au problème en énonçant que l'exécution de la décision et le contrôle judiciaire sera suspendu en attendant que l'appel soit tranché.

---

[22] *Loi antiterroriste*, supra note 1, art 60.
[23] LIPR, supra note 4 à l'art 87.

Comme j'ai déjà expliqué dans l'analyse des deux articles précédents, ce deuxième paragraphe risque de permettre et même de promouvoir des délais à différentes étapes du procès. En autorisant la suspension du procès pendant que l'appel est tranché, la Loi donne au ministre le pouvoir discrétionnaire d'interrompre et d'immobiliser les procès sans être obligé de demander permission à la Cour.

On peut voir aussi par l'entremise des articles 79.1, 82.31 et 87.01 un problématique qui se répète. Le problème ici est que le ministre gagne un recours additionnel pour essayer de ne pas divulguer tous les renseignements à l'avocat spécial. On voit parmi les articles 79.1, 82.31 et 87.01 que le gouvernement voulait certainement donner des pouvoirs additionnels au ministre en ce qui concerne la divulgation d'informations. En faisant l'analyse de ces trois articles, on peut voir que la Loi crée un régime inéquitable en placent le ministre dans une position de pouvoir en ce qui concerne le pouvoir d'appel et la divulgation de certains renseignements. Ces provisions font en sorte que le ministre peut interjeter appel à plusieurs instances s'il estime que la divulgation des renseignements porte atteinte à la sécurité nationale ou à autrui. Bien que la Loi soit sans doute animée de bonnes intentions en essayant évidemment de créer une situation favorable pour le ministre dans le but de protéger des informations sensibles, il ne faut pas oublier le rôle intégral de l'avocat spécial ainsi que l'importance de la divulgation des renseignements complète. En modifiant ces provisions de même, on oublie l'importance de la divulgation et on risque de se trouver dans des positions d'abus. Parmi ces provisions on peut certainement noter le risque d'abus procédural. Comme on a vu a plusieurs reprises, la nouvelle législation confère le pouvoir au ministre de contourner la décision du juge et se rendre en appel baser sur une nouvelle pouvoir

discrétionnaire. De ce fait, on voit une réduction de l'importance décisionnelle du juge qui préside. On crée un risque également par le fait que l'appel du ministre suspend l'exécution de la décision et tout autre procès. Comme il a déjà été mentionné ci-haut, cette modification confère le pouvoir d'immobiliser le procès et de causer des délais important, ce qui porte atteinte à la liberté de celui visé par le certificat.

Par ailleurs, le contrôle judiciaire est le troisième des grands thèmes introduits par la Loi antiterroriste en ce qui concerne les modifications à la LIPR et les provisions touchant les avocats spéciaux. On retrouve en premier, l'article 52 de la Loi antiterroriste qui modifie l'article 72(1) de la LIPR pour le remplacer avec le suivant :

> **72.** (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est, sous réserve de l'article 86.1, subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.[24]

Le nouvel article fait en sorte de soumettre le contrôle judiciaire aux stipulations de l'article 86.1 qui est nouveau lui aussi. On peut voir l'addition de l'article 86.1 dans la LIPR sous la modification de l'article 60 de la Loi antiterroriste. L'article 86.1 énonce le suivant :

> **86.1** (1) Le ministre peut, en tout état de cause, demander le contrôle judiciaire de toute décision rendue au cours d'une instance visée à l'article 86 et exigeant la divulgation de renseignements ou autres éléments de preuve qui porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Sa demande n'est pas subordonnée au dépôt d'une demande d'autorisation.

---

[24] *Loi antiterroriste*, supra note 1, art 52.

> (2) La demande de contrôle judiciaire suspend l'exécution de la décision et, sauf dans le cas du contrôle de la détention, de l'instance en cause, jusqu'à ce qu'il soit statué en dernier ressort sur la question.[25]

Ceci ressemble aux articles précédents concernant les nouveaux droits d'appel. L'article 86.1 donne le ministre le pouvoir de demander le contrôle judiciaire sans déposer une demande d'autorisation à la Cour. Encore une foi, la Loi crée une situation où le ministre et l'avocat spécial ne sont plus sur le même pied d'égalité. L'association du barreau canadien soulève les mêmes préoccupations avec la législation en disant que « la possibilité asymétrique d'interjeter appel et de solliciter le contrôle judiciaire est inéquitable, accentuant davantage le déséquilibre entre les parties dans le cadre d'un processus qui défavorise déjà fortement la personne visée par la non-divulgation ».[26] D'après l'article 72 de la LIPR, un demandeur voulant contester une décision d'immigration à la Cour fédérale doit premièrement déposer une demande d'autorisation de la Cour et « démontrer que leur affaire est suffisamment sérieuse ».[27] Comme on a déjà vu avec le pouvoir d'appel, les modifications proposées par la Loi antiterroriste créent une situation d'iniquité procédurale où le ministre profite d'un traitement préférentiel en « indiquant à l'avance que l'intervention du ministre est suffisamment sérieuse pour ne pas être examinée au stade de l'autorisation ».[28]

En ce qui concerne le deuxième paragraphe de l'article 86.1, on voit encore les mêmes stipulations de suspension qu'on a vue dans les articles précédant. Ceci présente

---

[25] *Loi antiterroriste*, supra note 1, art 60.
[26] Association du Bareau Canadien, *Projet de loi C-51, Loi antiterroriste de 2015,* Ottawa, 2015 à la p 45 [ABC].
[27] *Ibid*.
[28] *Ibid*, à la p 46.

les mêmes problématiques que le ministre peut ajouter des délais et immobiliser le procès en passant en contrôle judiciaire.

L'autre instance de modification du contrôle judiciaire se retrouve à l'article 53 de la Loi antiterroriste. L'article 53 remplace l'article 74(d) de la LIPR avec le suivant :

> 74 (*d*) sous réserve de l'article 87.01, le jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel en Cour d'appel fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.[29]

En lisant l'article, on peut voir que l'article 74(d) de la LIPR nous réfère à l'article 87.01 de la même loi. Ceci permettrait au ministre d'interjeter appel « auprès de la Cour d'appel fédérale contre une décision de la Cour fédérale enjoignant la communication, sans qu'il ne soit nécessaire de solliciter la certification d'une question auprès de la cour d'instance inférieure ».[30]

Comme on l'a vu avec les articles 79.1, 82.31 et 87.01 de la LIPR concernant le droit d'appel, les articles qui ajoutent des pouvoirs de contrôle judiciaire nous laissent dans une position semblable. Comme il est expliqué ci-haut et comme l'Association du barreau canadien l'a présenté aussi, les modifications de la Loi antiterroriste placent l'avocat spécial dans une position inférieure au ministre. Le langage utiliser dans ces provisions sont très semblable à celui utiliser pour conféré le pouvoir d'appel et ont voit de nouveau des risques d'abus procédural qui se manifeste.

Finalement, le dernier thème est celui qui concerne l'obligation de communication. Les modifications touchant ce thème se retrouvent aux articles 57 et 59 de la Loi antiterroriste. Le premier de ces derniers articles modifie la LIPR en

---

[29] *Loi antiterroriste*, supra note 1, art 53.
[30] ABC, supra note 26 à la p 47.

ajoutant les provisions suivantes à l'article 83(1) sous la protection des renseignements :

> *c.1*) il peut, sur demande du ministre, exempter le ministre de l'obligation de fournir une copie des renseignements à l'avocat spécial au titre de l'alinéa 85.4(1) *b*), s'il est convaincu que ces renseignements ne permettent pas à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre;
>
> *c.2*) il peut, en vue de décider s'il exempte ou non le ministre au titre de l'alinéa *c.1*), demander à l'avocat spécial de présenter ses observations et peut communiquer avec lui dans la mesure nécessaire pour lui permettre de présenter ses observations, s'il est d'avis que les considérations d'équité et de justice naturelle le requièrent;[31]

Par l'entremise de ces nouvelles provisions, on voit une des plus importantes réductions de rôle et d'importance parmi les modifications qui touche au sujet des avocats spéciaux. L'article 57 de la Loi antiterroriste modifie les provisions pour donner le pouvoir au ministre de faire demande d'exemption de son obligation de fournir des copies de renseignements à l'avocat spécial. Cependant, la législation ne donne aucun guide ou ligne directrice au juge pour décider quel type d'information pourrait être soustrait. L'alinéa c.2) confère au juge le pouvoir discrétionnaire de demander à l'avocat spécial de présenter ses observations en vue de l'alinéa c.1) si le juge est d'avis que les considérations d'équité et de justice naturelle le requièrent. De plus, l'utilisation de « il peut » dans l'alinéa c.2) donne le juge un pouvoir discrétionnaire qu'il n'est pas obligé d'exercer. En ajoutant ces provisions, le législateur crée une situation où l'avocat spécial n'aura pas accès à tous les renseignements et lui place dans une position où il sera obliger

---

[31] *Loi antiterroriste*, supra note 1, art 57.

de plaider pour accès aux renseignements si le ministre réussit au niveau de l'exemption. Même si le juge accorde à l'avocat spécial la possibilité de présenter ses observations, il reste encore des problèmes pour l'avocat spécial qui se retrouve sans une situation inextricable. Il ne peut présenter des observations complètes et utiles que s'il reçoit tous les renseignements.

Parallèlement, l'article 59 de la Loi antiterroriste fait aussi des modifications qui touchent au sujet de l'obligation de communication et change le rôle important de l'avocat spécial. Plus spécifiquement, il modifie l'article 85.4 (1) de la LIPR en le remplaçant par le texte suivant :

> **85.4** (1) Sous réserve de l'alinéa 83(1) *c.1*), il incombe au ministre de fournir à l'avocat spécial, dans le délai fixé par le juge :
>
> *a*) copie des renseignements et autres éléments de preuve qui se rapportent à sa thèse à l'égard d'une instance visée à l'un des articles 78 et 82 à 82.2, qui justifient le certificat ou le mandat et qui ont été déposés auprès de la Cour fédérale, mais qui n'ont été communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil;
>
> *b*) copie des autres renseignements en sa possession qui se rapportent à sa thèse à l'égard d'une instance visée à l'un des articles 78 et 82 à 82.2, mais qui ne justifient pas le certificat ou le mandat et qui n'ont pas été déposés auprès de la Cour fédérale.[32]

Le but de cet article est de règlementer les renseignements dont le ministre a l'obligation de fournir à l'avocat spécial. Après les modifications, l'obligation du ministre de fournir les renseignements est sous réserve de l'alinéa 83(1) c.1) dont on vient de voir ci-haut. Ce changement fait certain d'inclure la possibilité

---

[32] *Loi antiterroriste*, supra note 1, art 59.

d'exemption. En outre, cet article fait un changement très important en modifiant l'obligation du ministre pour inclure seulement les éléments de preuve « qui se rapportent à sa thèse à l'égard d'une instance visée à l'un des articles 78 et 82.2, qui justifient le certificat ou le mandat et qui ont été déposés auprès de la Cour fédérale… »[33] Avant l'adoption de la Loi antiterroriste, l'article 85.4 (1) prévoyait l'obligation du ministre de fournir « tous les renseignements et autres éléments de preuve qui ont été fournis au juge ».[34] L'article antérieur prévoit un régime moins restrictif et garantit aux avocats spéciaux le droit d'accès à tous les renseignements et non seulement ceux que le ministre décide de fournir. Ce changement démontre une intention expresse de réduire l'accès à l'information des avocats spéciaux et de réduire les obligations du ministre. L'article démontre un autre exemple où le ministre reçoit des pouvoirs discrétionnaires pour décider quels renseignements seront fournis. Encore une foi, en donnant des pouvoirs discrétionnaires au ministre, on risque de se trouver dans une situation d'abus de pouvoir. En perdant accès à tous l'information, l'avocat spécial ne peut pas agir en fonction de son rôle principal de « défendre les intérêts du résident permanent ou de l'étranger lors de toute audience tenue à huis clos ».[35] Il est important d'assurer que la Cour et les avocats spéciaux reçoivent accès à tous les renseignements pour éviter des situations telles que celui qui s'est produit dans l'affaire X, Re.[36] Dans cette affaire, la Cour a découvert que le gouvernement a déformé certains renseignements en ce qui

---

[33] *Loi antiterroriste*, supra note 1, art 59.
[34] *Loi sur l'immigration et la protection des refugiés*, LC 2001, ch 27, art 85.4(1) [Version antérieur - 12 juin 2015 – 3- juin 2015].
[35] LIPR, supra note 4 à l'art 85.1(1).
[36] *X, Re,* 2013 FC 1275 [X, Re].

concerne une opération du SCRS. Le juge Mosley a conclu que « le défaut de communiquer ces renseignements est la conséquence de la décision délibérée de ne pas informer la Cour quant à la portée et l'ampleur des opérations de collecte étrangères qui découlerait du lancement du mandat par la Cour ».[37] Il continue en expliquant qu'il « s'agissait d'une violation de l'obligation de franchise à laquelle le Service et ses conseillers juridiques sont tenus envers la Cour. Cette violation a donné lieu à des déclarations inexactes dans le dossier public à propos de la portée de l'autorisation accordée au Service par le lancement de [30-08] ».[38]

Après avoir complété une analyse des provisions visée par la Loi antiterroriste, j'aimerai faire certaines recommandations pour assurer non seulement le respect du rôle de l'avocat spécial, mais aussi pour assurer le bon fonctionnement du procès entier régi par la LIPR. Mes recommandations sont les suivants :

1. Recommandations pour les provisions concernant le dépôt de la preuve et du résumé :

a. Article 54 de la loi antiterroriste devrait être modifié en supprimant « qui se rapportent à l'interdiction de territoire constatée dans le certificat ». Il est important que la personne visée par le certificat soit suffisamment informée de la thèse du ministre conformément aux instructions de la Cour suprême dans l'affaire Charkaoui.

2. Recommandations pour les provisions concernant les pouvoirs d'appel conférer au ministre

---

[37] X,Re, supra note 36 au para 117.
[38] *Ibid*, au para 118.

a. Puisque les articles 55, 56 et 60 emploient le même langage, je vais les adresser ensemble. Les trois articles devraient être modifiés en supprimant le pouvoir du ministre de contourner le juge. La certification que l'affaire soulève une question grave de portée générale est une étape importante dans le procès et ne devrait pas être contourné. En supprimant le pouvoir de contourner le juge, on rétablit le pouvoir du juge qui va trancher la question et décider de le certifier ou non. Ceci minimise le risque de l'emploi de tactiques et stratégies de délai par le ministre.

b. Si les articles ci-haut sont modifiés pour rétablir le pouvoir du juge, le risque d'abus de procès est déjà minimisé par le fait que le juge a certifié que l'affaire soulève une question grave de portée générale. Si cela est le cas, le ministre a réussi à démontrer l'importance de son appel et le fait que le procès soit suspendu en attendant que l'appel soit tranché en vertu des alinéas (2) de chacun des articles est un problème de moindre importance face à une possibilité d'atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

3. Recommandations pour les provisions concernant les pouvoirs de contrôle judiciaire conférer au ministre :

a. Les articles 52, 53 et 60 de la Loi antiterroriste prévoient les mêmes mesures que ceux qu'on a vus dans les pouvoirs d'appel. Avec cela en tête, en voit que les mêmes risques sont présent, mais cette fois-ci au niveau du contrôle judiciaire. Cependant, en modifiant ces provisions de la même façon que les provisions concernant le pouvoir d'appel on peut atteindre le même but en rétablissant le pouvoir du juge. Si les provisions sont supprimées pour enlever le pouvoir du ministre de contourner la Cour, on peut rétablir le pouvoir du juge de certifier

qu'il existe une question grave de portée générale. Ce type de modification minimiserait encore une foi le risque d'abus et de délai stratégique employer par le ministre. La modification replacerait aussi le ministre et la partie visée sur un pied d'égalité plus rapprocher devant la Cour.

b. Le même est vrai pour l'alinéa (2) de ces provisions que ce qui est recommandé pour les pouvoirs d'appel. En ajoutant les protections nécessaires à l'alinéa (1), le risque d'abus est minimisé et le fait que le procès soit suspendu est un compromis raisonnable face à une atteinte potentielle de la sécurité nationale ou à autrui.

4. Recommandations pour les provisions concernant l'obligation de communication :

a. Bien que l'article 57 donne le pouvoir au ministre de faire une demande d'exemption de son obligation de fournir des copies de renseignements à l'avocat spécial, les provisions n'indiquent aucune guide, aucun test ou ligne directrice pour aider le juge avec sa décision. Le critère proposé est celui d'être convaincu que les « renseignements ne permettent pas à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre ».[39] Au minimum, cet article devrait être modifié pour inclure plus de détails que le juge peut utiliser en décidant quel type d'information pourrait être soustrait. Cela étant dit, les critères qui donnent la possibilité d'exemption devraient être réservé pour les cas très exceptionnels. Le principe de base devrait être que l'avocat spécial soit fourni avec tous les renseignements. Sans l'ajout de critères, l'article devrait être supprimé à l'entier.

---

[39] *Loi antiterroriste*, supra note 1, art 57.

b. L'alinéa c.2) devrait lui aussi être modifié pour prévoir la participation obligatoire de l'avocat spécial au lieu d'être discrétionnaire. Ceci pourrait être réalisé en changeant « le juge peut » à « le juge doit ».

c. L'article 59 devrait être modifié en changeant les mots « qui se rapportent à sa thèse à l'égard d'une instance visée à l'un des articles 78 et 82.2… » et les remplacées avec « tous les renseignements et autres éléments de preuve ». Ceci représenterait un retour à l'article qui existait avant la Loi antiterroriste. Ce changement est important pour faire certain que les avocats spéciaux reçoivent tous l'information. Comme je l'ai déjà indiqué, le principe de base devrait être que les avocats spéciaux reçoivent accès à tous les renseignements sous réserve d'une situation très exceptionnelle.

En somme, on peut voir que la Loi antiterroriste modifie la LIPR de plusieurs façons. On peut voir aussi que l'intention du gouvernement était de prendre des mesures afin d'assurer la sécurité nationale. Cependant, il est important de ne pas oublier de respecter les droits et libertés garanties par la Charte. Pour des raisons assez évidentes, il ne serait jamais possible d'avoir des audiences totalement publiques donc il est nécessaire d'assurer de trouver un juste milieu entre la sécurité nationale et le respect des droits et libertés. On est tous d'accord que la sécurité nationale et le respect de nos libertés sont des buts principaux de notre société. Il est important que notre législation reflet ces intérêts, mais l'important est de ne pas favoriser l'un au préjudice de l'autre. Le rôle de l'avocat spécial dans le procès à huis clos est intégral dans le but de trouver le juste milieu. Il est donc très important de ne pas miner ou restreindre le rôle de l'avocat spécial. Si on continue de restreindre le rôle de l'avocat spécial et on ne modifie pas la

Loi antiterroriste, on risque de reculer dans le temps et de se retrouver dans une situation pré-Charkaoui. En outre, cette analyse nous démontre aussi qu'il est important de ne pas voir les avocats spéciaux comme des obstacles, mais plutôt des outils de la justice.