

# **Le droit du public de savoir comme composante du processus démocratique**

**Enquête publique sur l'ingérence étrangère –  
Public Inquiry into Foreign Interference**

**Pierre Trudel, professeur**

**Centre de recherche en droit public  
Faculté de droit, Université de Montréal**

## **Table des matières**

1.	LE DROIT DU PUBLIC À L'INFORMATION : PRINCIPE FONDAMENTAL DANS UNE DÉMOCRATIE PARLEMENTAIRE .....	1
2.	LE DROIT DU PUBLIC À L'INFORMATION N'EST PAS ABSOLU .....	2
3.	LES LIMITES AU DROIT DU PUBLIC D'ACCÉDER À L'INFORMATION DOIVENT ÊTRE JUSTIFIÉES.....	5
4.	LA NÉCESSITÉ D'UNE CONFIRMATION INDÉPENDANTE DU STATUT D'UNE INFORMATION OU D'UN DOCUMENT .....	5

Le lien que l'on fait souvent entre l'idée de démocratie et la liberté d'expression tient au postulat que la faculté de critiquer une mesure gouvernementale est de l'essence même d'une démocratie. La garantie de la liberté d'expression vient protéger la faculté de critiquer les décisions des autorités et assure la possibilité de remettre en question le fonctionnement des institutions publiques. Ce principe est reconnu depuis longtemps au Canada. Le défi est toutefois d'assurer une conciliation de ces impératifs de transparence inhérents au droit du public de savoir et les impératifs découlant d'autres valeurs comme la sécurité nationale et la protection des personnes.

Dans cet exposé, on verra comment le droit du public de savoir a été reconnu en droit canadien et de quelle façon ce droit est concilié avec les impératifs de sécurité des individus et de la collectivité.

## 1. Le droit du public à l'information : principe fondamental dans une démocratie parlementaire

Dès 1938, dans le *Renvoi sur les lois d'Alberta*, la Cour suprême identifie le lien entre la démocratie parlementaire et le droit du public à l'information. La Cour s'appuie sur le postulat que les institutions parlementaires et le gouvernement responsable fonctionnent sous le feu de l'opinion publique.

« Under the constitution established by *The British North America Act*, legislative power for Canada is vested in one Parliament consisting of the Sovereign, an upper house styled the Senate, and the House of Commons. Without entering in detail upon an examination of the enactments of the Act relating to the House of Commons, it can be said that these provisions manifestly contemplate a House of Commons which is to be, as the name itself implies, a representative body; constituted, that is to say, by members elected by such of the population of the united provinces as may be qualified to vote. The preamble of the statute, moreover, shows plainly enough that the constitution of the Dominion is to be similar in principle to that of the United Kingdom. The statute contemplates a parliament working under the influence of public opinion and public discussion. There can be no controversy that such institutions derive their efficacy from the free public discussion of affairs, from criticism and answer and counter-criticism, from attack upon policy and administration and defence and counter-attack; from the freest and fullest analysis and examination from every point of view of political proposals. This is signally true in respect of the discharge by Ministers of the Crown of their responsibility to Parliament, by members of Parliament of their duty to the electors, and by the electors themselves of their responsibilities in the election of their representatives.

The right of public discussion is, of course, subject to legal restrictions; those based upon considerations of decency and public order, and others conceived for the protection of various private and public interests with which, for example, the laws of defamation and sedition are concerned. In a word, freedom of discussion means, to quote the words of Lord Wright in *James v. Commonwealth*<sup>37</sup>, "freedom governed by law."

Even within its legal limits, it is liable to abuse and grave abuse, and such abuse is constantly exemplified before our eyes; but it is axiomatic that the practice of this right of free public

discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions. »<sup>1</sup>

La Cour suprême a reconnu que la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression pouvait comporter un volet affirmatif dirigé vers la préservation des droits du public. Dans *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, le juge Sopinka écrivait que :

« XLVIII. Bien que la conceptualisation traditionnelle de la liberté d'expression ait concerné une action gouvernementale qui entrave l'aptitude de quelqu'un de communiquer sa pensée, le juge L'Heureux-Dubé a reconnu que la simple passivité du gouvernement pourrait être insuffisante dans certains cas. Autrement dit, «la véritable liberté d'expression ne saurait se ramener au simple droit d'être à l'abri de toute ingérence» (pp. 1036 et 1037). À la page 1039 de l'arrêt Haig, le juge L'Heureux-Dubé avance ceci :

On ne doit pas s'éloigner du contexte de l'approche fondée sur l'objet énoncé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d'une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l'expression, ou à assurer l'accès du public à certains types de renseignements.

Dans le contexte approprié, ces considérations pourraient être pertinentes et amener un tribunal à conclure à la nécessité d'une intervention gouvernementale positive. »<sup>2</sup>

Le droit du public de savoir reconnu en principe au public en raison de son rôle crucial dans les processus démocratique demeure donc un principe directeur important.

Bien que l'interprétation de la liberté d'expression doit être respectueuse du droit du public à être informé, il n'y a pas un véritable droit général des membres du public d'accéder à l'information gouvernementale qui découlerait de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression. Le droit d'accéder à des informations peut en effet être limité au nom d'impératifs légitimes dans une société démocratique. Et de tels impératifs doivent être allégués même s'il n'est pas nécessairement possible de le faire en exposant les informations concernées.

## 2. Le droit du public à l'information n'est pas absolu

Comme tout droit relatif à des enjeux informationnels, le droit reconnu au public d'accéder à des informations n'est pas absolu. Il peut être balisé au nom de motifs raisonnables et justifiables dans une société démocratique

---

1 *Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act*, 1938 CanLII 1 (SCC), [1938] SCR 100, p. 132. en ligne : <<https://canlii.ca/t/1nmz8>>.

2 *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, en ligne : <[http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/1994/vol3/html/1994rcs3\\_0627.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/1994/vol3/html/1994rcs3_0627.html)>.

Dans *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*<sup>3</sup> la Cour suprême souligne que le droit découlant de la liberté d'expression prévue à l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* peut « contraindre le gouvernement à divulguer les documents qu'il détient lorsqu'il est démontré que, sans l'accès souhaité, les discussions publiques significatives sur des questions d'intérêt public et les critiques à leur égard seraient considérablement entravées. » (au par 37)

Pour appuyer son propos, la juge Abella reprend le propos de Louis D. Brandeis dans son célèbre article de 1913 publié dans le *Harper's Weekly* et intitulé « What Publicity Can Do » : [TRADUCTION] « La lumière du soleil est le meilleur des désinfectants... ». Pour que le gouvernement œuvre de manière transparente, il faut que l'ensemble des citoyens puisse avoir accès aux documents gouvernementaux lorsque cela est nécessaire pour la tenue d'un débat public significatif sur la conduite d'institutions gouvernementales (au par. 37).

Une fois démontrée la nécessité que *prima facie* les documents devraient être divulgués, « le demandeur doit ensuite démontrer que la protection n'est pas écartée par des considérations compensatoires incompatibles avec la divulgation » (au par. 38).

Car, au paragraphe 38 de la décision, la juge Abella convient qu'il « est admis que les privilèges échappent à juste titre à la portée de la protection offerte par l'al. 2b) de la Charte ».

Ainsi, la juge Abella explique que « les privilèges reconnus par la common law, comme le secret professionnel de l'avocat, correspondent généralement à des situations où l'intérêt public à ce que les renseignements restent confidentiels l'emporte sur les intérêts que servirait la divulgation ». Il en est de même des privilèges de common law consignés dans la législation, comme le privilège relatif aux renseignements confidentiels du *Conseil privé de la Reine* codifié à l'art. 39 de la *Loi sur la preuve du Canada*<sup>4</sup>.

Comme la common law ainsi que les lois doivent être conformes à la Charte, la création de catégories particulières de privilèges peut en principe faire l'objet de contestations fondées sur la *Constitution*. Mais la juge Abella explique qu'« en pratique, ces privilèges seront vraisemblablement bien circonscrits, ce qui offre une prévisibilité et une certitude quant à ce qui doit être divulgué et à ce qui reste protégé » (au par 39).

L'arrêt *Criminal Lawyers* de 2010 reconnaît [au par 40] qu'une « fonction gouvernementale particulière peut aussi être incompatible avec l'accès à certains documents. La juge Abella donne l'exemple du principe de la publicité des débats judiciaires selon lequel les audiences doivent être ouvertes au public et que les jugements soient rendus publics pour qu'ils fassent les unes et les autres l'objet d'un examen et de commentaires publics. Par contre, les notes de service préparées dans le cadre de l'élaboration d'un jugement n'ont pas à être rendues publiques, car leur divulgation nuirait au bon fonctionnement de la cour. Les juges seraient empêchés de délibérer et discuter pleinement et franchement avant de rendre leurs décisions.

<sup>3</sup> *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23 (CanLII), [2010] 1 RCS 815, <<https://canlii.ca/t/2b5sr>>.

<sup>4</sup> L.R.C. 1985, ch. C-5.

La juge Abella évoque aussi, comme autre exemple, le principe de la confidentialité des délibérations du cabinet quant à des discussions gouvernementales internes.

Dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*<sup>5</sup>, il a été mis en lumière que l'historique de la fonction d'une institution, en particulier, peut aussi aider à déterminer le degré de confidentialité dont elle devrait bénéficier. La Cour a reconnu que certaines fonctions et activités gouvernementales requièrent un certain isolement (au par. 76)<sup>6</sup>. Ce principe aide à départager quels types de documents peuvent être soustraits à la divulgation, parce que celle-ci nuirait au bon fonctionnement des institutions touchées.

Ainsi, dans l'arrêt *Charkaoui*<sup>7</sup>, la Cour suprême « 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 » (au par. 58). Elle écrit que :

Dans *Chiarelli*, la Cour a reconnu la légalité de la non-communication des détails relatifs aux méthodes d'enquête et aux sources utilisées par la police dans le cadre de la procédure d'examen des attestations par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 (plus tard L.R.C. 1985, ch. I-2). Dans cette cause, le contexte en fonction duquel les principes de justice fondamentale ont été précisés comprenait l'« intérêt [de l'État] à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police » (p. 744). Dans *Suresh*, la Cour a jugé qu'un réfugié susceptible d'être expulsé vers un pays où il risquait la torture avait le droit d'être informé de tous les renseignements sur lesquels la ministre avait fondé sa décision « sous réserve du caractère privilégié de certains documents ou de l'existence d'autres motifs valables d'en restreindre la communication, comme la nécessité de préserver la confidentialité de documents relatifs à la sécurité publique » (par. 122). De plus, dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, [2002 CSC 75](#), la Cour a confirmé la constitutionnalité de l'article de la [Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21](#), qui prescrit la tenue d'une audience à huis clos et *ex parte* lorsque le gouvernement invoque l'exception relative à la sécurité nationale ou aux renseignements confidentiels de source étrangère pour se soustraire à son obligation de communication. La Cour a alors clairement indiqué que ces

---

<sup>5</sup> *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62 (CanLII), [2005] 3 RCS 141, <<https://canlii.ca/t/1lwq1>> au par. 22.

<sup>6</sup> Au par 76 : « La fonction réelle de l'endroit est elle aussi importante. S'agit-il en fait d'un endroit essentiellement privé, même s'il appartient à l'État, ou d'un endroit public? Sa fonction — l'activité qui s'y déroule — est-elle compatible avec la libre expression publique? Ou s'agit-il d'une activité qui commande un certain isolement et un accès limité? Le droit d'entrer librement dans ce lieu et d'y présenter son message, par des paroles ou par des actes, serait-il compatible avec ce qui s'y fait? Ou les activités qui s'y déroulent s'en trouveraient-elles entravées? De nombreuses fonctions de l'administration publique, des réunions du Cabinet au simple travail de bureau, nécessitent un certain isolement. Élargir le droit à la liberté d'expression à de tels lieux pourrait bien compromettre la démocratie et l'efficacité de la gouvernance. »

<sup>7</sup> *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007 CSC 9](#), [2007] 1 R.C.S. 350.

préoccupations d'ordre social font partie du contexte pertinent dont il faut tenir compte pour déterminer la portée des principes applicables de justice fondamentale (par. 38-44).

En fin de compte, tout en reconnaissant que des impératifs déterminants relatifs à la sécurité nationale ou à d'autres intérêts publics peuvent justifier de tenir confidentielles des documents ou des informations, la Cour convient de la nécessité pour les tribunaux de prendre les moyens afin de s'assurer que les limites au droit du public de connaître sont justifiées et délimitées.

### **3. Les limites au droit du public d'accéder à l'information doivent être justifiées**

Il importe de s'assurer que les raisons pour restreindre ce droit du public de connaître sont connues et discutées. Car on n'échappe pas à la nécessité de convenir que certains types d'informations et certains documents sont exclus du régime d'accès par le public en raison de leur nature même ou en raison des conséquences probables de leur divulgation.

Pour les raisons invoquées dans l'arrêt *Criminal Lawyers*, il paraît évident que les informations et documents relatifs au secret professionnel et au secret des délibérations judiciaires ou du Conseil privé doivent bénéficier d'un statut garantissant leur confidentialité. Il paraît raisonnable de tenir pour acquis que les motifs mis de l'avant dans l'arrêt *Criminal Lawyers* peuvent s'appliquer aux considérations de sécurité nationale.

À l'égard de ces documents, la seule question qui se pose est celle de savoir s'ils relèvent effectivement de la relation avocat-client ou s'ils constituent des documents faisant partie du processus de délibération.

Dans le cas des documents ou informations qui concernent la sécurité nationale, l'enjeu est de procurer des garanties qu'ils sont effectivement de nature à mettre en cause la sécurité nationale ou celle d'un individu.

Mais lorsque sont invoqués des motifs de sécurité nationale, le public et les médias sont dans une position où on leur demande de croire sur parole ceux qui revendiquent la confidentialité. D'où la nécessité d'un processus afin de procurer au public des garanties quant à l'existence et la vérité des motifs invoqués pour soustraire une information aux exigences de transparence.

### **4. La nécessité d'une confirmation indépendante du statut d'une information ou d'un document**

Dans l'arrêt *Charkaoui*, le juge en chef de la Cour suprême du Canada explique que :

L'une des responsabilités les plus fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de ses citoyens. Pour y parvenir, il peut arriver qu'il doive agir sur la foi de renseignements qu'il ne peut divulguer ou détenir des personnes qui constituent une menace pour la sécurité nationale. En revanche, dans une démocratie constitutionnelle, le gouvernement doit agir de manière responsable, en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu'elle garantit. Ces deux propositions illustrent une tension inhérente au

système de gouvernance démocratique moderne. Cette tension ne peut être réglée que dans le respect des impératifs à la fois de la sécurité et d'une gouvernance constitutionnelle responsable.<sup>8</sup>

Pour garantir au public que les motifs invoqués pour soustraire un document à l'œil du public sont justifiés, il faut un processus indépendant destiné à vérifier les faits au soutien d'une revendication de confidentialité et attester l'existence des conditions qui doivent être réunies pour qu'une information ou un document soient tenus confidentiels.

Un tel processus est nécessaire pour compenser le fait que le public et les médias se heurtent à une boîte noire dès lors qu'est invoqué un motif donnant lieu à la mise sous scellé d'une information ou d'un document. Il faut un mécanisme destiné à assurer que la soustraction d'une information ou d'un document est effectivement justifiée.

En d'autres termes, tout se passe comme si le principe de transparence était compensé par un mécanisme par lequel un tiers indépendant vérifie les faits et atteste qu'ils donnent effectivement lieu au caractère confidentiel. C'est un mécanisme qui procure des garanties que la confidentialité est justifiée. Dans une logique démocratique, c'est une façon de suppléer à la mise entre parenthèses du caractère accessible de l'information ou d'un document. Cela permet de répondre à la nécessité de concilier les impératifs de sécurité et les besoins de transparence.

Au plan pratique, dans les pays démocratiques où il existe une réelle garantie l'indépendance des juges, cette conciliation entre le droit à l'information et le maintien de la sécurité nationale peut emprunter la voie de l'intervention d'un juge qui agit comme observateur de confiance, indépendant, capable de vérifier et d'attester de la régularité des mesures restreignant l'accès aux informations. Une commission d'enquête dotée des attributions et des garanties conséquentes peut procurer cet équilibre et les garanties recherchées.

Ainsi, les dispositions de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* autorisent une divulgation conditionnelle, partielle ou encore limitée d'informations. 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 nationale » (par. 38.06(2)). La Cour suprême explique dans l'arrêt *Ahmad*<sup>9</sup> que 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.

En somme, la protection du droit au public à l'information peut emprunter diverses voies afin de mettre à la disposition du public les éléments factuels qui, sans mettre à mal la sécurité nationale sont de nature à expliquer en quoi celle-ci est concernée par les documents ou les renseignements visés.

---

<sup>8</sup> *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9 (CanLII), [2007] 1 RCS 350, <<https://canlii.ca/t/1qljk>>.

<sup>9</sup> *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6 (CanLII), [2011] 1 RCS 110, par. 44. <<https://canlii.ca/t/2fn3t>>.