

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20180525

Dossier : A-291-17

Référence : 2018 CAF 105

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE STRATAS
LE JUGE BOIVIN
LE JUGE DE MONTIGNY**

ENTRE :

ALI OMAR ADER

appellant

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

intimé

Audience tenue à Ottawa (Ontario), les 24 et 25 avril 2018.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 25 mai 2018.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE BOIVIN

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE STRATAS
LE JUGE DE MONTIGNY**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20180525

Dossier : A-291-17

Référence : 2018 CAF 105

**CORAM : LE JUGE STRATAS
LE JUGE BOIVIN
LE JUGE DE MONTIGNY**

ENTRE :

ALI OMAR ADER

appellant

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

intimé

MOTIFS DU JUGEMENT CLASSIFIÉS

LE JUGE BOIVIN

[1] M. Ader (l'appellant) interjette appel d'un jugement du juge Gleeson de la Cour fédérale (le juge de la Cour fédérale) daté du 25 septembre 2017 (2017 CF 838). Le juge de la Cour fédérale a accueilli en grande partie la demande présentée par le procureur général du Canada (l'intimé) en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (LPC).

Sauf indication contraire, la référence à l'article 38 dans les présents motifs vise les articles 38 à 38.15 de la LPC. L'intimé a présenté la demande afin de confirmer l'interdiction, ordonnée par lui, de divulguer des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables (les renseignements sensibles) liés à la poursuite criminelle de l'appelant. L'interdiction avait été prononcée, car la divulgation de tels renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis que le juge de la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en tranchant la demande de l'intimé comme il l'a fait. Par conséquent, l'appel devrait être rejeté.

I. Le contexte

[3] Au moment où l'intimé a présenté sa demande en vertu de l'article 38 au juge de la Cour fédérale, l'appelant comparissait devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, sous le coup d'accusations de prise d'otage, une infraction prévue à l'article 279.1 du *Code criminel*, L.R.C., ch. C-46. Les faits qui étayaient l'accusation avaient trait à l'enlèvement d'une journaliste canadienne en Somalie en 2008.

[4] Les renseignements sensibles ont été obtenus par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) au cours d'une enquête visant l'appelant (Projet Slype). Le Service des poursuites pénales du Canada (SPPC) serait normalement tenu de communiquer ces renseignements à l'appelant conformément à la règle formulée dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Toutefois, en raison de la nature sensible ou potentiellement préjudiciable de ces derniers, le SPPC a avisé l'intimé qu'il pourrait vouloir solliciter une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

[5] L'appelant et son avocat n'étant pas habilités à consulter les renseignements sensibles que l'on souhaitait ne pas divulguer en vertu de l'article 38 de la LPC, M^e Ian Carter a été nommé à titre d'*amicus curiae* pour aider la Cour fédérale à statuer sur la demande.

[6] L'audience devant le juge de la Cour fédérale s'est déroulée en trois étapes. Une audience publique a eu lieu le 29 juin 2017. Une première audience *ex parte*, à laquelle seulement l'avocat de l'appelant et l'*amicus* ont participé, a été tenue à huis clos le 10 juillet 2017. L'avocat de l'appelant a alors fourni au juge de la Cour fédérale et à l'*amicus* un aperçu de la thèse de la défense au procès criminel. Une seconde audience *ex parte* a eu lieu, les 28 et 30 août 2017, au cours de laquelle l'intimé et l'*amicus* ont débattu les questions relatives à l'article 38.

[7] Le juge de la Cour fédérale a rendu son jugement le 25 septembre 2017. Il a confirmé la majorité des prétentions fondées sur l'article 38 avancées par l'intimé et a ordonné le décaviardage de quelques passages et la divulgation d'un résumé de certains renseignements sensibles.

[8] Le 2 octobre 2017, l'appelant a demandé l'ajournement de son procès criminel, présidé par le juge Smith de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge de première instance), afin d'interjeter appel de la décision du juge de la Cour fédérale sur la demande présentée en vertu de l'article 38. L'ajournement a été refusé (voir *R. c. Ader*, 2017 ONSC 6263), et le procès criminel s'est déroulé sur dix jours, du 5 au 19 octobre 2017. L'appelant a été déclaré coupable le 6 décembre 2017 (voir *R. c. Ader*, 2017 ONSC 7052). Une audience de détermination de la peine a eu lieu en mars 2018, et la condamnation devrait être prononcée le 18 juin 2018.

[9] Dans le présent appel, l'appelant demande à la Cour de rendre une ordonnance de divulgation qui va au-delà de ce que le juge de la Cour fédérale a ordonné. L'*amicus curiae*, qui continue d'agir devant notre Cour, soutient que dix-sept documents de l'intimé contiennent des renseignements à l'égard desquels l'interdiction de divulgation a été confirmée à tort, puisque l'intérêt public favorisait la communication de ces éléments à l'appelant.

[10] Pour décider s'il y avait lieu de confirmer l'interdiction de divulgation prévue à l'article 38 de la LPC, le juge de la Cour fédérale était tenu d'appliquer le critère établi par cette Cour dans l'arrêt *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33 [Ribic]. L'appelant soutient essentiellement que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur au regard du troisième volet du critère, c'est-à-dire la mise en balance des intérêts publics.

[11] Selon l'appelant, les renseignements sensibles supplémentaires dont la Cour ordonnerait la communication, outre ceux dont la divulgation a été ordonnée par la Cour fédérale, pourraient lui être utiles, par exemple, pour étayer un appel de sa déclaration de culpabilité ou de sa peine.

[12] Dans cette perspective, j'aborde les questions dont cette Cour est saisie.

II. Les questions en litige

[13] La principale question en litige dans le présent appel est de savoir si le juge de la Cour fédérale a commis une erreur dans l'application du troisième volet du critère de l'arrêt *Ribic*, soit si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation des renseignements sensibles l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui en justifient la non-divulgation. Notre Cour doit

également déterminer si le juge de la Cour fédérale a refusé à tort de mettre les renseignements sensibles dont il n'autorisait pas la divulgation à la disposition du juge de première instance seul aux fins d'évaluation de l'équité du procès et s'il a refusé à mauvais droit de communiquer certains conseils stratégiques à l'appelant et à son avocat et en interdisant à l'*amicus* de le faire.

III. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[14] Les questions en litige dans le présent appel portent soit sur l'application d'un critère juridique à un ensemble de faits, soit sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Dans les deux cas, elles sont assujetties à la norme de l'erreur manifeste et dominante, caractérisée par la déférence (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2003] 2 R.C.S. 235; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, par. 2 et 79, *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, par. 58-74; *Shen c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 7, par. 27). C'est sur ce fondement que j'examinerai les questions de fond.

B. *Le juge de la Cour fédérale a-t-il commis une erreur dans l'application du troisième volet de l'arrêt Ribic?*

[15] Le critère formulé dans l'arrêt *Ribic* comporte trois volets (par. 17 à 22). Les deux premiers — la pertinence et le préjudice — ne jouent pas dans le présent appel. C'est l'application du troisième qui fait l'objet du litige en l'espèce : le juge de la Cour fédérale a-t-il conclu à mauvais droit, à propos des renseignements sensibles non divulgués, que les raisons

d'intérêt public justifiant la non-divulgation l'emportaient sur les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation?

[16] L'appelant soutient que le juge de la Cour fédérale a importé à tort trois facteurs non pertinents dans l'étape de mise en balance du critère de l'arrêt *Ribic* : (a) l'appelant lui-même comme autre source possible d'information; (b) l'admissibilité des renseignements au procès criminel de l'appelant; et (c) l'absence d'information « potentiellement extrêmement significative ». Invoquant l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199 [Almalki], au paragraphe 8, l'appelant fait valoir que l'importation de facteurs non pertinents dans l'exercice de mise en balance a emporté une erreur manifeste et dominante.

[17] Certes, la Cour, dans l'arrêt *Almalki*, laisse entendre que la prise en compte de facteurs non pertinents est susceptible d'emporter une erreur manifeste et dominante, mais elle s'appuie en cela sur un arrêt précédent, soit *Canada c. Furukawa*, 2000 CanLII 16502 (C.A.F.), où, au paragraphe 35, elle précise que la Cour ne doit pas intervenir à moins de pouvoir « déduire du résultat obtenu » que le juge a nécessairement tenu compte de facteurs non pertinents. Par conséquent, cette Cour n'intervient que si elle estime qu'un quelconque facteur soulevé était, en fait, non pertinent et que le fait d'en tenir compte a influé sur le résultat. Comme je l'explique, je n'arrive pas à ces conclusions en ce qui concerne l'un ou l'autre des trois facteurs.

[18] Le premier facteur concerne l'appelant lui-même comme source d'information.

L'appelant soutient que le juge de la Cour fédérale a commis deux erreurs en tenant compte de cet élément. En premier lieu, il soutient que l'examen de ce facteur va à l'encontre du droit de

l'appelant de garder le silence protégé par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.). En second lieu, il soutient que le juge de la Cour fédérale ne s'est jamais interrogé à savoir si son ordonnance de non-divulgence enfreindrait ce droit.

[19] L'appelant a raison de dire qu'une ordonnance interdisant la divulgation de renseignements ne devrait pas avoir pour résultat de forcer l'accusé à venir à la barre pour se défendre (voir *Ribic*, au par. 32). Or, ce n'est pas le cas en l'espèce. Une ordonnance de non-divulgence n'obligera l'accusé à témoigner pour sa propre défense que si des renseignements non divulgués établissent la vraisemblance d'une défense qu'il voudrait opposer et qu'il n'a aucun autre moyen de le faire. Les deux éléments sont nécessaires. En effet, un accusé n'est pas contraint de témoigner après le prononcé de l'ordonnance de non-divulgence prévue à l'article 38 si les renseignements non divulgués n'appuient pas la défense envisagée.

[20] En l'espèce, l'appelant envisageait de soulever deux moyens de défense à son procès criminel : d'une part, qu'il agissait sous la contrainte et, d'autre part, qu'il agissait dans l'intérêt des otages. Bien que l'appelant a finalement opté pour la défense de contrainte, les renseignements sensibles (s'il en est) susceptibles de conférer de la vraisemblance à la seconde défense, soit qu'il agissait dans l'intérêt des otages, auraient dû lui être communiqués à l'issue de l'instance introduite en vertu de l'article 38 s'ils ne pouvaient les obtenir autrement.

[21] Certains documents communiqués à l'appelant permettaient de conférer de la vraisemblance à la défense de contrainte sans qu'il ait à témoigner. Plus particulièrement, le juge

de la Cour fédérale a ordonné la divulgation d'un résumé indiquant que l'appelant « craignait de risquer sa vie en approchant les preneurs d'otage sans que l'argent ne soit prêt » (motifs, p. 142). De plus, un examen approfondi des documents non divulgués, y compris les dix-sept documents énumérés par l'*amicus*, permet de confirmer que les renseignements sensibles qu'ils contiennent ne confèrent pas de vraisemblance à la défense de contrainte à défaut d'une preuve de menace :

- [TRADUCTION] **Doc 035 de l'AGC— GTRS –**
[REDACTED] Un résumé de cette information a été mis à la disposition de l'appelant, dans lequel le juge de la Cour fédérale a déclaré que « [l]es preneurs d'otage passaient pour être instables et enclins à la violence » (motifs, p. 142). (dossier d'appel, vol. 2, onglet 3-4).
- [TRADUCTION] **Doc 057 de l'AGC— GTRS – Rapport d'octobre 2008.**
[REDACTED] (dossier d'appel, vol. 2, onglet 3-17). Ce document laisse entendre que M. Ader n'a pas agi sous la contrainte.
- [TRADUCTION] **Doc 084 de l'AGC— GTRS – Rapport d'octobre 2008.**
[REDACTED] (dossier d'appel, vol. 2, onglet 3-41). Ce document laisse entendre que M. Ader n'a pas agi sous la contrainte.
- [TRADUCTION] **Doc 100 de l'AGC— GTRS – Rapport d'août 2009.**
[REDACTED] (dossier d'appel, vol. 2, onglet 3-55). Ce document laisse entendre que M. Ader n'a pas agi sous la contrainte.
- [TRADUCTION] **Doc 105 de l'AGC— GTRS – Rapport de septembre 2009.**
[REDACTED] (dossier d'appel, vol. 2, onglet 3-57). Ce document laisse entendre que M. Ader n'a pas agi sous la contrainte.

- [TRADUCTION] **Doc 132 de l'AGC — GTRS – [REDACTED] Rapport du [REDACTED] décembre 2008.**

[REDACTED]
[REDACTED] Un résumé de cette information a été mis à la disposition de l'appelant, dans lequel le juge de la Cour fédérale a déclaré que M. Ader « craignait de risquer sa vie en approchant les preneurs d'otage sans que l'argent ne soit prêt. » (motifs, p. 142). (dossier d'appel, vol. 3, onglet 3-78).

[22] Quant au second moyen de défense, à savoir que l'appelant agissait dans l'intérêt des otages, les documents divulgués comportaient également certains éléments lui conférant de la vraisemblance. Plus particulièrement, le juge de la Cour fédérale a ordonné la divulgation d'un résumé portant que « [c]ertains renseignements indiquent que M. Ader s'est senti la responsabilité de veiller à ce que les otages quittent le territoire en toute sécurité » (motifs, p. 142). Un examen attentif des renseignements sensibles non divulgués démontre que leur divulgation n'aurait pas permis de conférer la vraisemblance nécessaire à ce deuxième moyen de défense non plus. En particulier, les documents suivants ont été pris en considération :

- [TRADUCTION] **Doc 094 de l'AGC — GTRS – Rapport de juillet 2009.**
[REDACTED] (dossier d'appel, vol. 2, onglet 3-51). Ce document laisse entendre que M. Ader n'agissait pas dans l'intérêt des otages.
- [TRADUCTION] **Doc 097 de l'AGC — GTRS – Rapport d'août 2009.**
[REDACTED] (dossier d'appel, vol. 2, onglet 3-53). Ce document laisse entendre que M. Ader n'agissait pas dans l'intérêt des otages.
- [TRADUCTION] **Doc 295 de l'AGC — Lettre de divulgation non signée GRC datée du 12 novembre 2009.**
[REDACTED] (dossier d'appel, vol. 3, onglet 3-115). Ce document laisse entendre que M. Ader n'agissait pas dans l'intérêt des otages.

- [TRADUCTION] **Doc 434 de l'AGC — Lettre de divulgation non signée GRC datée du 19 novembre 2009.**

[REDACTED] (dossier d'appel, vol. 3, onglet 3-164). Ce document laisse entendre que M. Ader n'agissait pas dans l'intérêt des otages.

[23] En ce qui concerne les autres documents litigieux, je signale ce qui suit :

- **Docs 30, 42, 55, 85, 87, 122, 134, 135, 137, 167, 203, 345, 390, 393 et 408 de l'AGC.** Ce sont les documents supplémentaires énumérés par l'*amicus*. Ces documents ne permettent pas d'établir les défenses de contrainte ou d'actes dans l'intérêt des otages et n'atteignent pas le degré d'utilité à l'appelant qui ferait pencher l'intérêt public en faveur de leur divulgation. Le juge de la Cour fédérale n'a commis aucune erreur en refusant la divulgation de ces documents.

[24] Par conséquent, je suis d'avis que l'examen par le juge de la Cour fédérale de ce premier facteur soulevé — l'appelant comme autre source possible d'information — n'a pas eu pour effet de contraire l'appelant à témoigner pour sa propre défense. L'ordonnance de non-divulgation n'a pas privé l'appelant de renseignements qui auraient conféré une vraisemblance à l'un ou l'autre de ses moyens de défense envisagés. Le juge de la Cour fédérale n'a donc pas commis d'erreur susceptible de contrôle en tenant compte de ce facteur.

[25] Le deuxième facteur soulevé est l'admissibilité des renseignements sensibles comme éléments de preuve au procès criminel de l'appelant. L'argument de l'appelant selon lequel ce facteur n'est pas pertinent doit être rejeté. L'appelant s'appuie principalement sur la décision *Khan. c. R.*, [1996] 2 C.F. 316, [1996] A.C.F. no 190 [*Khan*], rendue par la Cour fédérale. Certes, cette dernière y exprime l'avis que l'admissibilité ne devrait pas être un facteur pertinent (par. 38). Or, il convient de souligner que la décision *Khan* a été rendue avant l'arrêt *Ribic* et en

vertu du régime antérieur à celui de l'article 38 actuel. Signalons également que l'admissibilité a été jugée pertinente par la Cour fédérale et notre Cour dans *Ribic* et dans d'autres affaires, p. ex. voir *Pereira E Hijos S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470, au par. 16; *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678, au par. 94, [2004] A.C.F. n° 2196 [*Kempo*]. De plus, les facteurs à prendre en considération au troisième volet du critère de l'arrêt *Ribic* varient selon les circonstances (*Ribic c. Canada (Procureur Général)*, 2003 CFPI 10, au par. 22, [2003] A.C.F. n° 1965; *Kempo*, au par. 103; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, au par. 93, [2008] 1 R.C.F. 547, appel accueilli pour d'autres motifs, 2007 CAF 342). Enfin, si l'admissibilité est un facteur possible, l'examen de l'admissibilité par le juge de la Cour fédérale a été limité dans son analyse comparative. Par conséquent, il est peu probable que ce facteur ait pesé lourd dans la balance. Il s'ensuit que l'examen de l'admissibilité, en l'espèce, ne constituait pas une erreur susceptible de contrôle.

[26] Le troisième et dernier facteur soulevé est l'absence d'information « potentiellement extrêmement significative ». Je conviens avec l'appelant pour dire que les renvois du juge de la Cour fédérale à la décision *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050 [*Telbani*] et à l'absence d'information « potentiellement extrêmement significative » ne convenaient peut-être pas (motifs, par. 73 et 84). En effet, la décision *Telbani* concernait une affaire civile; la présente espèce intéresse une affaire criminelle. Les normes en matière de divulgation diffèrent en matière civile et en matière pénale, et il faut prendre soin de ne pas les confondre. En l'espèce, toutefois, le juge de la Cour fédérale a souligné que l'instance au principal était une poursuite criminelle (motifs, par. 64). Il a souligné la gravité de l'accusation pesant sur l'appelant (motifs, par. 70). Il a indiqué que, lorsqu'il n'était pas convaincu que certains renseignements sensibles étaient

accessibles à l'appelant sous d'autres formes, il en avait ordonné la divulgation sous forme de sommaire (motifs, par. 72). Par conséquent, je ne peux accepter, à la lumière d'une lecture raisonnable de ses motifs, qu'il ait appliqué la norme civile à mauvais droit. En renvoyant à la décision *Telbani*, le juge a simplement indiqué à l'appelant qu'aucun renseignement important ne lui était caché. Par conséquent, rien ne permet à notre Cour d'intervenir sur le fondement de ce troisième point.

[27] Pour sa part, l'*amicus* a plaidé trois autres arguments pendant l'audience *ex parte* devant notre Cour : (i) le juge de la Cour fédérale a fixé un seuil de divulgation trop élevé; (ii) il a conclu à tort qu'une autre divulgation avait eu lieu; et (iii) il a commis une erreur en n'ordonnant pas la divulgation de renseignements qui pourraient mener à une demande de communication de dossiers entre les mains de tiers. Ces erreurs, selon les observations de l'*amicus*, ont mené le juge de la Cour fédérale à ne pas lever l'interdiction visant dix-sept documents qui auraient dû être communiqués à l'appelant.

[28] Tout d'abord, selon l'*amicus*, le juge de la Cour fédérale a exigé que, pour être divulgué, un élément d'information doive établir tous les éléments d'une défense. Toutefois, le juge de la Cour fédérale affirme dans ses motifs que les renseignements retenus « sont loin de suffire pour » établir une défense de contrainte et ne sont pas « singulièrement aptes à étayer » l'une ou l'autre des défenses envisagées (motifs, par. 71). Ces remarques portent sur l'utilité des renseignements à l'appelant, pertinente lorsqu'il s'agit de mettre en balance leur avantage pour l'appelant et le préjudice causé par leur divulgation. Elles ne peuvent, en toute équité, mener à

l'interprétation selon laquelle le juge de la Cour fédérale a exigé que, pour être divulgué, chaque renseignement établisse tous les éléments d'une défense donnée.

[29] Je ne suis pas non plus d'accord pour dire que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la divulgation avait été faite sous d'autres formes. Le juge de la Cour fédérale a souligné que les renseignements pertinents pour la défense de contrainte de l'appelant semblent avoir été mis à la disposition de la défense sous différentes formes par d'autres moyens de communication (motifs, par. 71). Selon l'*amicus*, ce commentaire ne justifie pas, sans plus, la non-divulgation des documents en litige restants. À son avis, il doit être clair qu'un élément de preuve donné est à la disposition de la défense d'une autre façon; il ne suffit pas que d'autres éléments de preuve équivalents le soient. Or, rappelons que la question de savoir s'il y a eu une autre divulgation intervient dans le cadre élargi de l'exercice de mise en balance que commande le troisième volet de l'analyse établie dans l'arrêt *Ribic*. La question primordiale demeure de savoir si l'intérêt public favorise la divulgation ou la non-divulgation d'un renseignement sensible. À mon avis, si l'appelant possède un renseignement équivalent qui lui permettrait d'établir le même fait que le renseignement sensible, ce facteur sera pertinent dans le cadre de l'exercice de mise en balance des intérêts publics. Si ce facteur n'est pas toujours déterminant, il peut militer en faveur de la non-divulgation. De plus, en l'espèce, le juge de la Cour fédérale a ordonné la divulgation de renseignements sensibles sous forme sommaire, dans les cas où il ne pouvait être assuré qu'ils n'étaient pas uniques (motifs, par. 72).

[30] Enfin, je ne suis pas convaincu par le troisième argument de l'*amicus*, à savoir que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en n'ordonnant pas la divulgation de

renseignements sensibles que pourrait viser une demande de communication de dossiers entre les mains de tiers. L'intérêt public qui justifie la divulgation de ces renseignements — c'est-à-dire que l'appelant pourrait présenter une demande de communication de dossiers entre les mains de tiers, susceptible d'être accueillie et d'aider à son tour l'appelant — est, au plus, hypothétique. D'autre part, l'intérêt public qui justifie leur non-divulgation — c'est-à-dire éviter de porter atteinte à la sécurité nationale — est démontrable. Par conséquent, le juge de la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle en mettant en balance ces intérêts publics contradictoires et en concluant que la balance penchait en faveur de la non-divulgation.

[31] En fin de compte, l'exercice à la troisième étape du critère de l'arrêt *Ribic* exige que la Cour fédérale soupèse des intérêts publics contradictoires. D'une part, il y a le préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales. En l'espèce, la sécurité nationale est en jeu. D'autre part, il y a l'emploi auquel la partie destinera les renseignements sensibles dont elle demande la divulgation. L'intérêt public qui justifie la divulgation varie selon les circonstances. En l'espèce, il s'agit de l'avantage que les renseignements sensibles peuvent apporter à la défense de l'appelant à son procès criminel. Je conviens avec l'intimé que les renseignements non divulgués ne sont pas utiles à la défense de l'appelant. Par conséquent, le juge de la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle en concluant que la balance penchait en faveur de l'intérêt public justifiant la non-divulgation.

[32] Subsidiairement, au regard du troisième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Ribic*, l'*amicus* a fait valoir que, si la Cour conclut que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur dans la mise en balance, d'autres renseignements devraient être communiqués sous forme

résumée. L'*amicus* a toutefois reconnu que cet argument n'était pertinent que si le juge de la Cour fédérale avait commis une erreur. Compte tenu de mes conclusions, il n'est donc pas nécessaire d'examiner les résumés.

C. *Le juge de la Cour fédérale aurait-il dû mettre les renseignements à la seule disposition du juge du procès aux fins d'évaluation de l'équité du procès?*

[33] Même si certains renseignements sensibles n'ont pu être communiqués à l'appelant, ce dernier soutient que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en n'ordonnant pas la communication de ces renseignements uniquement au juge du procès pour lui permettre d'évaluer l'équité du procès en application de l'article 38.14 de la LPC. Le résultat de cet échec, soutient-il, est que le juge du procès « a souscrit à » la conclusion du juge de la Cour fédérale selon laquelle l'appelant serait en mesure de présenter une défense pleine et entière sans autre divulgation (voir *R. c. Ader*, 2017 ONSC 6263, au par. 13).

[34] À mon avis, le juge de la Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en refusant d'ordonner la communication des documents litigieux au juge du procès uniquement. Bien que le paragraphe 38.06(2) de la LPC l'habilite à rendre une telle ordonnance, cette dernière est discrétionnaire. La disposition prévoit qu'un juge saisi d'une affaire au titre de l'article 38 [...] « peut par ordonnance...autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation [de certains] renseignements » (Non souligné dans l'original).

[35] Rappelons que la protection du droit de l'accusé à un procès équitable incombe au juge du procès et non pas au juge instruisant l'instance fondée sur l'article 38. Le juge de la Cour

fédérale en dit autant (motifs, par. 85). En effet, le juge du procès conserve les pleins pouvoirs et l'indépendance pour décider si le droit de l'accusé à un procès équitable est compromis et, si c'est le cas, pour ordonner toute mesure qu'il estime appropriée (*R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110 [*Ahmad*], par. 2). Si le juge du procès ne peut évaluer l'équité du procès, faute de renseignements, il lui incombe d'en aviser le poursuivant afin d'obtenir du procureur général une « divulgation plus poussée et de meilleure qualité » (arrêt *Ahmad*, par. 51).

[36] L'appelant affirme que l'arrêt *Ahmad* établit une règle générale rendant obligatoire la divulgation des renseignements sensibles au juge du procès et que le refus de rendre une telle ordonnance de divulgation constitue une exception. Par conséquent, l'appelant laisse entendre que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en ne respectant pas cette règle (mémoire des faits et du droit de l'appelant, par. 58 à 61). L'*amicus* adopte une vision un peu plus étroite que celle de l'appelant et soutient que seuls les éléments litigieux [TRADUCTION] « présentant une certaine valeur potentielle » ou [TRADUCTION] « présentant une valeur potentielle accrue » devraient être communiqués au juge du procès.

[37] Je ne souscris à aucun de ces arguments. Dans l'arrêt *Ahmad*, la Cour suprême laisse entendre que la communication des renseignements au juge du procès « s'avérera souvent la solution la plus appropriée » (par. 45). Je ne vois pas comment ces mots peuvent créer une règle stricte, comme l'indique l'*amicus*. La Cour suprême indique que « [L']article 38 institue un régime que le législateur a voulu empreint de souplesse » (par. 44), et que les conditions des ordonnances de divulgation rendues en vertu du paragraphe 38.06(2) supposent l'exercice du pouvoir discrétionnaire (par. 45). La Cour suprême affirme également que le juge du procès doit

être avisé du dépôt d'une demande fondée sur l'article 38 dans une instance criminelle (par. 39), mais ne se prononce aucunement sur la question correspondante de savoir s'il faut mettre à la disposition du juge du procès les renseignements visés par l'article 38. Il s'ensuit que l'arrêt *Ahmad* n'a pas créé de règle générale obligeant la divulgation de ces renseignements au juge du procès dans tous les cas, et que le refus du juge de la Cour fédérale d'ordonner la divulgation au juge du procès dans la présente affaire ne contredisait pas l'arrêt *Ahmad*.

[38] Certes, il sera parfois évident dès le départ que le juge du procès aura besoin de renseignements supplémentaires - outre ceux dont la divulgation à l'accusé a été ordonnée - afin de bien évaluer l'équité du procès (voir les motifs, au par. 84), ce que le juge de la Cour fédérale a reconnu à bon droit. Dans ces cas, il sera généralement indiqué pour le juge instruisant une affaire fondée sur l'article 38 d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 38.06(2) pour autoriser une communication supplémentaire au juge du procès seul. En revanche, lorsque le juge instruisant une affaire fondée sur l'article 38 est d'avis que le juge du procès a suffisamment de renseignements pour évaluer l'équité du procès, une ordonnance de communication supplémentaire n'est pas nécessaire. Il ne faut pas assimiler le refus de rendre une telle ordonnance dans ces cas à une conclusion selon laquelle la non-divulgation ne minera pas le droit de l'accusé à un procès équitable. Il s'agit plutôt d'une constatation que le juge du procès dispose de suffisamment de renseignements pour évaluer l'incidence de la non-divulgation sur le droit de l'accusé à un procès équitable (voir les motifs, au par. 82).

[39] En l'espèce, le juge de la Cour fédérale estimait que les renseignements qui n'ont pas été divulgués « ne sont pour la plupart pas uniques et ne contiennent pas d'information

potentiellement extrêmement significative mais non divulguée » (motifs, par. 84). Bien que, comme nous l'avons vu plus haut, le renvoi du juge de la Cour fédérale à la décision *Telbani* n'ait peut-être pas été heureux, son analyse au fond était correcte. Il s'est demandé si, à son avis, d'autres renseignements, au-delà de ceux dont la divulgation avait déjà été ordonnée, étaient nécessaires pour permettre au juge du procès d'évaluer l'équité de ce dernier. Il a conclu que ce n'était pas le cas et qu'il lui était loisible d'arriver à cette conclusion. Il a également veillé à ajouter qu'il incombait au juge du procès de décider s'il disposait de suffisamment de renseignements pour évaluer correctement l'équité du procès (motifs, par. 85). Le juge de la Cour fédérale n'a pas outrepassé son rôle de juge instruisant une instance fondée sur l'article 38 pour tirer une conclusion concernant l'équité du procès. Par conséquent, sa décision de refuser d'ordonner la divulgation de renseignements sensibles au juge du procès aux fins d'évaluation de l'équité du procès ne révèle aucune erreur susceptible de contrôle.

D. *Le juge de la Cour fédérale aurait-il dû communiquer certains conseils stratégiques à l'appelant et à son avocat ou permettre à l'amicus de le faire?*

[40] L'appelant et l'*amicus* ont présenté un argument final : le juge de la Cour fédérale aurait dû leur permettre de communiquer entre eux, voire communiquer lui-même avec l'appelant pour l'informer, ainsi que son avocat, qu'ils pourraient vouloir envisager certaines voies de droit.

[41] Le juge de la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en refusant l'invitation à communiquer avec l'appelant ou son avocat. Comme il l'a indiqué, le rôle de la Cour n'est pas d'informer ou de guider l'avocat (motifs, par. 86). Quant à permettre la communication entre l'appelant et l'*amicus*, il s'agissait d'une décision discrétionnaire du juge de la Cour fédérale qui

ne révèle aucune erreur susceptible de contrôle. Je rappelle que le rôle de l'*amicus* est d'aider la Cour, et non l'appelant. L'argument ne soulève aucun motif nous permettant d'intervenir.

IV. Conclusion

[42] Pour les motifs exposés plus haut, je rejetterais l'appel. L'intimé n'ayant pas présenté d'observations sur les dépens, je refuse de rendre quelque ordonnance à cet égard.

[43] Les présents motifs ont été rendus le 25 mai 2018, sous pli confidentiel, pour contrôle de leur conformité aux exigences en matière de sécurité nationale avant leur diffusion publique.

« Richard Boivin »

j.c.a.

« Je suis d'accord.
David Stratas j.c.a. »

« Je suis d'accord.
Yves de Montigny j.c.a. »

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-291-17

(APPEL INTERJETÉ D'UN JUGEMENT DE LA COUR FÉDÉRALE (le juge GLEESON) DU 25 SEPTEMBER 2017 (2017 CF 838 (DES-4-17))

INTITULÉ : ALI OMAR ADER C. LE
PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LES 24 ET 25 AVRIL 2018

MOTIFS DU JUGEMENT CLASSIFIÉS : LE JUGE BOIVIN

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE STRATAS
LE JUGE DE MONTIGNY

DATE DES MOTIFS : LE 25 MAI 2018

COMPARUTIONS :

Tyler Botten
Sarah Ahsan

POUR L'APPELANT

André Séguin
Jennifer George

POUR L'INTIMÉ

Ian Carter

AMICUS CURIAE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

May Irwin Adam
Avocats
Ottawa (Ontario)

POUR L'APPELANT

Nathalie G. Drouin
Sous-procureur générale du Canada

POUR L'INTIMÉ

Bayne Stellar Ertel Carter
Avocats
Ottawa (Ontario)

AMICUS CURIAE