

"Source : *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, 403 pages, Commission de réforme du droit du Canada, 1983. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2010."

DEUXIÈME PARTIE:

L'ÉLABORATION

D'UN NOUVEAU RÉGIME

Table des matières

Deuxième Partie: L'élaboration d'un nouveau régime

CHAPITRE QUATRE: Comment aborder la réforme?	133
I. Les limites de la réforme	133
A. Les influences antagoniques	133
B. La pratique actuelle au regard des règles de droit	136
II. Les principes directeurs de la réforme	139
A. La codification	139
B. Simplification, équilibre et contrôle	141
C. Une perspective d'ensemble	143
III. Les principes fondamentaux	144
A. La séparation des justifications et des règles de procédure	145
B. L'exigence générale du mandat	146
CHAPITRE CINQ: La justification des fouilles, des perquisitions et des saisies	149
I. L'application du droit pénal	149
A. Du crime à la réaction	150
B. La police moderne et la prévention du crime	151
C. Les fouilles, les perquisitions et les saisies à titre de mécanismes de réaction	154
D. Choses, fonds et renseignements	155

RECOMMANDATION 1	155
(1) Choses et renseignements	156
(2) Le blocage de fonds	159
II. Les choses saisissables	160
RECOMMANDATION 2	160
A. La protection	161
B. Les produits de l'infraction	163
(1) Les choses soustraites	163
(2) Les profits tirés d'une infraction	165
C. Les choses dont la possession, dans les circonstances de l'espèce, constitue une infraction	167
D. La preuve d'une infraction	170
E. Les instruments du crime.....	172
F. Les personnes illégalement détenues	174
RECOMMANDATION 3	174
CHAPITRE SIX: Les exceptions à l'exigence générale du mandat	177
RECOMMANDATION 4	177
I. Le consentement	179
RECOMMANDATIONS 5 et 6	179
A. La nécessité d'imposer certaines limites	179
B. Le caractère «volontaire»	183
C. Le consentement écrit	185
II. L'arrestation	188
RECOMMANDATIONS 7 et 8	188
A. La fouille devrait-elle être autorisée automatiquement du fait de l'arrestation?	189
B. L'étendue de la fouille	190
C. Les choses qui peuvent être saisies.....	193
III. Les cas où le délai mettrait en péril la vie humaine ou la sécurité du public.....	194
RECOMMANDATION 9	194
IV. Les fouilles de véhicules lorsque le délai est susceptible d'entraîner la perte ou la destruction de choses saisissables	195

RECOMMANDATION 10	195
A. Le droit actuel	196
B. Les différents objets des fouilles et des perquisitions ..	198
(1) Les véhicules automobiles.....	198
(2) Les lieux privés	201
(3) Les fouilles de personnes	203
C. Conclusion.....	207
CHAPITRE SEPT: Les règles de procédure	209
I. La délivrance des mandats	209
RECOMMANDATIONS 11 et 12	209
A. La nature du mécanisme	209
B. Les documents	212
RECOMMANDATION 13	212
C. Le pouvoir discrétionnaire du juge de paix et le refus de délivrer le mandat.....	216
RECOMMANDATION 14	216
D. Le critère applicable	218
RECOMMANDATIONS 15 et 16	218
(1) Les motifs raisonnables	219
(2) Les sources confidentielles	220
(3) Les renseignements obtenus grâce à l'écoute électronique	221
E. La personne chargée de la délivrance des mandats ...	223
RECOMMANDATION 17	223
F. Le rôle du procureur de la Couronne	227
RECOMMANDATION 18	227
G. Le télémandat.....	229
RECOMMANDATION 19	229
II. L'exécution des mandats	233
A. Les agents de la paix et les particuliers	233
RECOMMANDATION 20	233
B. L'agent de la paix compétent	235
RECOMMANDATION 21	235
C. L'exécution de jour ou de nuit	237

RECOMMANDATION 22	237
D. La date limite d'exécution	239
RECOMMANDATION 23	239
E. La portée des fouilles, des perquisitions et des saisies avec mandat	240
RECOMMANDATION 24	240
III. L'exécution des fouilles et des perquisitions en général ...	243
A. L'emploi de la force	244
RECOMMANDATION 25	244
B. L'entrée sans préavis	246
RECOMMANDATION 26	246
C. Les obligations envers la personne visée par la fouille, la perquisition ou la saisie	248
RECOMMANDATIONS 27, 28 et 29	248
(1) La production du mandat	248
(2) La divulgation des motifs de la fouille ou de la perquisition	250
(3) Les témoins et le procès-verbal	252
D. La doctrine des objets «bien en vue»	255
RECOMMANDATION 30	255
IV. Les fouilles de personnes	257
RECOMMANDATIONS 31, 32 et 33	257
A. Les motifs raisonnables	258
B. Le mandat autorisant la fouille d'une personne	261
C. La fouille de personne concomitante de la perquisition	263
D. L'examen médical et la fouille de la bouche	265
V. La divulgation de renseignements sur les fouilles, les perquisitions et les saisies	270
A. Les fouilles et les perquisitions avec mandat	272
RECOMMANDATIONS 34, 35 et 36	272
B. Les fouilles et les perquisitions sans mandat	278
RECOMMANDATION 37	278

CHAPITRE HUIT: Les exceptions aux règles générales.....	283
I. Les problèmes particuliers liés à la personne fouillée ou à la chose saisissable	284
A. La personne qui n'est pas soupçonnée.....	284
RECOMMANDATION 38	284
B. Les comptes bancaires	287
RECOMMANDATION 39	287
C. Le secret professionnel de l'avocat	291
RECOMMANDATION 40	291
D. Les perquisitions dans les locaux de la presse et des autres media.....	293
RECOMMANDATION 41	293
II. L'entrée clandestine	296
RECOMMANDATION 42	296
A. Le droit actuel	296
B. Les entrées clandestines devraient-elles être autorisées?	300
(1) Les différents modes d'autorisation possibles.....	300
(2) Conclusion	304
CHAPITRE NEUF: Les régimes particuliers du droit actuel ..	309
I. Le mandat de main-forte	309
RECOMMANDATION 43	309
II. Les autres pouvoirs spéciaux	314
RECOMMANDATION 44	314
A. Les dispositions relatives aux maisons de jeu et aux maisons de débauche	315
(1) Les pouvoirs prévus aux articles 181 et 183	315
(2) Les femmes dans les maisons de débauche.....	318
B. Les métaux précieux.....	319
C. Le bois volé	320
D. Les combats de coqs	320
E. La monnaie contrefaite.....	320
F. Les stupéfiants et les drogues	322
G. Les publications obscènes, les histoires illustrées de crimes et la propagande haineuse.....	327

RECOMMANDATION 45	327
H. Les armes à feu.....	331
RECOMMANDATION 46	331
I. Le pouvoir d'entrer afin de prévenir le danger pour la vie.....	338
CHAPITRE DIX: L'application des règles	339
I. Introduction.....	339
RECOMMANDATIONS 47 et 48	339
II. Les recours traditionnels.....	341
A. Les poursuites pénales.....	342
B. La plainte disciplinaire.....	344
C. Le recours civil.....	345
D. La nécessité de nouvelles solutions.....	347
III. La règle d'exclusion et la restitution des choses saisies.....	349
A. Avant la <i>Charte</i>	349
B. La <i>Charte</i> et la restitution des choses saisies.....	353
IV. L'établissement de comités de surveillance.....	353
RENVOIS	359

CHAPITRE QUATRE

Comment aborder la réforme?

I. Les limites de la réforme

1. Le présent document de travail porte sur la réforme des règles de droit régissant les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie en matière criminelle. Ce thème soulève d'emblée certaines limites que nous devons nous résoudre à accepter. Parmi celles-ci se trouve la question des compétences législatives: comme nous l'avons vu, l'application du droit pénal par les agents de la paix repose sur les lois provinciales aussi bien que sur les lois fédérales¹. En outre, les relations entre les règles de procédure et l'application pratique du droit pénal imposent d'autres contraintes à notre tâche. En effet, force nous est de reconnaître que dans une certaine mesure, la procédure pénale doit être assez souple pour s'adapter aux diverses influences qu'exercent les institutions responsables de l'application du droit pénal dans les diverses régions du pays. Enfin, il nous faut aussi tenir compte des limites intrinsèques de la réforme du droit en tant que solution aux problèmes des méthodes de la police.

A. Les influences antagoniques

2. Les règles de la procédure pénale visent, entre autres, à uniformiser les pratiques qu'elles régissent. Dans un régime donné, l'importance que l'on attache à l'uniformisation se mesure au degré de détail que présentent ces règles. Sans doute serait-il possible d'élaborer un ensemble de règles régissant les pouvoirs de fouille, de

perquisition et de saisie en matière criminelle qui soit d'une telle exhaustivité qu'une fois mises en application, même les petits caractères des procès-verbaux de saisie seraient uniformes de Halifax à Vancouver. Nous ne croyons pas qu'une telle approche soit souhaitable, dans la mesure où cela reviendrait à nier l'existence de l'influence légitime qu'exercent sur l'application du droit les institutions des diverses régions du Canada.

3. Au Canada, la police relève des niveaux d'administration fédéral, provincial, et municipal. Cet état de choses reflète la complexité du système d'attribution des compétences prévu par la Constitution. D'une part, l'application de la loi à l'intérieur de chaque province a toujours été considérée principalement comme faisant partie de «l'administration de la justice», domaine qui, aux termes du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* relève de la compétence législative des provinces. C'est pourquoi:

chaque province a donc édicté des lois confiant ces fonctions aux autorités locales, notamment aux conseils municipaux. Des forces de police provinciales et municipales ont été constituées. Parfois les services nécessaires ont été obtenus par voie de contrat conclu avec la force de police provinciale (s'il en existe une) ou la G.R.C.²

Outre leur compétence décisionnelle en matière de police, c'est aux provinces qu'il appartient, en vertu des dispositions du paragraphe 92(14), d'organiser le système à l'intérieur duquel des fonctionnaires, investis des fonctions de juge de paix, délivrent les mandats de perquisition³.

4. D'autre part, il nous faut tenir compte du rôle que joue la Gendarmerie royale du Canada. En plus de fournir des services de police à titre contractuel dans certaines provinces, la G.R.C. assume certaines responsabilités à caractère national. Au nombre de celles-ci figurent l'application des lois fédérales autres que le *Code criminel*, la police dans les Territoires du Nord-Ouest et le Yukon, ainsi que la protection de la sécurité nationale*. Sur le plan constitutionnel, il est généralement admis que ce rôle se justifie au regard de la compétence attribuée au Parlement par les dispositions de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour ce qui est de «la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada».

5. Cette multiplicité des niveaux et des structures de la police se traduit par des disparités dans les pouvoirs des membres des

* Depuis la rédaction de ce texte, le projet de loi C-157, modifiant sensiblement le rôle de la G.R.C. en matière de sécurité nationale, a été introduit devant le Parlement.

diverses forces de police, ainsi que dans l'application pratique et l'orientation de ces pouvoirs. Ces disparités peuvent à leur tour avoir une incidence sur les méthodes de fouille, de perquisition et de saisie utilisées par une force policière donnée. Par exemple, on a toujours attribué à la Gendarmerie royale du Canada une habilité particulière à se charger des crimes économiques de grande envergure et ne comportant pas de violence, c'est-à-dire un domaine où l'on a souvent recours à la saisie de documents. En revanche, le rôle des membres des petites forces locales se résume souvent à des fonctions de surveillance, c'est-à-dire à assurer, au moyen de patrouilles, le maintien de l'ordre parmi les citoyens se trouvant dans leur ressort⁴. Même lorsque les agents de la G.R.C. se livrent à des fonctions semblables, on leur reconnaît volontiers des méthodes plus raffinées et mieux structurées que celles des policiers municipaux⁵.

6. À la complexité des structures de la police s'ajoutent d'autres variables liées aux régions et aux communautés du Canada où s'appliquent le droit et la procédure pénale. Les dimensions, l'histoire et la composition démographique d'une communauté desservie par une force policière donnée, de même que l'activité criminelle qui lui est propre ont des effets importants sur les modalités de l'application de la loi dans cette communauté. Ainsi, relativement à la taille d'une communauté, le "Task Force on Policing" de l'Ontario a signalé dans son rapport que si l'on constate un manque de communication entre les policiers et les citoyens des grands centres urbains, en revanche, dans les petites communautés, on arrive à maintenir des liens beaucoup plus étroits et personnels⁶. La nature de ces rapports détermine la mesure dans laquelle les policiers se sentent tenus de recourir à des pouvoirs officiels, plutôt qu'à des méthodes plus informelles. Les membres de diverses forces de police canadiennes que les chercheurs de la Commission ont rencontrés se sont dits d'avis que les possibilités de coopération entre les citoyens et les policiers étaient plus grandes dans les régions rurales.

7. L'élaboration de règles portant sur les fouilles, les perquisitions et les saisies comporte la tâche délicate d'atteindre le niveau approprié d'uniformisation. Loin de nous l'intention de nier qu'il est important que la police réponde de ses méthodes et de ses politiques d'application de la loi, mais si nous faisons preuve de circonspection à cet égard, c'est que nous estimons que les institutions et les municipalités sont tout aussi à même de sanctionner cette responsabilité qu'un système de règles de procédure imposé par le Parlement. Malgré ces réserves, cette position suppose que la

modification ou l'imposition de règles de droit est importante dans la définition des pratiques de la police. Examinons cette question d'un peu plus près.

B. La pratique actuelle au regard des règles de droit

8. De nos jours, on ne s'étonne plus d'entendre dire que dans la pratique, l'application de la loi n'est pas toujours conforme aux règles de droit. Dans le contexte actuel des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie, nous avons déjà fait mention des études empiriques qui démontrent l'existence de dérogations marquées par rapport aux normes établies pour les mandats⁷, et nous avons reconnu qu'il était difficile de contrôler les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie sans mandat⁸. Il est donc permis de se demander dans quelle mesure la réforme des règles du droit peut constituer une solution efficace aux problèmes actuels. Avant d'aborder cette question, il serait bon d'examiner certains aspects des rapports entre les pouvoirs et les pratiques de la police.

9. En droit anglo-canadien, les règles définissant les pouvoirs de la police ont toujours eu un rôle particulier: elles créent des exceptions aux principes interdisant les atteintes à la personne, à la vie privée et aux biens des citoyens⁹. Si crucial que soit ce rôle, il demeure, d'un certain point de vue, bien modeste. De toute son histoire, notre droit n'a jamais eu pour objet d'établir des mécanismes d'application permissifs, ni de définir les situations justifiant d'emblée la violation des droits fondamentaux des citoyens. Bien au contraire, le droit détermine les cas où une transgression *peut* être justifiée, en exigeant que lorsqu'une personne chargée de l'application de la loi décide de porter atteinte aux droits d'autrui, afin de poursuivre une enquête, elle justifie cette atteinte, obtienne l'autorisation nécessaire et respecte les limites fixées par la loi dans ce cas.

10. Aussi les sociologues ont-ils observé que les règles de droit prennent un rôle secondaire et ne servent qu'à sanctionner les pouvoirs des agents de la paix:

[TRADUCTION]

En théorie, l'application du droit pénal est censée être régie par le principe de la suprématie du droit et le principe de la légalité

En pratique cependant, le texte législatif devient l'outil dont se servent les personnes chargées de l'application de la loi pour accomplir

leur tâche. À cet égard, la loi leur confère des pouvoirs très étendus puisqu'elle est justement conçue en vue de l'usage pragmatique par les personnes chargées de l'application de la loi. Elle leur permet ainsi d'accomplir leur tâche de répression de la criminalité conformément aux intérêts de leur système¹⁰.

Que les personnes chargées de l'application de la loi «se servent» des textes de loi pour accomplir leur tâche, cela n'a rien d'alarmant en soi. Bien au contraire, dans la mesure où la loi qui «sert» les policiers exerce un certain contrôle sur l'ingérence dans la vie privée des citoyens, le système s'inscrit parfaitement dans la tradition du principe de la suprématie du droit. Cependant, des problèmes surgissent à partir du moment où le droit cesse d'exercer ce contrôle et devient un ensemble de règles à valeur purement symbolique.

11. Plusieurs facteurs interviennent pour neutraliser le contrôle que la procédure devrait en principe exercer. Dans le cas des pouvoirs sans mandat, notamment, l'application des règles de droit est confiée à des personnes qui, dans l'accomplissement de leurs tâches à caractère décisionnel, ne peuvent, en toute logique, faire abstraction de leur expérience et de leur participation aux enquêtes. Les agents de la paix procèdent souvent par instinct, ce qui échappe à tout critère rationnel. Pourtant, en théorie, la décision de faire intrusion dans la vie privée des citoyens est censée être fondée sur des critères légaux souvent complexes.

12. Un autre problème réside dans les ambiguïtés et les conflits que peut présenter une situation réelle à laquelle les règles de droit doivent être appliquées. Qu'un mandat ait été délivré ou non, il est souvent difficile de savoir avec certitude si les motifs qui sont à la base de la décision du policier étaient bien fondés, et si celui-ci a agi conformément à la loi. M. Herman Goldstein a d'ailleurs fait le commentaire suivant:

[TRADUCTION]

Il est bien reconnu que des citoyens par ailleurs tout à fait honnêtes mentent parfois lorsqu'ils sont aux prises avec la police. Il est également clair que certains policiers masquent parfois la vérité pour justifier leur conduite. La découverte de la vérité devient une tâche d'autant plus ardue que les policiers ont souvent affaire à des individus dont le sens moral est fort douteux. En effet, le criminel invétéré n'hésite jamais à faire une fausse déclaration si cela peut aider à couvrir sa culpabilité¹¹.

Lorsque, dans une situation donnée, l'ambiguïté ou le conflit tient à l'application des pouvoirs de la police, il devient difficile de vérifier la légalité de l'exercice de ces pouvoirs.

13. En pratique, surtout lors d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie effectuée dans le cadre d'une enquête, les agents de la paix ont un contrôle considérable sur les faits qui donnent lieu à l'application de leurs pouvoirs légaux. Les détectives par exemple, qui travaillent de façon assez occulte et, en fait, d'autres fonctionnaires comme les officiers supérieurs et ceux qui délivrent les mandats, s'appuient dans une large mesure sur le rapport de l'enquêteur. Bien que par suite de développements récents, on ait révélé au public certains aspects du mécanisme des mandats de perquisition¹², il reste que les circonstances entourant une enquête et la décision de demander un mandat de perquisition doivent rester sous le contrôle premier de la police. Par contre, ce pouvoir de contrôle ouvre la voie à une certaine part d'arbitraire dans l'interprétation des faits en vue d'obtenir les autorisations requises, ou de justifier *a posteriori* les activités de la police.

14. Enfin, les buts de la police, de même que ses méthodes, peuvent parfois se dissocier des objectifs des règles de la procédure pénale. Si le droit pénal est parfois appliqué au moyen des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie tirant leurs sources de textes réglementaires, en revanche, les pouvoirs que crée la procédure pénale sont parfois utilisés aux fins plus larges du maintien de l'ordre, ce qui, à strictement parler, ne relève pas de l'application du droit pénal¹³. Le recours aux pouvoirs de fouille et de perquisition prévus en matière criminelle dans des contextes d'une telle généralité est aussi inévitable que l'aspect discrétionnaire de ces pouvoirs. Dans ces conditions, il va de soi que la réforme de ces pouvoirs n'aura jamais qu'un effet limité sur les pratiques policières.

15. Ce serait faire preuve d'une grande naïveté que de s'attendre à ce que la modification des règles de droit actuelles apporte une solution complète aux discordances qui existent actuellement entre le droit et la pratique. Pour aborder ces problèmes de façon rationnelle, il faut remonter jusqu'aux structures administratives et aux principes fondamentaux qui régissent l'activité de la police. Néanmoins, la réforme du droit n'en devient pas vaine pour autant. Même les auteurs qui ont préconisé une approche para-juridique pour analyser la question des pouvoirs discrétionnaires de la police, conviennent qu'il est nécessaire de définir clairement la portée des pouvoirs que la loi confère à la police¹⁴. Au demeurant, il se peut bien que le mépris ou la manipulation des règles dont on accuse souvent les policiers tiennent justement au caractère archaïque et confus de celles-ci.

16. Par ailleurs, c'est une chose que d'admettre l'existence, dans la pratique, de certaines divergences par rapport à la loi; c'en est

une autre que de renoncer à ce que les pratiques policières soient, dans la mesure du possible, conformes à la loi. Bien avant la Confédération canadienne¹⁵, le principe de la suprématie du droit avait jeté les bases d'un système idéal d'application du droit pénal, dans lequel les représentants de l'État exerceraient leur pouvoir dans les limites fixées par la loi. Si un tel système n'a jamais pu être réalisé, il a néanmoins servi d'idéal, depuis ce temps, aux responsables de l'application de la loi. De nos jours, deux des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont nous avons déjà parlé, consacrent l'actualité de cet idéal: l'article 7, qui énonce que chacun a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, et l'article 8, qui sanctionne le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives¹⁶. Affirmer que les pouvoirs discrétionnaires de la police ne peuvent être contrôlés au moyen de règles de droit reviendrait à réduire ces dispositions, de même que les règles de procédure régissant les fouilles, les perquisitions et les saisies en matière criminelle, à des vœux pieux. Nous ne saurions souscrire à une position aussi radicale.

II. Les principes directeurs de la réforme

A. La codification

17. Il va sans dire que la coexistence du common law et des textes législatifs ne fait qu'ajouter à la complexité des règles actuelles en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. Nous croyons qu'il serait préférable d'établir un système qui repose entièrement sur la législation. Nous ne préconisons pas l'abolition des principes et des mécanismes précieux du common law. Nous en recommandons plutôt l'intégration dans un code harmonieux et cohérent portant sur les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie en matière criminelle.

18. Plusieurs arguments militent en faveur de l'abolition des règles coutumières. En tête de ces arguments vient le besoin de clarté. Dans son rapport récent, la "Royal Commission on Criminal Procedure" a passé en revue les règles de droit en vigueur en Angleterre et au Pays de Galle, en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies, pour en arriver à la conclusion suivante:

[TRADUCTION]

Au cours des témoignages qui nous ont été présentés, on a principalement fait état de la nécessité de rationaliser et de moderniser ces mécanismes et ces pratiques, dont certains datent du siècle dernier et comportent des anomalies évidentes. Il existe un consensus en faveur de la codification et de la rationalisation de ces dispositions¹⁷.

Bien qu'au Canada, les problèmes de confusion que suscitent les pouvoirs de common law n'aient jamais eu la même ampleur qu'en Angleterre, le degré d'incertitude qui caractérise certains de ces pouvoirs justifie l'adoption d'une attitude semblable à celle de la Commission royale. Par exemple, les limites de la légalité de la perquisition concomitante de l'arrestation n'ont jamais été définies, bien que l'on s'entende généralement pour dire que la fouille doit être limitée à l'espace placé sous le pouvoir de la personne arrêtée. Par ailleurs, les tribunaux canadiens n'ont jamais établi de façon claire les modalités de la perquisition «de consentement», notamment pour ce qui est de savoir quand elle peut être effectuée et quels biens peuvent être saisis.

19. Pour ce qui est des perquisitions «de consentement», la situation actuelle met en évidence un autre problème lié aux pouvoirs dont l'existence n'est pas sanctionnée par la législation: l'absence de mécanisme de protection général. Si l'on admet généralement que certaines conditions devraient être remplies lorsqu'un policier demande à un citoyen de consentir à une atteinte à sa personne, à sa vie privée ou à ses biens, il y aurait lieu de formuler ces conditions dans la loi. Même s'il reste souhaitable que les méthodes de la police puissent être adaptées aux particularismes locaux, le droit actuel va beaucoup plus loin. Il laisse l'application des mécanismes actuels de protection à la discrétion des diverses forces de police. En réalité, les citoyens ne sont pas les seuls qui aient à se plaindre de l'absence d'uniformité. Certains agents de la paix rencontrés par les chercheurs de la Commission ont en effet déclaré que l'absence de principes directeurs clairs rendait leur tâche beaucoup plus difficile.

20. En outre, il importe d'introduire dans la loi certaines garanties constitutionnelles contre «les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives»¹⁸. Le fait qu'un pouvoir de fouille, de perquisition ou de saisie tire sa source du common law ne rend pas ce pouvoir «abusif». Cependant, les limites de la légalité de l'exercice d'un tel pouvoir sont habituellement plus vagues et prêtent plus facilement à la contestation. Cela est particulièrement vrai dans le cas où l'exercice du pouvoir n'est pas appuyé par un mandat. En effet, le mandat comporte certaines exigences quant au caractère raisonnable

de l'acte autorisé. On peut donc soutenir que le retrait de cette protection impose l'obligation d'associer certaines garanties à ce pouvoir, en guise de compensation. Or la méthode la plus efficace pour assumer cette obligation reste encore l'adoption de dispositions législatives à cet effet.

21. Les avantages de la codification ont été exposés de façon fort détaillée dans un document d'étude publié par la Commission de réforme du droit et intitulé *Pour une codification du droit pénal*. Voici la conclusion à laquelle les auteurs de l'étude en sont arrivés:

La codification, dans ce sens, permet de mieux atteindre les deux qualités que l'on doit rechercher dans la règle de droit: la prévisibilité de son application et sa certitude. Il est en effet plus facile pour un avocat qui fonctionne à l'intérieur d'un système de droit codifié, de connaître la portée de la règle et de pouvoir ainsi concrètement prédire la réaction des tribunaux à son application. Ce n'est pas scléroser la règle de droit que de la codifier, c'est seulement lui donner un degré d'acuité et de certitude plus grand, sans pour autant entraver son adaptation continue aux besoins sociaux et à la réalité¹⁹.

Pour conclure, nous estimons que ces valeurs s'appliquent aux règles de droit concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies, et qu'il y a lieu de codifier ce domaine du droit.

B. Simplification, équilibre et contrôle

22. La codification des règles de droit aurait bien peu d'intérêt sur les plans de la précision et de la certitude si elle devait être aussi complexe et byzantine que le système auquel elle se substitue. Aux États-Unis par exemple, certaines distinctions que les tribunaux ont établies entre diverses situations sèment la confusion tant chez les juges et les auteurs que chez les policiers. Cela a amené la Cour suprême des États-Unis, au cours des dernières années, à prôner l'établissement d'une ligne de démarcation claire entre ce qui est légal et ce qui ne l'est pas dans le domaine des fouilles, des perquisitions et des saisies sans mandat²⁰. Paradoxalement, quelques-unes des «lignes de démarcation» qui ont été tracées par la suite demeurent assez obscures²¹. Au Canada, la sanction constitutionnelle qu'ont établie les dispositions de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est venue réaffirmer la nécessité d'éviter de tels enchevêtrements.

23. En plus de faciliter la tâche des spécialistes du système d'application de la loi, la simplification des règles de droit permet aux citoyens de connaître les limites des pouvoirs des agents de la paix. Il est vrai que la réalisation de cet objectif peut être entravée par des facteurs qui n'ont rien à voir avec l'organisation et la nature des règles de droit. Ces facteurs ont été examinés dans l'étude intitulée "Access to the Law". L'auteur a cependant fait l'observation suivante:

[TRADUCTION]

Presque toutes les personnes ressources que nous avons rencontrées se sont entendues pour dire que les principaux problèmes qui caractérisent la forme actuelle des lois sont la langue ésotérique et alambiquée, la consultation difficile à cause de l'insuffisance des index, la structure complexe, ainsi que la difficulté de la mise à jour²².

La simplification des mécanismes de fouille, de perquisition et de saisie pourrait sans doute apporter une solution, fût-elle partielle, à ces problèmes.

24. Cela étant dit, il ne faudrait pas pousser la simplification au point de négliger l'équilibre qui doit exister entre les intérêts en cause, ni les variables qui distinguent les différents types de situations où ces pouvoirs doivent être exercés. Parmi ces variables se trouvent la nature de l'objet recherché (un bien volé ou des stupéfiants), l'endroit où a lieu la perquisition (un immeuble ou un véhicule), l'urgence de la situation, l'attitude de la personne en cause, la gravité de l'infraction qui fait l'objet de l'enquête, les autres circonstances particulières de l'affaire, la mesure dans laquelle les pouvoirs seront probablement utilisés, ainsi que les possibilités d'abus. L'objectif de simplification ne saurait empêcher la prise en considération de ces variables. Cependant, il peut à l'occasion nous inciter à accorder plus d'importance à certaines d'entre elles.

25. L'établissement d'un contrôle sur la portée et la variété des dispositions conférant de tels pouvoirs doit être une considération majeure dans l'élaboration d'un nouveau système de règles. Certaines codifications et initiatives récentes en matière de réforme du droit ont mis en évidence la tâche difficile qui consiste à déterminer les différents facteurs pertinents et à établir un équilibre entre ceux-ci: le *Model Code of Pre-arraignment Procedure*, élaboré par l'"American Law Institute"²³, le *Criminal Investigation Bill*, inspiré des recommandations de l'"Australian Law Reform Commission"²⁴, de même que les recommandations de la "Royal Commission on Criminal Procedure in England"²⁵. L'équilibre proposé varie quelque peu dans chaque cas, mais la nécessité de

maintenir un certain contrôle sur la prolifération des pouvoirs est un thème fondamental commun à tous ces travaux. C'est également l'objectif que nous poursuivons.

C. Une perspective d'ensemble

26. La réforme des règles de droit concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies en matière criminelle peut être abordée de deux façons. D'une part, on pourrait conserver la structure générale des règles actuelles et tenter d'apporter les modifications ponctuelles qui s'imposent aux mécanismes existants. D'autre part, il serait possible de faire table rase de la structure actuelle et de procéder à une refonte générale des règles. C'est pour cette seconde solution que nous avons opté. En effet, la première nous aurait obligé à passer sous silence l'un des problèmes fondamentaux qui caractérisent les règles actuelles, soit l'incohérence de leur agencement.

27. L'incohérence du droit actuel dans ce domaine s'explique historiquement par l'approche empirique que l'on a adoptée en droit pénal: chaque problème nouveau entraînait l'adoption d'une nouvelle solution. Les propositions que renferme la présente étude reposent sur un principe différent: *a priori*, les règles de procédure devraient être basées sur les éléments communs des infractions et non sur les éléments qui les distinguent. Dans l'ensemble, la procédure prévue par le *Code criminel*, depuis l'arrestation jusqu'au procès, et de là jusqu'à l'appel, reflète implicitement cette conception. Ainsi, les règles de l'arrestation sont les mêmes, qu'il s'agisse d'un meurtre, de possession de drogues, d'une fraude relative aux métaux précieux ou d'une infraction en matière d'armes à feu. En fait, ces règles constituent en quelque sorte un code embrassant d'une façon générale les motifs de l'arrestation sans mandat (articles 449 et 450), la délivrance des mandats (article 455.3), la dénonciation (articles 455 et 455.1), de même que les mécanismes consécutifs à l'arrestation (articles 451, 452 et 453). Les règles spécifiques touchant certaines infractions et certains auteurs d'infractions ne découlent pas d'une particularisation historique. Elles répondent, dans un contexte général, à des impératifs particuliers d'ordre social comme la protection du public et la présence de l'accusé à son procès.

28. Il n'existe aucune raison valable pour ne pas donner une base générale aux règles relatives aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies. Le législateur a d'ailleurs reconnu les avantages de cette

formule en matière de mandat, lorsqu'il a adopté, sous leur forme actuelle, les dispositions de l'article 443, il y a près de cent ans. Toutefois, on ne saurait faire de ces dispositions un cadre général pour l'ensemble des règles, et ce, pour deux raisons. En premier lieu, elles ne s'appliquent qu'aux perquisitions avec mandat. En conséquence, les motifs justifiant l'atteinte à la vie privée que constitue une fouille ou une perquisition sont fonction du mode d'autorisation utilisé. Or, nous nous inscrivons en faux contre ce raisonnement pour les motifs que nous exposerons un peu plus loin²⁶. D'autre part, par suite de la prolifération de dispositions particulières depuis l'adoption de l'article 443, il n'est plus exact de prétendre que cet article constitue le code complet et exhaustif en matière de mandat qu'il était jadis. Bien que le régime de délivrance des mandats prévu à l'article 443 soit encore celui dont la portée est la plus grande et auquel on a le plus souvent recours, les dispositions qui le sous-tendent ne sont que quelques-unes parmi tant d'autres. Tout régime qui se veut complet doit embrasser toutes les justifications et tous les mécanismes appropriés, et non seulement ceux qui sont prévus à l'article 443.

29. L'adoption d'une nouvelle approche n'implique pas nécessairement le rejet global des règles actuelles. Bien au contraire, ces règles, de même que les principes qui les sous-tendent, constituent manifestement un point de départ logique. Dans la présente étude, nous entendons élucider ces règles et ces principes d'un point de vue critique, de façon à pouvoir les évaluer dans une perspective de réforme. Ainsi, dans les chapitres cinq, six et sept, nous proposerons un ensemble de règles générales applicables à toutes les fouilles, les perquisitions et les saisies. Aux chapitres huit et neuf, nous chercherons à déterminer dans quelle mesure il est légitime de déroger à ces règles pour répondre aux exigences de certains problèmes particuliers. Enfin, au chapitre dix, nous aborderons la question épineuse de l'application des règles de procédure.

III. Les principes fondamentaux

30. Avant d'entreprendre notre étude, il serait opportun d'énoncer brièvement deux postulats. Tout d'abord, nous reconnais-

sons que la question de la justification des fouilles, des perquisitions et des saisies se distingue de celle du mode d'autorisation applicable, et que sur le plan logique, la première doit être posée avant la seconde. Ensuite, nous posons comme postulat que le mandat doit en principe rester la seule façon d'autoriser une perquisition, sauf dans les cas où le recours au mandat est manifestement inopportun.

A. La séparation des justifications et des règles de procédure

31. Dans l'état actuel du droit, les motifs qui justifient l'atteinte à la vie privée que représente une perquisition ou une saisie sont directement fonction du mode d'autorisation de celles-ci. Ainsi, lorsque l'on parle des motifs pouvant justifier une perquisition avec mandat, on doit entendre tous les motifs pouvant donner lieu à la délivrance d'un mandat en vertu des diverses dispositions législatives discutées au chapitre précédent. Par conséquent, pour avoir une idée d'ensemble des motifs pouvant donner lieu à une perquisition ou à une saisie, il faut ajouter à tous les motifs permettant une perquisition avec mandat ceux qui peuvent donner lieu à une perquisition en vertu d'autres mécanismes prévus par la loi. Il existe en effet un chevauchement considérable entre les justifications associées à ces différents mécanismes de procédure. Or le fait que ces justifications soient associées aux modes d'autorisation des perquisitions ou des saisies tient davantage à une évolution historique divergente de ces mécanismes qu'à de véritables différences de fond.

32. Ainsi, dans le cas d'une fouille sans mandat concomitante d'une arrestation, quelle est la justification de l'atteinte portée? L'arrestation elle-même? Une telle réponse ne fait que déplacer la question. Pourquoi en effet l'agent qui effectue l'arrestation serait-il de ce fait autorisé à procéder à une fouille et à saisir des objets en possession de la personne? La jurisprudence a proposé un éventail de réponses: le prévenu peut avoir en sa possession les fruits de son forfait ou encore, d'autres preuves de l'infraction; il peut aussi avoir dissimulé une arme avec laquelle il pourrait blesser ceux qui l'ont arrêté et parvenir à s'échapper²⁷. Toutes ces réponses traduisent la poursuite d'une série d'objectifs précis: enlever au prévenu l'objet qu'il a obtenu par la perpétration d'un crime, obtenir des preuves de l'infraction, et protéger la police de même que la société. Ces objectifs sont l'essence même des dispositions du *Code criminel*

(articles 443 et 101), et des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues* portant sur les perquisitions.

33. On ne peut pas en conclure, toutefois, que l'arrestation n'a aucune pertinence par rapport à la justification d'une fouille. En fait, nous sommes d'avis qu'une fouille est davantage justifiable, au regard de la sécurité, lorsqu'il y a eu arrestation que dans l'hypothèse contraire²⁸. Cependant, il importe de souligner que même si les objets recherchés sont les mêmes dans le cas d'une arrestation et dans celui d'une perquisition, la fouille peut être effectuée sans mandat dans la première hypothèse, et non dans la seconde. L'explication de cette distinction tient aux circonstances de la fouille. En effet, l'agent de la paix qui se livre à une fouille au cours d'une arrestation fait face à une situation d'urgence. Dès lors, le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat accroît le risque de voir la personne se débarrasser de l'objet qu'elle a en sa possession. En revanche, ce risque est beaucoup moins grand lorsqu'il s'agit d'effectuer une perquisition dans une maison afin de saisir un objet semblable.

34. L'étude des objectifs qui justifient les fouilles, les perquisitions et les saisies est donc distincte de celle des circonstances qui déterminent le mécanisme auquel on doit avoir recours pour les autoriser. En toute logique, le problème de la justification doit être examiné en premier. En effet, il ne sert à rien de déterminer quelle est la procédure appropriée, tant et aussi longtemps que l'on n'a pas justifié l'atteinte proposée. La Commission de réforme du droit de l'Australie²⁹ et l'"American Law Institute"³⁰ ont tous deux adopté cet ordre séquentiel dans les codifications qu'ils ont récemment proposées. Dans les deux cas, le code modèle définit tout d'abord les objets qui peuvent être visés par les fouilles, les perquisitions et les saisies, c'est-à-dire les objets dont l'intérêt pour l'État est suffisant pour justifier ces atteintes. La loi proposée établit ensuite les mécanismes permettant d'obtenir ces objets. Nous suivrons ce même ordre dans la présente étude.

B. L'exigence générale du mandat

35. Nous avons déjà parlé du caractère judiciaire que doit avoir le mécanisme de délivrance du mandat, ainsi que de la spécificité du mandat³¹. Ces caractéristiques visent à assurer deux choses. En premier lieu, aucune atteinte à la vie privée ne doit survenir avant que

l'existence d'une justification n'ait été objectivement établie. En second lieu, l'étendue de l'atteinte doit être claire aux yeux de celui qui fait la demande, de celui qui statue sur celle-ci, de celui qui exécute le mandat, ainsi que de toute personne qui est touchée par l'exercice du pouvoir. Ces garanties trouvent leur fondement dans le fait qu'en common law, on a toujours considéré que les atteintes à la vie privée découlant de l'exercice du pouvoir de perquisition et de saisie étaient très graves et devaient, en conséquence, être surveillées de près. Bien que l'expérience montre certaines lacunes dans le contrôle qu'exerce le processus de délivrance du mandat sur les pouvoirs discrétionnaires de la police, elle montre également que de façon générale, les limites de la loi sont relativement mieux respectées dans le cas des perquisitions avec mandat que dans le cas des perquisitions sans mandat. Outre les garanties préalables à l'atteinte, le mécanisme du mandat, qui repose sur des preuves documentaires, comporte notamment certains avantages en cas de contestation.

36. Si l'on accepte que le respect des droits individuels constitue une valeur sociale essentielle, il importe que la surveillance qui s'exerce notamment au moyen du mandat ait une portée aussi générale que possible. L'importance attachée par la loi à la répression des atteintes arbitraires à la vie privée a toujours été un élément capital à la base de l'instauration des pouvoirs de perquisition. Hale n'a pu cautionner le pouvoir conféré par le mandat qu'en y incorporant des garanties contre l'exercice abusif du pouvoir qu'il comporte³².

37. Certes, les temps ont beaucoup changé depuis l'époque de Hale. Toutefois, les arguments qui militent en faveur d'une étroite surveillance des perquisitions ont gardé toute leur actualité. Ce serait être bien peu réaliste que de prôner l'interdiction absolue des perquisitions sans mandat. Toutefois, l'obtention d'un mandat doit demeurer la règle. Cette position a été adoptée de façon explicite par la jurisprudence américaine³³, et implicitement dans certaines décisions canadiennes telle l'affaire *Pacific Press*, où la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est montrée très restrictive à cet égard³⁴. Dans l'optique de la réforme, cette position nous incite à simplifier les règles pour faire du mandat un mode d'autorisation plus efficace, plus accessible, et partant, plus couramment utilisé. Sur le plan des principes, le mandat devrait toujours constituer le mécanisme approprié pour autoriser une perquisition ou une saisie. En d'autres termes, pour peu que l'atteinte aux droits soit justifiée, elle devrait toujours être autorisée au moyen d'un mandat. Pour ce

qui est de savoir si un autre mécanisme devrait être mis à la portée de celui qui entend effectuer la perquisition, cela revient à se demander si les circonstances particulières de certaines situations peuvent rendre impraticable ou inutile le recours au mandat. Nous reviendrons sur cette question au chapitre six du présent document.

38. L'idée de donner la prééminence aux perquisitions avec mandat dans la loi peut paraître quelque peu déroutante et même saugrenue puisque dans la pratique moderne, les atteintes à la vie privée sans mandat sont devenues la règle plutôt que l'exception. C'est ce qu'a constaté Weiler en matière d'arrestation³⁵. En revanche, l'utilisation courante du mandat en matière de perquisitions prouve que malgré l'état extrêmement confus du droit actuel, en pratique, on continue d'accorder un certain respect à l'exigence du mandat. Il est vrai que les circonstances poussent souvent l'agent à agir sans mandat et que sa décision est bien fondée la plupart du temps. Cela ne signifie pas pour autant que le pouvoir d'agir ainsi doive cesser d'être l'exception à la règle. Le caractère général de cette exigence ne repose pas sur des statistiques d'application. Il s'agit plutôt d'une question de principe. Ce principe exige seulement d'établir, avant de permettre une atteinte aux droits d'une personne dans un cas donné, que le recours au mandat est effectivement inopportun.

CHAPITRE CINQ

La justification des fouilles, des perquisitions et des saisies

I. L'application du droit pénal

39. En principe, le droit pénal doit être à l'image des valeurs fondamentales de la société. La violation des interdictions légales sanctionnant ces valeurs peut entraîner des atteintes sérieuses à la liberté et à la vie privée de la personne qui s'en rend coupable, la plus grave étant sans aucun doute l'imposition d'une sentence par suite de la déclaration de culpabilité. Pour ce qui est des pouvoirs de la police cependant, la question principale demeure celle de la justification des atteintes antérieures à la déclaration de culpabilité. À notre avis, cette question repose sur la nécessité d'établir un système susceptible de réagir efficacement à la perpétration des infractions.

40. Cependant, l'application du droit pénal n'a pas toujours répondu à des préoccupations aussi nobles. Certes, l'arrestation des auteurs d'infractions majeures ("felonies") était l'un des objectifs de Hale lorsqu'il a instauré les mandats de perquisition³⁶. Mais à cette époque, seuls les biens volés pouvaient être saisis sous l'autorité de ces mandats. Du reste, pendant des siècles, on ne pouvait saisir des biens que dans la mesure où l'on croyait que leur possesseur n'y avait pas droit. Cette règle s'appliquait non seulement aux biens volés mais aussi aux biens de contrebande et même, selon certains auteurs, aux instruments du crime, à la possession desquels on attachait déjà un caractère coupable justifiant la confiscation de ces objets³⁷.

41. Le fait que l'État n'ait plus à invoquer un droit de propriété supérieur pour justifier les saisies s'explique par le déclin du

caractère sacré de la propriété au profit de l'application du droit pénal, en tant que valeur sociale prédominante. L'amarçage de ce renversement³⁸ coïncide avec l'instauration des forces policières au dix-neuvième siècle. Les tribunaux eurent tôt fait de reconnaître que l'importance de l'application du droit pénal, à titre d'objectif social, justifiait à elle seule le recours à des mécanismes comme la saisie. Ainsi, la nécessité de conserver les preuves de la culpabilité de l'accusé avait désormais préséance sur les droits de propriété de celui-ci sur toute chose ayant une valeur probante. Toutefois, l'expansion de la portée du mécanisme de saisie s'est faite à l'intérieur de limites soigneusement établies. Ces limites, qui sont restées les mêmes jusqu'à ce jour, découlent du caractère «réactif» du système de justice pénale.

A. Du crime à la réaction

42. Il peut sembler banal de noter que l'accusation et la poursuite criminelle, qui sont au cœur même de notre système de procédure pénale, constituent la réaction de la justice pénale à l'infraction commise. En effet, le procès fait suite à la mise en accusation, laquelle répond à la perpétration de l'infraction qui en fait l'objet. Mais le fait que le système canadien d'application de la loi repose sur un tel processus est en soi digne de mention. En effet, le système de type accusatoire et «réactif» n'est certainement pas le seul régime auquel un État puisse avoir recours pour appliquer ses lois. Ainsi, l'Angleterre a eu sa part d'institutions inquisitoriales, telles la Chambre étoilée et la "High Commission". La survie du système accusatoire est en grande partie attribuable à l'émergence d'un concept auquel on a attaché, au fil des années, une importance grandissante: la suprématie du droit.

43. Le premier principe sous-jacent à ce concept du droit a été formulé ainsi par Dicey:

[TRADUCTION]

Nul ne peut être puni ou ne peut être légalement contraint à subir un préjudice corporel ou matériel à moins d'avoir commis une infraction précise à la loi régulièrement adoptée, et que sa culpabilité n'ait été établie de la façon habituelle devant les tribunaux ordinaires du pays. Dans ce sens, la suprématie du droit s'oppose à tout système de gouvernement fondé sur l'exercice, par les autorités, d'un pouvoir de contrainte étendu, arbitraire ou discrétionnaire³⁹.

Pris au pied de la lettre, ce principe peut avoir pour effet d'interdire, avant le procès, toute atteinte à la personne ou aux biens de l'accusé, comme la saisie ou l'arrestation. Cependant, dans un passage subséquent, Dicey avait clairement prévu l'exercice de ces pouvoirs avant le procès, pour peu qu'ils soient [TRADUCTION] «légalement justifiés⁴⁰».

44. Même si de nos jours, son application très large est devenue problématique dans certains contextes comme celui des organismes administratifs, le principe de la suprématie du droit demeure, dans son essence même, indiscutable et bien établi. Dicey s'est inspiré non seulement de l'histoire britannique, mais également de l'étude de l'histoire politique européenne. Il en était finalement venu à la conclusion que [TRADUCTION] «là où il existe des pouvoirs discrétionnaires, il y a place pour l'arbitraire⁴¹». En conséquence, l'expression «légalement justifié», en matière d'atteinte à la vie privée, a donc dû être définie en termes de conduite individuelle. Le principe élaboré par Dicey laisse donc sous-entendre que seule la conduite d'une personne peut justifier que l'état porte atteinte à sa vie privée⁴².

45. Dicey a fait remarquer lui-même que la protection des libertés était sanctionnée non pas par les lois constitutionnelles, mais bien par une tradition jurisprudentielle⁴³. De nos jours cependant, ces principes ont été repris, dans une certaine mesure, par la *Charte canadienne des droits et libertés*: l'égalité devant la loi, la protection contre toute détention arbitraire, le droit à un procès équitable et, ce qui nous intéresse au premier chef, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives⁴⁴. Fait plus important sans doute, ces mêmes principes sont à la base de nombreuses lois autorisant précisément ce genre d'atteintes à la vie privée. Mais si ces manifestations du concept de la suprématie du droit en confirment l'actualité sur le plan général, elles laissent sans réponse bon nombre de questions très importantes en ce qui concerne l'application pratique du droit pénal. En particulier, on peut se demander comment le rôle de la police moderne s'inscrit dans le cadre de ces principes restrictifs.

B. La police moderne et la prévention du crime

46. C'est la prévention du crime qui, sans aucun doute, a été à l'origine du mouvement d'instauration de la police moderne, comme

en témoigne cet extrait des instructions générales adressées en 1829 aux forces policières londoniennes nouvellement créées:

[TRADUCTION]

Il faut tout d'abord comprendre que l'objectif principal à atteindre est «la prévention du crime». Tous les efforts de la police doivent tendre vers ce but. La sécurité des personnes et des biens, de même que la réalisation des autres objectifs de l'organisme policier, seront ainsi mieux assurées que par la seule découverte et punition de l'auteur une fois l'infraction commise⁴⁵

Cependant, cette stratégie préventive se manifestait surtout par des activités ne présentant pas un caractère attentatoire à la vie privée d'autrui, comme les patrouilles policières. Parmi les auteurs britanniques du dix-huitième et du dix-neuvième siècles, même les plus fervents partisans de la prévention du crime n'allaient pas jusqu'à préconiser l'atteinte aux droits individuels avant que la perpétration de l'infraction ait été amorcée. Ainsi, Bentham, le grand champion des mesures préventives, a reconnu explicitement cette limite : le rôle de la police, déclarait-il, devrait être [TRADUCTION] «d'intervenir dès les signes avant-coureurs de la perpétration d'une infraction⁴⁶».

47. Pendant la période qui a suivi la création de la police moderne, on a élaboré de nouvelles techniques plus efficaces d'application de la loi, sans toutefois remettre en question le principe selon lequel la police ne doit pas empiéter sur les droits individuels avant que la perpétration d'une infraction ait été amorcée. Or, ce principe est-il toujours applicable? On peut soutenir la négative en s'appuyant sur le vieil adage: mieux vaut prévenir que guérir⁴⁷. Suivant cet argument, en prévenant la perpétration de l'infraction, l'initiative de la police profite à tous. Elle épargne au public les coûts qu'entraînerait la consommation de l'infraction, elle décharge le système judiciaire d'éventuelles poursuites, et elle n'inflige à la personne en cause qu'une atteinte relativement légère en regard de la détention, du procès et de la sentence auxquels cette personne s'exposerait en accomplissant l'acte en question.

48. Cependant, on peut reprocher à cet argument de compromettre gravement la liberté individuelle. Bien sûr, il est possible de définir les pouvoirs d'intervention préventive en termes de motifs ou de soupçons raisonnables. Mais pris hors contexte, le caractère «raisonnable» perd son intérêt à titre de garantie, puisque des facteurs comme la réputation de la personne peuvent entrer en jeu. De nos jours, ce problème est particulièrement épineux. En effet, dans la mesure où l'approche préventive permet à la police de porter

atteinte à la vie privée d'une personne à cause des penchants criminels de celle-ci, et non parce qu'elle a commis un crime particulier, on se trouve à donner dans le piège que Dicey redoutait⁴⁸. Le fait que telles atteintes aient pu être commises sous le couvert d'un système se réclamant du principe de la suprématie du droit a permis de contourner une question fondamentale: la prévention du crime est-elle un objectif suffisamment important pour justifier la dérogation aux limites imposées par la tradition à l'application du droit pénal?

49. En somme, la réponse à cette question prend un caractère politique. Dans son rapport intitulé *Notre droit pénal*, la Commission a reconnu les limites des mesures sentencielles à cet égard:

Le principal problème vient de ce que notre société est tellement imbue de valeurs, tels le sentiment d'humanité et le respect de la liberté, qu'elle refuse d'adopter des mesures suffisamment sévères pour rendre l'intimidation véritablement efficace À vrai dire, la nature même de notre société empêche le droit pénal d'organiser pleinement l'avenir⁴⁹.

Ces mêmes valeurs imposent des restrictions aux premiers stades de l'application du droit pénal. Il va sans dire que la prévention du crime constitue un objectif social important, et on ne peut qu'encourager la poursuite de cet objectif au moyen des méthodes traditionnelles comme les patrouilles, et des méthodes relativement plus modernes comme les programmes d'éducation et de participation du public. Toutefois, le respect des droits individuels doit primer. Le droit, en général, doit restreindre la justification de ces atteintes aux seuls cas où la perpétration de l'infraction a été amorcée.

50. L'atteinte, une fois portée, peut en fait avoir un effet préventif. L'une des raisons fondamentales qui justifie que l'on porte atteinte aux droits de celui qui a commis une infraction est précisément de protéger le public contre la récidive. Ce principe ressort clairement des dispositions du *Code criminel* portant sur l'arrestation, la détention et le cautionnement⁵⁰. La nécessité «d'empêcher que l'infraction ne se poursuive, ne se répète ou qu'une autre infraction ne soit commise» doit être prise en considération par celui qui effectue l'arrestation, par le fonctionnaire responsable et par l'officier de justice qui préside l'enquête où sont présentés les motifs justifiant la détention. Nous reconnaissons le bien-fondé de cette exigence que l'on retrouve dans le cas des fouilles concomitantes de l'arrestation. On ne saurait donc s'opposer à ce genre d'atteintes à la vie privée en invoquant leur caractère exclusivement préventif, puisqu'elles ont lieu après que la perpétration de l'infraction a été amorcée.

C. Les fouilles, les perquisitions et les saisies à titre de mécanismes de réaction

51. Bien que notre système de procédure pénale soit fondé sur l'accusation et la poursuite qui suivent la perpétration d'une infraction criminelle, les rapports entre les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie et ces institutions ont un caractère assez particulier. En pratique, bon nombre de perquisitions sont effectuées, avec ou sans mandat, sans que cela donne lieu au dépôt d'une dénonciation⁵¹. Inversement, nombreuses sont les enquêtes et les poursuites où l'on n'a pas recours aux pouvoirs de fouille, de perquisition ou de saisie⁵². Bien qu'en théorie, il existe toujours des liens entre les perquisitions et les poursuites, ces liens sont beaucoup plus souples que ceux qui caractérisaient les premiers pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie, lesquels visaient expressément les personnes soupçonnées d'infraction et les criminels en état d'arrestation. Les conditions entourant les fouilles sans mandat sont demeurées essentiellement les mêmes. Si elles sont maintenant sanctionnées par la loi dans les cas où il ne s'agit pas d'une arrestation, elles visent toujours des biens, comme des armes ou des drogues, dont la possession par la personne fouillée est susceptible de constituer une infraction. En revanche, dans le contexte des perquisitions avec mandat, ces conditions ont connu une évolution profonde.

52. À l'origine, une perquisition ne pouvait être effectuée avec un mandat que lorsqu'une accusation avait été portée. Par exemple, le mandat élaboré par Hale ne pouvait être délivré qu'en réponse à une plainte déposée contre la personne en possession d'objets volés. Une fois délivré, le mandat autorisait l'arrestation aussi bien que la perquisition⁵³. Cette exigence a été abolie depuis longtemps. Dans l'affaire *Parti libéral du Québec c. Mierzwinski*, Madame la juge Barrette-Joncas a conclu en ces termes: «La jurisprudence reconnaît que la mention du nom d'un accusé éventuel n'est pas nécessaire pour l'obtention d'un mandat de perquisition⁵⁴». En fait, comme le confirment les résultats de notre enquête sur le mandat, bon nombre de mandats sont exécutés contre des personnes qui ne sont même pas soupçonnées par la police d'avoir participé à la perpétration de l'infraction: 20 pour cent des mandats examinés par le comité de juges que nous avons constitué faisaient partie de cette catégorie⁵⁵.

53. Il est tout à fait acceptable pour la police d'effectuer la perquisition d'abord et de ne déposer une accusation qu'à la fin de

l'enquête. Cette façon de procéder est tout à fait logique puisque, d'une part, le dépôt d'une accusation constitue une atteinte plus grave à la liberté de l'individu et que, d'autre part, il peut inciter le prévenu à détruire les éléments de preuve. En outre, en cas de perquisition sans mandat, les circonstances qui peuvent avoir rendu impraticable l'obtention d'un mandat peuvent avoir le même effet quant au dépôt préalable d'une dénonciation. Quoi qu'il en soit, il importe de s'assurer que les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie ne sont exercés que lorsqu'ils servent suffisamment les intérêts de l'application du droit pénal pour justifier une telle atteinte aux droits de la personne. Ces intérêts s'identifient aux buts de la fouille, de la perquisition ou de la saisie: l'obtention de choses ou de renseignements, ou la saisie de fonds. La question consiste alors à déterminer quels sont les choses, les renseignements ou les fonds à l'égard desquels la police devrait être habilitée à effectuer une perquisition ou une saisie, dès lors que la perpétration d'une infraction criminelle a été amorcée.

54. Considérée sous cet angle, cette question s'écarte quelque peu de l'approche traditionnelle. Ainsi, elle suppose que l'obtention de renseignements au moyen d'une fouille ou d'une perquisition constitue un exercice valable de ce pouvoir, comme le fait de prendre des objets matériels. Pourtant, l'approche traditionnelle, formulée dans l'affaire *Bell Telephone*⁵⁶, consistait à restreindre la perquisition (avec mandat) à la saisie d'objets matériels susceptibles d'être utilisés en preuve. De même, le blocage de fonds, opération intangible en soi, déborde les limites de l'interprétation restrictive du droit actuel. Par conséquent, avant d'aborder la classification des choses qui peuvent être saisies en matière criminelle, il serait opportun d'établir clairement que l'obtention de renseignements et la saisie de fonds sont visées par ces mécanismes.

D. Choses, fonds et renseignements

RECOMMANDATION

1. Compte tenu des techniques modernes d'obtention et de conservation des choses et des renseignements, il devrait être clairement énoncé que la saisie comprend notamment:

- a) le fait de photographier une chose «saisissable»;

- b) l'obtention de dossiers «saisissables», quelles que soient leur forme matérielle ou la façon dont ils sont conservés; et
- c) le blocage de fonds «saisissables» dans les registres comptables.

(1) *Choses et renseignements*

55. À l'origine, le mandat de perquisition visait des objets concrets, tels que les biens volés ou les instruments d'un crime, sur lesquels l'État ou celui qui demandait la délivrance du mandat pouvait prétendre à un droit de propriété supérieur à celui du possesseur. Le but de la saisie était de mettre l'objet sous main de justice jusqu'à ce qu'il soit confisqué ou restitué à son propriétaire. Mais si les premières lois dans ce domaine ne reconnaissaient pas explicitement la valeur probante des objets saisis, ceux-ci n'en restaient pas moins à la disposition du juge des faits. En réalité, dans les cas d'accusation de possession de biens volés, le juge des faits était la plupart du temps celui à qui les biens volés avaient été remis par suite de la saisie⁵⁷.

56. En fait, l'utilisation aux fins de la preuve des objets saisis a d'abord été intégrée à la législation dans les cas d'infractions majeures, notamment en matière de fausse monnaie, infraction qui n'était pas du ressort du juge de paix ou du magistrat. Le rôle de ce dernier se limitait donc désormais à mettre les objets saisis en sécurité en vue du procès⁵⁸. Une fois sanctionné par la loi, ce mécanisme mit en évidence le fait que les objets n'étaient pas saisis seulement en vue de la confiscation ou de la restitution au propriétaire; ils avaient également une valeur probante aux fins du procès. Puis, au fur et à mesure que les activités d'enquête ont été confiées à la police moderne, on s'est rendu compte que les renseignements additionnels qu'apportaient les objets saisis relativement à l'accusation étaient utiles non seulement au juge des faits, mais aussi à la police. Le droit actuel admet clairement l'utilisation des choses saisies dans le cadre des enquêtes menées par la police. Dans l'affaire *PSI Mind Development Institute*, on a jugé que le mandat constituait l'un des [TRADUCTION] «mécanismes légaux dont dispose [la police] pour se livrer à ses propres enquêtes⁵⁹».

57. L'exercice par la police du pouvoir de fouille et de perquisition en vue d'obtenir des renseignements s'est manifesté très tôt dans le cas des fouilles sans mandat concomitantes de l'arrestation. Dans l'affaire *Dillon v. O'Brien*, on a reconnu que la

préservation d'une preuve établissant la culpabilité de la personne arrêtée justifiait la saisie des choses trouvées en sa possession⁶⁰. Pourtant, depuis longtemps déjà, il était admis que la fouille concomitante de l'arrestation visait en outre l'obtention d'autres renseignements, à savoir si la personne arrêtée dissimulait une arme présentant un danger pour la personne procédant à l'arrestation⁶¹. Autrement dit, il était beaucoup plus important de savoir si la personne avait en sa possession un tel objet, que d'enlever l'objet lui-même.

58. Si l'obtention des renseignements que fournissent ces objets, ne serait-ce que par leur présence, suffit à justifier la fouille ou la perquisition, en toute logique, la définition de la saisie devrait inclure les autres modes d'obtention de renseignements qui ne comportent pas la préhension matérielle des choses. En réalité, dans bien des cas, l'enregistrement, sous une forme quelconque, des renseignements que fournissent les choses est suffisant et cause beaucoup moins d'inconvénients à la personne concernée que le fait d'emporter ces choses. Prenons un exemple. Un meurtre est commis dans la maison de X, sans que celui-ci ait pris part au crime. On découvre sur les meubles des traces de balles. Il est évident que la police peut, en vertu des dispositions de l'alinéa 443(1)b) du *Code criminel*, obtenir un mandat l'autorisant à saisir ces meubles. En revanche, aucune disposition de la loi ne l'autorise clairement à entrer chez X, à moins d'avoir obtenu le consentement de celui-ci, pour photographier et mesurer les trous laissés par les balles. Pourtant, est-il besoin de préciser que l'atteinte portée aux droits de X est beaucoup plus grave dans le premier cas?

59. Les dispositions du paragraphe 29(7) de la *Loi sur la preuve au Canada* reconnaissent explicitement la possibilité d'enregistrer les renseignements recherchés, au lieu d'enlever les choses visées par la perquisition. Cette disposition, qui porte sur la saisie de documents dans les locaux des institutions financières, énonce notamment ce qui suit:

... à moins qu'il ne soit mentionné expressément, sur le mandat, par la personne sous la signature de laquelle il a été émis, que ce mandat n'est pas limité par les dispositions du présent article, l'autorisation, conférée par un tel mandat, de perquisitionner dans les locaux d'une institution financière, de saisir et d'emporter tout ce qui peut s'y trouver, doit, en ce qui concerne les livres et les registres de cette institution, être interprétée comme limitée à la perquisition dans ces locaux aux fins d'examiner les inscriptions dans ces livres ou registres et d'en prendre copie⁶².

Sans doute est-il essentiel pour un établissement financier de conserver ses livres et ses registres. Cependant, le principe voulant que les atteintes à la vie privée des citoyens soient réduites au strict minimum a une portée beaucoup plus générale. Lorsqu'il suffit, pour servir les intérêts de la justice, de photographier des choses plutôt que de les emporter, cette façon de procéder devrait être non seulement autorisée, mais fortement encouragée. L'adoption d'une telle politique impliquerait la modification des règles de preuve et des règles de droit relatives aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies. En ce sens, cette question déborde le cadre de la présente étude. Cependant, nous pouvons tout de même recommander que la définition de la saisie comprenne le fait de prendre des copies de documents ou des photographies. Par ailleurs, afin que le pouvoir de perquisition et de saisie ne soit pas utilisé pour masquer des activités de surveillance, la loi devrait préciser que cette définition n'inclut pas le fait d'enregistrer un fait qui suit le début de la perquisition⁶³.

60. La saisie devrait également inclure la collecte de données informatisées. *A priori*, il n'y a effectivement aucune raison de rendre insaisissable, du fait qu'il est contenu dans un ordinateur, un renseignement qui serait saisissable s'il figurait dans un document quelconque. Ainsi, on retrouve ce principe dans le projet de loi fédéral concernant le droit à l'information, lequel permet l'accès aux documents de l'administration. Ce projet de loi contient la définition suivante:

«document» Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information⁶⁴.

Nous croyons qu'une définition aussi large serait également appropriée en matière de perquisition et de saisie.

61. Certes, le fait de permettre aux agents de police de photographier des objets ou d'obtenir des renseignements informatisés peut constituer une menace envers le droit à la vie privée. Comme ces méthodes sont beaucoup plus discrètes que le fait d'enlever des choses, on pourrait craindre que, forts de tels pouvoirs, les policiers se mettent à espionner les citoyens de façon systématique. Sans vouloir minimiser ces préoccupations, nous ne croyons pas que les mécanismes de perquisition et de saisie devraient être restreints aux méthodes primitives qu'ils comportaient jadis. Ce serait là favoriser les criminels qui savent mettre à profit la technologie moderne. Si nous préconisons l'élargissement des règles

de droit dans ce domaine, c'est plutôt en vue de soumettre l'obtention de renseignements aux mêmes principes et aux mêmes garanties que la saisie d'objets matériels. Cela implique, entre autres, certaines prises de position en matière de procédure, ce dont nous parlerons un peu plus loin. À ce stade, il importe de préciser que les renseignements enregistrés ou conservés d'une façon quelconque sont soumis aux mêmes règles que les objets matériels, en ce qui a trait au caractère saisissable.

(2) *Le blocage de fonds*

62. La dernière partie de notre recommandation vise à clarifier les règles de droit concernant les registres comptables. Signalons pour commencer qu'il est établi depuis très longtemps que l'argent acquis illégalement peut être saisi s'il se trouve sous une forme tangible. Ainsi, en 1836, dans l'affaire britannique *Burgiss*, on a décidé que les pièces de monnaie trouvées en possession d'un prisonnier accusé de faux pouvaient être saisies puisqu'il existait des motifs raisonnables de croire que cet argent avait été obtenu par la perpétration du crime⁶⁵. Cela étant dit, il va de soi que l'argent ainsi obtenu peut être converti en biens de toutes sortes. Aussi les tribunaux canadiens de common law ont-ils reconnu qu'il était légitime, aux fins de la restitution, de saisir le bien acquis par la conversion de l'argent en question, voire par des conversions successives. Mais encore fallait-il être en mesure d'établir le lien entre ce bien et l'argent. On a fait remarquer que le dépôt de l'argent dans un compte en banque ne soustrayait pas celui-ci aux pouvoirs de saisie du common law⁶⁶. En outre, suivant la définition très large que l'on retrouve à l'article 2 du *Code criminel*, les termes «biens» et «propriété» comprennent «le droit de recouvrer ou de recevoir de l'argent ou des marchandises». En conséquence, on a considéré que les infractions concernant les biens pouvaient inclure la possession de fonds dans un compte⁶⁷. Nous souscrivons entièrement à ces opinions.

63. En vertu des règles actuelles, la saisie de la provision d'un compte bancaire pose un problème dans la mesure où les dispositions du paragraphe 443(1) du *Code criminel* permettent la saisie d'une «chose» (en anglais "anything") visée par les catégories énumérées. Or, il n'est pas sûr que dans ce contexte, le mot «chose» puisse viser une obligation intangible comme un prêt ou une dette⁶⁸. Ainsi, dans la décision qu'elle a rendue récemment dans l'affaire *Cuthbertson*, la Chambre des lords a décidé qu'une disposition semblable établissant

un pouvoir de saisie en matière de drogues ne s'appliquait pas aux profits tirés du trafic de drogues, lesquels avaient été déposés dans un compte en banque, puisqu'il ne s'agissait plus de [TRADUCTION] «choses tangibles⁶⁹». Il est douteux que les tribunaux canadiens abondent dans ce sens, mais il serait plus prudent que les dispositions concernant les perquisitions et les saisies qui doivent s'appliquer aux fonds placés dans des comptes soient formulées en termes clairs.

II. Les choses saisissables

RECOMMANDATION

2. Devraient être reconnus comme «saisissables» les choses, fonds ou renseignements:

- a) qui constituent les produits d'une infraction;
- b) qui constituent la preuve de la perpétration d'une infraction;
ou
- c) dont la possession, dans les circonstances de l'espèce, constitue une infraction.

Le terme «produits d'une infraction» désigne un bien volé ou enlevé illégalement à la victime de l'infraction. Il inclut le bien qui a été acquis par l'échange ou la conversion du bien qui était initialement en possession de l'accusé.

64. Dans cette section, nous tenterons d'élaborer une définition du terme «saisissable», c'est-à-dire de déterminer les choses qui peuvent toujours justifier une fouille, une perquisition ou une saisie, que ce soit en vertu d'un mandat ou, exceptionnellement, sans mandat. Un examen des lois et de la jurisprudence révèle que traditionnellement, le système d'application du droit pénal a réparti en cinq catégories les choses, les fonds ou les renseignements qui peuvent être saisis:

- a) ceux qui sont indispensables à la protection physique des agents de la paix et des citoyens en général;
- b) ceux qui constituent les «produits de l'infraction», expression qui englobe les biens soustraits illégalement et les profits tirés de la perpétration d'une infraction;

- c) ceux dont la possession, dans les circonstances de l'espèce, constitue une infraction;
- d) ceux qui constituent la preuve de la perpétration d'une infraction; et
- e) ceux qui ont servi ou peuvent servir à la perpétration d'une infraction.

Dans notre recommandation, qui suit le paragraphe 100, nous avons voulu condenser et rationaliser ces catégories. Toutefois, afin de bien expliquer notre position, il serait utile d'analyser ces catégories l'une après l'autre. En outre, il y a lieu d'examiner la possibilité de recourir à ces pouvoirs dans le cas des personnes détenues illégalement.

A. La protection

65. En common law, cette justification a toujours été associée aux fouilles concomitantes de l'arrestation. De nos jours, on la trouve dans les dispositions de l'article 101 du *Code criminel*, qui permet à l'agent de la paix de procéder à une fouille ou à une perquisition en vue de saisir diverses armes, lorsqu'il «existe des motifs raisonnables de croire qu'il n'est pas souhaitable pour la sécurité de cette personne ou pour celle d'autrui» que cette personne ait de telles armes en sa possession, sous sa garde ou sous son pouvoir. En pratique, comme on pouvait s'y attendre, ces fouilles «à caractère préventif» sont très fréquentes et sont, le plus souvent, exécutées sans mandat.

66. Le caractère particulier de cette justification réside dans le fait qu'elle ne concerne ni le passé, ni même le présent, mais bien l'avenir. Autrement dit, cette justification semble, en apparence, déroger au processus normal d'application de notre système pénal, c'est-à-dire la réaction postérieure au crime. Mais si l'on replace cette justification dans le contexte de l'arrestation, on constate que l'ordre est respecté. En soi, l'arrestation constitue la réaction du système à la perpétration d'une infraction. La fouille, dans la mesure où elle présente un caractère préventif, s'inscrit dans le cadre de l'arrestation et a essentiellement pour but d'empêcher une évasion et de garantir la sécurité de la police et du public. Comme on l'a reconnu dans l'affaire *Leigh v. Cole*, [TRADUCTION] «la police doit bénéficier de toute la protection nécessaire à l'exécution d'un devoir pénible, ardu et difficile — un devoir qui est indispensable au bien-être et à la sécurité de la collectivité toute entière⁷⁰». Nous formulerons plus loin

- c) ceux dont la possession, dans les circonstances de l'espèce, constitue une infraction;
- d) ceux qui constituent la preuve de la perpétration d'une infraction; et
- e) ceux qui ont servi ou peuvent servir à la perpétration d'une infraction.

Dans notre recommandation, qui suit le paragraphe 100, nous avons voulu condenser et rationaliser ces catégories. Toutefois, afin de bien expliquer notre position, il serait utile d'analyser ces catégories l'une après l'autre. En outre, il y a lieu d'examiner la possibilité de recourir à ces pouvoirs dans le cas des personnes détenues illégalement.

A. La protection

65. En common law, cette justification a toujours été associée aux fouilles concomitantes de l'arrestation. De nos jours, on la trouve dans les dispositions de l'article 101 du *Code criminel*, qui permet à l'agent de la paix de procéder à une fouille ou à une perquisition en vue de saisir diverses armes, lorsqu'il «existe des motifs raisonnables de croire qu'il n'est pas souhaitable pour la sécurité de cette personne ou pour celle d'autrui» que cette personne ait de telles armes en sa possession, sous sa garde ou sous son pouvoir. En pratique, comme on pouvait s'y attendre, ces fouilles «à caractère préventif» sont très fréquentes et sont, le plus souvent, exécutées sans mandat.

66. Le caractère particulier de cette justification réside dans le fait qu'elle ne concerne ni le passé, ni même le présent, mais bien l'avenir. Autrement dit, cette justification semble, en apparence, déroger au processus normal d'application de notre système pénal, c'est-à-dire la réaction postérieure au crime. Mais si l'on replace cette justification dans le contexte de l'arrestation, on constate que l'ordre est respecté. En soi, l'arrestation constitue la réaction du système à la perpétration d'une infraction. La fouille, dans la mesure où elle présente un caractère préventif, s'inscrit dans le cadre de l'arrestation et a essentiellement pour but d'empêcher une évasion et de garantir la sécurité de la police et du public. Comme on l'a reconnu dans l'affaire *Leigh v. Cole*, [TRADUCTION] «la police doit bénéficier de toute la protection nécessaire à l'exécution d'un devoir pénible, ardu et difficile — un devoir qui est indispensable au bien-être et à la sécurité de la collectivité toute entière⁷⁰». Nous formulerons plus loin

les règles que nous proposons concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies à caractère préventif qui accompagnent l'arrestation⁷¹.

67. On pourrait soutenir que le critère de la «sécurité» prévu à l'article 101 n'est qu'un prolongement du principe à la base de la fouille à caractère préventif concomitante de l'arrestation. Pourtant, on ne saurait trop insister sur l'importance de ce prolongement. En effet, en dérogeant au schéma normal de réaction au crime, cette disposition laisse le champ libre aux fouilles basées sur la réputation plutôt que sur la conduite réelle. Elle introduit une part d'incertitude dans le droit criminel et ouvre la voie aux interventions arbitraires. Quoique légitimes dans le contexte de la protection contre les armes à feu, les dispositions de l'article 101 doivent rester une exception à la règle générale. Nous reviendrons plus loin sur cette question⁷².

68. Essentiellement, le mécanisme de saisie d'armes à feu à des fins préventives subordonne le droit du citoyen de posséder des armes (si tant est qu'elles lui appartiennent) à la sécurité des agents de la paix et du public. En effet, l'État ne saurait, dans ce cas, prétendre à un droit de propriété supérieur sur l'arme. Aussi la loi reconnaît-elle, dans une certaine mesure, qu'il y a lieu d'indemniser le propriétaire de l'arme confisquée lorsque aucune infraction n'a été commise. C'est là du moins la conclusion à laquelle en est venue la Cour provinciale de l'Ontario dans l'affaire *Thomson*, qui portait sur l'interprétation des dispositions de l'article 101, et dans laquelle on a versé à la propriétaire le produit de la vente en justice de certaines armes qui lui avaient été enlevées⁷³. Sur le plan théorique, il existe une distinction entre la saisie à caractère purement préventif et la saisie d'armes dont la possession est illégale ou qui ont servi à la perpétration d'un crime. En vertu des dispositions du paragraphe 100(3) et de l'article 446, dans ces derniers cas, les armes sont confisquées.

69. Il existe certains recoupements entre le principe de la protection des agents de la paix et du public, et d'autres justifications des fouilles, des perquisitions et des saisies. Le *Code criminel* contient de nombreuses dispositions prohibant ou réglementant l'usage et la possession d'armes⁷⁴. Ainsi, nombreux sont les cas où, d'après la loi, il est raisonnable de croire que les circonstances entourant la possession de l'arme constituent une infraction, ou que l'arme peut servir de preuve dans un procès relatif à un crime de violence. Néanmoins, nous estimons qu'en dehors de ces cas, et sauf dans le contexte particulier de l'arrestation, le principe de la protection ne peut justifier, en soi, une fouille, une perquisition ou

une saisie. C'est pourquoi, dans notre définition fondamentale du terme «saisissable», nous n'avons pas inclus de catégorie distincte concernant la protection.

B. Les produits de l'infraction

70. Le terme «produits d'une infraction», dont la version anglaise "fruits of crime" figure dans le *Code de l'A.L.I.*⁷⁵ et dans les "American Federal Rules"⁷⁶, désigne en fait deux catégories distinctes de choses. La première catégorie est celle des biens soustraits illégalement à la victime qui en est le possesseur légitime, et des choses ou fonds qui ont été acquis par conversion des biens soustraits. Suivant le droit actuel, on trouverait dans cette catégorie les biens volés⁷⁷, les biens résultant d'une fraude, d'un faux, de l'extorsion ou de la vente de biens volés⁷⁸, ainsi que le véhicule à moteur pris sans le consentement de son propriétaire⁷⁹. Par souci de clarté, nous appellerons cette catégorie «choses soustraites». Vient ensuite la catégorie des biens qui constituent les profits tirés de la perpétration d'une infraction comme le trafic de stupéfiants⁸⁰, de drogues contrôlées ou d'usage restreint⁸¹, ou encore la vente de publications obscènes⁸². Contrairement aux choses soustraites, ces profits n'ont pas de propriétaire légitime. C'est pourquoi l'État a affirmé à plusieurs reprises son droit de les confisquer, puisque leur possesseur ne les aurait jamais touchés s'il n'avait pas violé la loi. Dans ce cas, nous parlerons de «profits» résultant de la perpétration d'une infraction.

71. Ces deux catégories de choses soulèvent un certain nombre de problèmes de procédure et d'application pratique, comme le cas où une somme d'argent provenant de la perpétration d'un crime est déposée dans un compte en banque et n'est plus identifiable. Nous reviendrons un peu plus loin sur ces problèmes⁸³. Pour le moment, occupons-nous des justifications relatives à la saisie de choses faisant partie de ces deux catégories, en vertu des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie en matière criminelle.

(1) *Les choses soustraites*

72. La reprise de choses soustraites illégalement est la plus ancienne justification de la perquisition avec mandat, et remonte à

l'époque de Hale. En pratique, les choses soustraites sont souvent celles qui sont visées par la perquisition, même si le mandat énonce que les biens sont recherchés à titre de [TRADUCTION] «preuve de la perpétration de l'infraction⁸⁴». On retrouve le même objectif dans le contexte des fouilles concomitantes de l'arrestation. Ainsi, dans l'affaire *Percival and McDougall*, la Cour a refusé de restituer de l'argent utilisé en preuve au procès, notamment parce que cet argent, qui se trouvait en possession des accusés lors de leur arrestation, avait été volé⁸⁵.

73. Si les choses soustraites sont mises sous main de justice, c'est en vue de les restituer à la victime de l'infraction. En fait, il est reconnu depuis longtemps que la victime elle-même dispose de certains droits pour récupérer les biens meubles qu'une autre personne s'est appropriés illégalement⁸⁶. L'intervention de l'État introduit un nouvel élément dans le processus de restitution: l'État agit comme intermédiaire entre l'accusé et la victime. Ce processus prend fin lorsque le tribunal, à la fin du procès, rend une ordonnance aux termes de l'article 655 du *Code criminel*, lequel énonce que les «biens obtenus par suite de la perpétration de l'infraction» doivent être rendus à la personne qui y a droit. Cela étant dit, cette disposition n'est pas la seule qui offre un redressement de cette nature. On trouve également, dans le *Code criminel*, les dispositions de l'article 653 (qui permettent au tribunal d'ordonner le versement, par l'accusé, d'un montant d'argent à titre de réparation ou de dédommagement pour la perte de biens ou le dommage causé à des biens), celles de l'article 654 (qui prévoient l'indemnisation de l'acheteur de bonne foi), de même que celles de l'alinéa 663(2)e) (en vertu desquelles la restitution peut être une condition d'une ordonnance de probation). Cependant, nous sommes d'avis que les dispositions concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies ne devraient pas traiter de la restitution d'une façon aussi générale. À ce stade, notre propos se borne à insister sur le fait qu'il doit y avoir un lien entre les choses saisies et les choses soustraites illégalement.

74. Notre position s'inspire du principe élaboré par Dicey, suivant lequel une personne ne doit pas être punie avant d'avoir été condamnée. Malgré les inconvénients qu'elles imposent à la personne soumise à la fouille ou à la perquisition, la saisie de choses et leur restitution au propriétaire légitime ont avant tout un caractère réparateur plutôt que punitif. Elles remettent les parties dans l'état où elles étaient avant la perpétration de l'infraction. Du reste, aux termes de l'article 655, le pouvoir de restituer définitivement les biens à leur propriétaire ne dépend pas de la déclaration de culpabilité de

l'accusé. Ce pouvoir tire sa source de l'intérêt qu'a l'État à s'assurer qu'à la fin du procès, la victime a récupéré ce qui lui appartient. En réalité, priver l'accusé de ces biens ne constitue pas une punition puisqu'il n'a sur eux aucun droit de propriété légitime.

75. En revanche, la saisie de choses qui n'ont aucun lien avec la perpétration de l'infraction présente un caractère essentiellement punitif. Une telle saisie aurait pour effet d'anticiper sur l'issue du procès en condamnant l'accusé *a priori*, et sur l'ordonnance de restitution qui peut faire partie de la sentence. Qui plus est, elle punit l'accusé avant son procès en le privant de biens sur lesquels il a un droit de propriété indiscutable. Par conséquent, à moins que l'État n'ait un motif distinct pour prendre possession de ces choses, comme la valeur probante de ceux-ci, nous sommes d'avis que la saisie et la détention de ces biens avant le procès sont inacceptables.

76. Cela étant dit, nous admettons qu'il est légitime de saisir les choses liées à celles qui ont été soustraites initialement. Cette position s'appuie sur la portée très large de la définition des termes «biens» et «propriété», que l'on retrouve à l'article 2 du *Code criminel*, et qui vise les choses qui ont été obtenues par la conversion ou l'échange des choses soustraites initialement. En plus de s'appliquer au processus de restitution prévu à l'article 655, cette définition pourrait être utilisée conjointement avec les dispositions de l'article 312 du *Code*, afin d'obtenir la délivrance, en vertu des dispositions de l'article 443, d'un mandat de perquisition visant les choses liées à la perpétration de l'infraction. Ainsi, dans le cas où il serait allégué dans une dénonciation qu'une personne a en sa possession une chose obtenue par la perpétration d'un crime, un juge de paix pourrait délivrer un mandat en vue de saisir le bien puisqu'il s'agit d'une «chose ... concernant laquelle une infraction à la présente loi a été commise ou est soupçonnée avoir été commise». Nous sommes tout à fait d'accord avec le principe qui sous-tend cette interprétation, mais nous ne voyons pas l'utilité de telles acrobaties. C'est pourquoi nous recommandons que parmi les choses «saisissables» se trouve la catégorie des choses soustraites et que, au moyen d'un renvoi, cette catégorie reprenne la partie applicable de la définition des termes «biens» et «propriété».

(2) *Les profits tirés d'une infraction*

77. En common law, on a toujours insisté sur la nécessité de priver l'auteur d'un crime des profits qu'il en avait tirés. Comme ces

profits n'ont aucun propriétaire légitime, la jurisprudence a toujours reconnu à la Couronne le droit de les confisquer. Ainsi, dans certaines décisions récentes concernant la sentence, en matière de trafic de drogues, les tribunaux ont manifestement adopté cette position. Par exemple, dans l'affaire *Kotrbaty*, le juge Berger a imposé une amende afin d'enlever à l'accusé les profits qu'il avait tirés de la vente de l'héroïne⁸⁷. Devrait-on adopter ce point de vue en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies?

78. En réalité, il est assez rare que l'on puisse saisir les profits tirés de la perpétration d'une infraction et ce, pour plusieurs raisons. Contrairement aux biens volés, ces profits se trouvent la plupart du temps en possession de l'accusé sous forme d'argent qui, comme on le sait, n'a pas «d'odeur». De plus, contrairement à la victime d'un vol ou d'une fraude, comme la personne qui a versé cet argent est généralement impliquée dans la perpétration de l'infraction, elle n'a pas intérêt à collaborer avec la police et ainsi étaler sa turpitude. Cela ne fait qu'ajouter à la difficulté d'identifier les fonds litigieux. En fait, les seuls cas où il pourrait être possible de saisir les profits tirés d'une infraction sont ceux où un agent provocateur prend part à l'échange de fonds, comme dans le cas du trafic de drogue, ou encore ceux où l'infraction consiste précisément dans le transfert de fonds, en matière de jeu ou de pari par exemple.

79. En fait, aucune disposition légale concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies en matière criminelle n'énonce la possibilité de saisir ou de détenir les profits tirés de la perpétration de l'infraction. Par exemple, en vertu de l'article 181 du *Code criminel*, une somme d'argent ne peut être saisie et détenue que dans la mesure où elle constitue la preuve d'une infraction en matière de jeu. Par ailleurs, dans le cas de perquisitions concernant des drogues et des stupéfiants, s'il arrive souvent que de l'argent soit saisi, soit pour sa valeur probante, soit parce qu'il constitue une «autre chose» à l'égard de laquelle une infraction a été commise, la valeur probante de cet argent doit être établie dès lors qu'une demande de restitution est présentée par le possesseur légitime⁸⁸. Récemment, certains agents de police et représentants de la poursuite ont émis l'opinion que l'on pouvait avoir recours au mandat prévu au paragraphe 443(1) du *Code* afin de saisir les profits d'une infraction puisque la possession de ceux-ci constitue une infraction aux termes de l'article 312.

80. Il convient d'apporter quelques éclaircissements sur cette question de la saisie des profits d'une infraction. Selon nous, l'État ne devrait être admis à saisir ces profits que lorsque la loi déclare illégale la possession de ceux-ci, ou en ordonne la confiscation. À strictement

parler, du point de vue des droits de propriété, ces profits, contrairement aux choses dérobées à une personne, appartiennent à la personne soumise à la perquisition. Ainsi, dans l'affaire *Smith*, le juge Addy a même affirmé que la demande de restitution d'une somme d'argent saisie lors d'une enquête en matière de drogue mettait en jeu «un droit absolu de propriété⁸⁹». Et contrairement au cas des choses soustraites, personne n'est lésé si le possesseur dilapide ses profits avant d'avoir été condamné. Le cas échéant, si l'État ne peut punir le coupable en le privant de ces profits, il dispose tout de même d'autres mesures sentencielles⁹⁰. Certes, on peut soutenir que la confiscation des profits tirés d'une infraction ne devrait pas être seulement une mesure sentencielle parmi tant d'autres, et que nul ne devrait avoir le droit de conserver des biens acquis illégalement. Aux États-Unis, dans les lois concernant le crime organisé⁹¹, on a pris des mesures visant à mettre en œuvre une telle politique au moyen d'une sorte de mécanisme de dépossession *in rem*. Cette possibilité a déjà fait l'objet de discussions au Canada⁹². Cependant, pour des raisons sur lesquelles nous reviendrons plus loin, nous estimons que ce genre de recours n'a pas sa place dans le *Code criminel*⁹³. Pour ce qui est de savoir si la possession de profits résultant de la perpétration d'une infraction constitue, ou devrait constituer un crime distinct, nous préférons ne pas nous prononcer dans le cadre du présent document. En l'absence d'une telle infraction, nous maintenons que les mesures visant à récupérer les profits tirés d'une infraction ne devraient être prises qu'au stade de la sentence.

81. Pour les raisons que nous venons d'exposer, nous estimons qu'il est inutile de créer une catégorie distincte visant les «profits résultant de la perpétration d'une infraction». Dans la mesure où la possession de ces profits constitue un crime en soi, leur saisie est manifestement visée par la catégorie des «choses dont la possession, dans les circonstances de l'espèce, constitue une infraction», catégorie que nous allons maintenant aborder.

C. Les choses dont la possession, dans les circonstances de l'espèce, constitue une infraction

82. Il existe un rapport direct entre les dispositions qui prohibent la possession de certains biens, et les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie. Ceux-ci assurent l'application de

celles-là. Il existe encore des cas, comme en matière de fausse monnaie, où la prohibition est liée à l'existence d'un droit de propriété exclusif de l'État⁹⁴. Le plus souvent, cependant, la prohibition découle des dangers que comporte la possession des biens en cause. Les meilleurs exemples de cette seconde catégorie sont les lois en matière de drogues et de stupéfiants, de même que les dispositions du *Code criminel* portant sur les armes⁹⁵. En pratique, les perquisitions et les saisies de stupéfiants sont très fréquentes et sont effectuées en vertu de divers modes d'autorisation, y compris le mandat de main-forte. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les perquisitions visant à découvrir des armes sont également très courantes et, le plus souvent, sont effectuées sans mandat⁹⁶. Malgré le moratoire qui a été imposé sur les demandes de mandats de main-forte, une étude effectuée par la Commission sur l'usage de ce mandat révèle que, notamment à Edmonton et à Vancouver, les mandats actuellement en vigueur sont employés couramment dans les perquisitions en vertu de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues*⁹⁷.

83. Même si certains des biens saisis peuvent être utilisés comme éléments de preuve, la portée du mécanisme de saisie est beaucoup plus large. Par exemple dans le cas où la police trouverait une grande quantité de fausse monnaie, nul n'oserait prétendre que la saisie devrait être limitée à ce qui est nécessaire pour prouver la perpétration de l'infraction. En effet, comme la possession de fausse monnaie est absolument interdite, le tout devrait être confisqué. La question devient plus délicate lorsque la possession d'un objet donné n'est illégale qu'à certaines fins. Il s'agit notamment des drogues à usages restreints⁹⁸, des instruments d'effraction⁹⁹, ainsi que des publications obscènes et des histoires illustrées de crimes¹⁰⁰.

84. En premier lieu, comme la simple possession de ces objets ne constitue pas une infraction, la saisie n'est justifiée que dans la mesure où il existe des motifs de croire que le possesseur avait en tête le but illégal prescrit. La législation actuelle semble reconnaître cette limite. Par exemple, le paragraphe 37(2) de la *Loi des aliments et drogues*, énonce clairement qu'il doit s'agir d'une drogue «au moyen ou à l'égard de laquelle une infraction ... a été commise». Ainsi, celui qui a des amphétamines en sa possession ne commet aucune infraction tant et aussi longtemps qu'il n'a pas l'intention d'en faire le trafic.

85. En second lieu, où doit s'arrêter l'atteinte aux droits que justifie la perpétration d'une telle infraction? Autrement dit, il ne fait aucun doute qu'il est légitime de saisir les choses ou la quantité de

substance nécessaires pour prouver la perpétration de l'infraction. Mais l'accusé peut-il conserver la possession du reste? On pourrait prétendre que puisque la possession de ces choses n'est pas *en soi* illégale, rien n'autorise l'État à les saisir. Dans l'affaire *Nimbus News*, par exemple, on a fait remarquer qu'une condamnation pour avoir eu possession de revues obscènes à des fins de distribution ne rendait pas illégale la simple possession continue de ces revues¹⁰¹. En toute logique, le possesseur de drogues à usage restreint ou de revues obscènes devrait être en droit de conserver ces objets à l'exception de ceux qui sont nécessaires pour prouver la perpétration de l'infraction. Pourtant, la fausseté de ce raisonnement saute aux yeux. En effet, cela permettrait au possesseur de réaliser, au moyen des objets qui n'ont pas été saisis, les buts qu'il s'était fixés lorsque la perquisition a été autorisée.

86. Afin d'éviter une telle absurdité, nous recommandons que la portée de la saisie soit étendue à toutes les choses dont la possession constitue une infraction. Il va sans dire que, d'un certain point de vue, cela revient à conférer un caractère préventif à la saisie. Effectivement, c'est la possibilité de saisir toutes les publications obscènes qui distingue le pouvoir de perquisition à caractère préventif associé au mécanisme de dépossession *in rem*, du pouvoir traditionnel¹⁰² que créent les dispositions de l'article 443. Cependant, ce n'est pas uniquement par mesure préventive que l'on saisit, par exemple, l'ensemble des amphétamines qu'une personne possède à des fins illégales. En pareil cas, la saisie vise aussi à empêcher la poursuite ou la répétition de l'infraction (la possession aux fins de trafic). Or, comme la possession illégale précède l'atteinte aux droits, ce mécanisme de saisie respecte le processus de réaction au crime que nous avons décrit, et qui constitue la caractéristique essentielle de notre système de procédure pénale. Signalons par ailleurs que l'absence de disposition interdisant la simple possession ne signifie pas que celle-ci est approuvée par la société. Sans doute traduit-elle plutôt la préoccupation du droit pénal de viser davantage le distributeur que le possesseur¹⁰³. Dans ces conditions, il serait contradictoire d'autoriser la police à se livrer à des fouilles et à des perquisitions, puis à porter une accusation contre la personne soupçonnée d'être un distributeur, et de ne pas lui permettre de saisir les objets visés par la prohibition.

87. Toutefois, il ne faudrait pas en conclure que les mécanismes *in rem* que contient actuellement le *Code criminel* sont à l'abri des critiques. Nous reviendrons plus loin sur ce problème¹⁰⁴. Néanmoins, il est nécessaire de reconnaître, au sein des règles

générales, le caractère légitime de la saisie portant sur l'ensemble des choses ou sur toute la substance possédée par une personne à des fins illégales. Il arrive qu'au terme du procès, l'on se rende compte que la possession était tout à fait légitime, et la saisie prend alors un caractère attentatoire. Toutefois, cette possibilité est inévitable à l'égard de toutes les catégories de choses saisissables. Par exemple, il se pourrait que l'argent saisi en tant que bien volé ait en fait été acquis de façon tout à fait honnête. Par conséquent, les garanties contre les atteintes et les saisies injustifiées doivent être d'ordre général. Elles doivent faire partie des règles de preuve et des dispositions concernant la restitution et la confiscation des choses saisies. En revanche, elles ne devraient pas empêcher la saisie de biens dont la possession est interdite dans certaines circonstances bien définies.

D. La preuve d'une infraction

88. La recherche de preuves, en tant que justification des fouilles, des perquisitions et des saisies, a toujours été mise en évidence, tant dans la jurisprudence que dans les pratiques policières, surtout en matière de perquisition avec mandat. On estime que dans plus de 80 pour cent des décisions canadiennes portant sur des mandats délivrés en vertu des dispositions de l'article 443, les dénonciations étaient fondées exclusivement sur les dispositions de l'alinéa (1)*b*) lesquelles permettent de saisir toute chose qui «fournira la preuve touchant la perpétration d'une infraction¹⁰⁵». Or, les résultats de la recherche effectuée par la Commission montrent un déséquilibre encore plus marqué: parmi les 136 mandats délivrés en vertu de l'article 443 et examinés par le comité des juges, 134 étaient fondés sur les dispositions du même alinéa¹⁰⁶. Par ailleurs, la recherche de preuves, à titre de justification de la fouille sans mandat concomitante de l'arrestation est établie depuis fort longtemps, cela va de soi. D'un point de vue historique, il est possible que le Canada ait agi de façon hâtive en cautionnant, en dehors du contexte de l'arrestation, les saisies avec mandat visant seulement à recueillir des preuves, et en acceptant d'emblée une forme d'atteinte à la vie privée dont le bien-fondé a été contesté par d'autres États. Quoi qu'il en soit, ce motif de perquisition est maintenant trop bien établi pour que l'on puisse sérieusement le remettre en question.

89. Dans une certaine mesure, cette justification se confond avec d'autres. En effet, les choses acquises illégalement par la

perpétration d'une infraction et celles dont la possession est interdite peuvent également avoir une valeur probante. Ainsi, lorsque l'on saisit des stupéfiants, ce n'est pas seulement parce que la possession en est interdite, mais aussi parce que la loi exige, pour que l'accusé soit trouvé coupable, que la nature de la substance saisie soit prouvée. En pratique cependant, les saisies de choses (notamment de documents) avec mandat et visant seulement à faire la preuve d'une infraction, restent les plus courantes. Si nous reconnaissons cette justification, c'est que nous admettons que même lorsque la possession est parfaitement légale, l'utilité d'une chose à titre de preuve, pour l'application du droit pénal, doit prévaloir sur les inconvénients que la saisie peut imposer au possesseur.

90. De façon générale, les tribunaux ont manifesté une certaine souplesse dans leur interprétation de ce qui constitue la «preuve» d'une infraction. Dans l'affaire *Worrall*, le juge Porter, juge en chef de l'Ontario, a explicité le critère de la façon suivante:

[TRADUCTION]

Selon moi, ce critère impose au juge de paix de déterminer si la production des choses est susceptible de fournir une preuve pertinente en l'espèce, et de s'assurer que dans l'éventualité d'un procès portant sur la fraude alléguée, la production de ces choses serait opportune¹⁰⁷.

En mettant l'accent sur la pertinence éventuelle, les tribunaux ont en fait donné à la Couronne un pouvoir discrétionnaire considérable. De façon générale, ils ont plutôt cherché, du moins au stade de la délivrance, à éviter d'approfondir la question de la *nécessité* d'enlever les choses à leur possesseur. Cette question n'a en fait été soulevée que dans des affaires telles que *Nimbus News*¹⁰⁸ et *Pink Triangle Press*¹⁰⁹, où la restitution des choses saisies avait été demandée. En réalité, il s'agit là d'un pis-aller. Tolérer la saisie de choses dont l'État n'a pas vraiment besoin pour l'application de la loi, c'est reconnaître une certaine maladresse dans l'exercice des pouvoirs de la police. En revanche, il est difficile de demander à la police de déterminer avec exactitude, au stade de la saisie, quels sont les éléments de preuve absolument nécessaires, par exemple, dans le cas où le seul élément de preuve véritablement pertinent serait enfoui dans une pile de documents sans intérêt. Quelle que soit la valeur de ce compromis, les dispositions censées lui servir de fondement ne sont pas non plus au-dessus des critiques. Ce problème relève des mécanismes postérieurs aux perquisitions et comme tel, il sera examiné dans un document de travail portant précisément sur ces mécanismes.

E. Les instruments du crime

91. Au Canada, aucun texte législatif n'autorise expressément les fouilles et les perquisitions visant les instruments ayant servi à la perpétration d'une infraction. Pourtant, l'existence de ce pouvoir est indiscutable. Les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues*, de même que celles de l'article 99 du *Code criminel*, permettent la saisie de choses au moyen desquelles une infraction a été commise. Par ailleurs, les dispositions de l'alinéa 443(1)c) du *Code* visent toute chose qui est «destinée à servir aux fins de la perpétration d'une infraction». Malgré son ambiguïté, cette expression semble faire référence non seulement à la possibilité que la chose puisse servir à des fins illégales, mais aussi à l'intention réelle du possesseur d'en faire un tel usage. En Angleterre, où il n'existe aucune disposition de portée aussi générale que celles de l'article 443 du code canadien, les «instruments» ayant servi à la perpétration d'un crime ont été considérés comme saisissables en vertu du common law¹¹⁰.

92. Il semble que l'on ait peu souvent recours au mandat afin de saisir les instruments ayant servi à la perpétration d'un crime, à telle enseigne que les dispositions de l'alinéa 443(1)c) ne sont pour ainsi dire jamais utilisées¹¹¹. Par contre, en matière de drogues et de stupéfiants, les instruments de l'infraction ont un intérêt particulier. En effet, la police peut avoir intérêt à saisir toute la panoplie d'instruments utilisés relativement à l'usage et au trafic de ces substances, de même qu'à la fabrication des drogues. Or, les mandats délivrés en vertu des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues* ne permettent que la saisie des stupéfiants ou des drogues et non de tels objets. C'est pourquoi il n'était fait aucune mention de telles choses dans les documents relatifs aux mandats étudiés dans le cadre de l'enquête nationale. Cependant, comme l'agent a le pouvoir de saisir ces choses une fois le mandat délivré, on retrouve parfois les «instruments du crime» énumérés dans les procès-verbaux de saisie. Parmi les objets habituellement saisis dans de tels cas, les plus fréquents sont les pipes, les balances, les couteaux, les sacs de plastique, les objets servant à fumer et les instruments de laboratoire¹¹².

93. Les instruments ayant servi à la perpétration d'une infraction (par exemple les accessoires liés à l'usage ou au trafic de la drogue) constituent dans la plupart des cas des éléments de preuve de l'infraction. Dans d'autres cas, celui des armes par exemple, la

simple possession peut être illégale, et l'objet peut en outre être saisi par simple mesure de précaution. Dans tous ces cas, l'État n'a pas à invoquer une justification distincte pour saisir l'instrument. La question qui se pose est alors la suivante: indépendamment de la valeur probante éventuelle de ces objets, ou du fait qu'il s'agit de choses dont la possession est illégale ou d'armes saisissables par mesure de précaution, sur quoi peut-on se baser pour saisir des instruments ayant servi à la perpétration d'une infraction? Le common law semble fournir deux réponses à cette question.

94. En premier lieu, dans toute l'histoire, on a considéré que les choses utilisées par leur propriétaire pour commettre une infraction devaient être confisquées au profit de l'État. Ce concept tire sa source de la loi médiévale du "deodand", suivant laquelle les objets telles les charrettes ou les épées ayant servi à causer des blessures à autrui étaient saisis, expropriés puis, après avoir été «purifiés», vendus par la Couronne. C'était là, au fond, imputer une certaine faute à l'objet lui-même¹¹³. Si cela peut sembler tenir de la mythologie, il est permis de se demander quelle est alors la raison d'être des dispositions du paragraphe 10(9) de la *Loi sur les stupéfiants*, lesquelles permettent au tribunal d'ordonner la confiscation, au profit de Sa Majesté, de tout moyen de transport utilisé pour la perpétration d'une infraction à la Loi. Dans l'affaire *Hicks*, la Cour d'appel du Manitoba a reconnu que rien ne justifiait qu'une telle mesure soit prise après la saisie et avant la déclaration de culpabilité:

[TRADUCTION]

Il est possible d'ordonner la confiscation de biens même si ceux-ci ne se trouvent pas en possession de la Couronne. Si l'on se départit de ces biens de telle manière qu'il soit impossible d'exécuter une ordonnance de confiscation, ce fait constitue un élément qui peut avoir un effet sur la sentence éventuellement imposée à l'auteur de l'infraction¹¹⁴.

Or, en toute logique, s'il n'existe aucune raison de permettre à la Couronne de détenir un moyen de transport saisi jusqu'à ce qu'une ordonnance de confiscation ait été prononcée, on voit mal pourquoi on en permettrait la saisie, à moins qu'il n'ait une valeur probante. Encore une fois, soulignons que les principes fondamentaux en matière de sentence, qu'il s'agisse de punition ou de dissuasion, ne sauraient entrer en ligne de compte pour justifier les fouilles, les perquisitions et les saisies préalables au procès.

95. Le second principe sous-jacent aux pouvoirs de saisir les instruments ayant servi à la perpétration d'une infraction est d'ordre préventif. Du reste, c'est là l'essence même des dispositions de

l'alinéa 443(1)c). On peut d'abord reprocher à ce principe de n'être pas conforme au schéma suivant lequel l'application du droit pénal doit suivre la perpétration de l'infraction, schéma que nous avons adopté en vue de restreindre les atteintes à la vie privée. D'ailleurs, ces dispositions montrent elles-mêmes l'arbitraire et l'incertitude que peut entraîner la moindre dérogation à ce schéma. Certains appareils, comme le matériel servant à la fabrication de la fausse monnaie, peuvent *a priori* être considérés comme destinés à des fins criminelles. Il en va tout autrement d'une multitude d'objets inoffensifs en eux-mêmes qui peuvent être destinés «à être utilisés aux fins de la perpétration d'une infraction». Ainsi, on peut tuer avec un couteau de cuisine, confectionner un faux avec un crayon, fabriquer une drogue illégale dans une éprouvette, et ainsi de suite.

96. Par conséquent, nous estimons que l'interdiction légale constitue la seule façon appropriée de réglementer la possession des choses intrinsèquement dangereuses. En l'absence de telles prohibitions, le citoyen ne devrait pas être exposé, tant et aussi longtemps qu'une ordonnance de confiscation ou une sentence n'a pas été prononcée contre lui, à se voir privé de choses dont il est le propriétaire légitime, à cause de l'usage illégal qu'il pourrait éventuellement en faire. Il y aurait peut-être lieu de déroger à cette règle dans le cas des armes susceptibles de mettre la sécurité et la vie humaine en danger. Nous examinerons cette question un peu plus loin¹¹⁵. Mais de façon générale, nous recommandons l'exclusion des «instruments du crime» de la définition des choses «saisissables».

F. Les personnes illégalement détenues

RECOMMANDATION

3. Outre leurs pouvoirs concernant les choses «saisissables», les agents de la paix devraient être habilités à effectuer des perquisitions en vue de délivrer des personnes détenues dans des circonstances constituant une infraction.

97. En plus des choses et des renseignements que l'État peut souhaiter obtenir, il arrive parfois que l'objet de la perquisition soit une personne. En général, lorsque la police désire placer une personne sous sa garde, c'est qu'elle la soupçonne d'avoir participé à la perpétration d'une infraction, et cherche à l'arrêter. Dans certains

cas cependant, il peut s'agir d'une autre raison: la personne peut être détenue illégalement par une autre personne. En vertu du *Code* actuel, les crimes de détention illégale comprennent l'enlèvement et la séquestration¹¹⁶, de même que le détournement d'aéronef¹¹⁷. Dans ce cas, l'intervention du policier a pour but de délivrer la personne et non de l'arrêter.

98. À l'heure actuelle, les dispositions de l'article 182, qui porte sur les femmes détenues dans les maisons de débauche, sont les seules dispositions du *Code* concernant les perquisitions en matière criminelle qui reconnaissent cette justification. En revanche, celle-ci figure en termes explicites dans un certain nombre de lois provinciales, notamment dans la législation concernant le bien-être des enfants¹¹⁸. Par ailleurs, le *Code de l'A.L.I.* reconnaît que les personnes [TRADUCTION] «qui sont illégalement gardées en réclusion ou qui subissent une autre atteinte à leur liberté doivent être considérées comme pouvant faire l'objet d'une perquisition et d'une saisie¹¹⁹». En outre, les "American Federal Rules" ont été modifiés récemment de façon à autoriser les mandats de perquisition visant des personnes¹²⁰.

99. Dans ces conditions, comment peut-on expliquer l'absence de telles dispositions dans le *Code criminel*? Il se pourrait bien que le législateur ait tout simplement jugé inutile d'en adopter. Jusqu'à un certain point en effet, les tentatives de délivrance pourraient bien être autorisées dans la mesure où elles sont concomitantes de l'arrestation du délinquant. À la lumière de la décision rendue dans l'affaire *Eccles c. Bourque*, il est clair que dans ce cas, l'agent n'est pas tenu d'avoir un mandat en sa possession pour entrer dans des lieux privés en vue d'y effectuer une arrestation¹²¹. De plus, les agents de la paix sont investis, en vertu du common law, du pouvoir résiduel de faire régner l'ordre public, ce qui leur permet de pénétrer sans mandat dans un lieu pour empêcher la perpétration d'une infraction de nature à causer directement des blessures graves à autrui¹²². Cependant, les autorités policières ont fait part aux chercheurs de la Commission de leur réticence à agir sans autorisation écrite dans des cas semblables. En outre, dans le cas d'une infraction prévue par le *Code criminel* comme l'enlèvement, il peut arriver que la personne soit détenue à un autre endroit que celui où se trouve le kidnappeur.

100. C'est pourquoi nous recommandons que les agents de la paix soient expressément habilités à perquisitionner en vue de délivrer toute personne illégalement détenue. À cause des distinctions qui existent, aussi bien en théorie qu'en pratique, entre un tel pouvoir et les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie

relatifs aux choses, aux fonds et aux renseignements, nous proposons que le pouvoir de perquisition et de délivrance soit traité de façon distincte et ne soit pas intégré à la définition des choses «saisissables». Toutefois, comme dans le cas des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie, l'illégalité de la détention devrait être liée à la perpétration d'une infraction criminelle. Autrement, ce pouvoir pourrait éventuellement se confondre avec le bref d'*habeas corpus*. Ce bref est délivré par une cour supérieure et vise à déterminer la légitimité de diverses formes de détention, y compris l'incarcération de personnes attendant leur procès ou leur expulsion, l'internement des malades mentaux et la garde des enfants. Dans bon nombre de ces cas, l'illégalité de la détention tient beaucoup plus souvent à une irrégularité sur le plan de la procédure qu'à la perpétration d'une infraction par le soi-disant gardien. Au début de cette étude, nous avons posé comme postulat que les perquisitions et les saisies devaient constituer la réaction du droit pénal à la perpétration d'une infraction. En conséquence, il serait illogique de permettre le recours à un pouvoir de perquisition dans les cas que nous venons d'énumérer.

CHAPITRE SIX

Les exceptions à l'exigence générale du mandat

RECOMMANDATION

4. Sauf indication contraire, l'agent de la paix ne devrait être habilité à procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie visant des choses «saisissables» qu'avec un mandat. Cependant, un mandat ne devrait pas être requis:

- a) lors d'une fouille ou d'une perquisition effectuée avec le consentement de la personne concernée, conformément aux recommandations 5 et 6;**
- b) lors d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie concomitante d'une arrestation, conformément aux recommandations 7 et 8;**
- c) lors d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie effectuée dans des circonstances présentant un danger pour la vie humaine ou la sécurité, conformément à la recommandation 9;**
- d) lors d'une perquisition effectuée dans un véhicule automobile, dans des circonstances où une chose «saisissable» peut être perdue ou détruite, conformément à la recommandation 10; et**
- e) lors de la saisie d'une chose «saisissable» bien en vue, conformément à la recommandation 30.**

101. Lorsque nous avons défini les diverses catégories de choses «saisissables», nous avons identifié les situations où est justifiée l'atteinte à la vie privée que constitue la fouille, la

perquisition ou la saisie. Il nous faut maintenant définir les mécanismes devant servir à autoriser les fouilles, les perquisitions et les saisies. Dans ce domaine, la règle fondamentale veut que, sauf indication contraire, l'agent de la paix soit muni d'un mandat pour pouvoir se livrer à une fouille, à une perquisition ou à une saisie. Dans le présent chapitre, nous tenterons d'établir les exceptions à cette règle générale. Comme nous l'avons déjà expliqué, nous maintenons qu'il existe essentiellement deux types de situations qui justifient une fouille, une perquisition ou une saisie sans mandat: celles où l'obtention d'un mandat n'est pas nécessaire, et celles où l'obtention d'un mandat est impraticable ou matériellement impossible¹²³.

102. Essentiellement, le critère de la «non-nécessité» est fonction du caractère attentatoire des fouilles, des perquisitions et des saisies. Il s'ensuit que lorsque la recherche d'objets, de fonds ou de renseignements ne comporte aucune atteinte à la liberté individuelle, il est inutile de conférer à la police une autorisation expresse. Par exemple, lors d'une enquête portant sur un meurtre commis dans un endroit public, la police n'a besoin d'aucune autorisation particulière pour se rendre sur les lieux, prendre des photographies et recueillir des éléments de preuve matérielle. En revanche, une telle autorisation devient indispensable lorsque la preuve d'un crime se trouve dans une maison privée, puisque le fait de pénétrer dans la maison constitue une atteinte à la vie privée de l'occupant. Toutefois, il est reconnu en droit que ce dernier peut consentir à l'introduction. Une fois le consentement donné, l'introduction perd son caractère attentatoire. Les recommandations 5 et 6 traitent de cette exception à l'exigence générale du mandat.

103. Quant au critère de l'«impraticabilité» (ou de ce qui est matériellement impossible), il est lié à l'urgence de la situation. À l'heure actuelle, ce critère est reconnu, implicitement du moins, à l'égard de toute une gamme de pouvoirs de perquisition sans mandat: la perquisition concomitante de l'arrestation suivant le common law et les dispositions législatives concernant les armes à feu, les stupéfiants et les drogues. Pour ce qui est de savoir si cette gamme recouvre de façon appropriée tous les types de situations urgentes, cette question exige un examen approfondi depuis longtemps. Selon notre propre étude, il existe trois catégories de situations urgentes où il y a lieu de faire exception à l'exigence générale du mandat: l'arrestation, le risque pour la vie humaine ou la sécurité, et le risque de perte ou de destruction de choses saisissables. Nous traitons de ces trois types de situations dans les recommandations 7 à 10.

I. Le consentement

RECOMMANDATIONS

5. L'agent de la paix devrait être autorisé à fouiller sans mandat:

- a) toute personne qui consent à être fouillée, et
- b) tout endroit ou véhicule, avec le consentement d'une personne présente qui a manifestement qualité pour consentir à la perquisition.

L'agent de la paix devrait être habilité à saisir toute chose «saisissable» découverte au cours d'une fouille ou d'une perquisition de consentement.

6. Le consentement devrait être consigné sur un document informant la personne de son droit de refuser de se soumettre à la fouille ou à la perquisition, et de révoquer son consentement en tout temps. L'absence d'un document dûment rempli devrait constituer une preuve suffisante à première vue de l'absence de consentement.

A. La nécessité d'imposer certaines limites

104. Selon nous, ces recommandations répondent aux lacunes des règles de droit actuelles concernant les fouilles et les perquisitions de consentement¹²⁴. Les avantages du recours au consentement comme mode d'autorisation des fouilles, des perquisitions et des saisies sont nombreux: la réduction des possibilités de contestation, l'acquisition éventuelle d'un avantage psychologique sur la personne fouillée, les règles beaucoup plus souples sur le plan de la procédure, et la non-application du critère habituel des «motifs raisonnables¹²⁵». Toutefois, si l'existence d'une coopération véritable entre les agents de la paix et les particuliers doit être sanctionnée par le droit, la question du consentement doit être replacée dans le contexte de common law dont elle semble s'être dégagée au cours de l'histoire. En effet, il est important de reconnaître que la fouille ou la perquisition «de consentement» constitue l'une des méthodes dont dispose la police, plutôt qu'un acte à caractère purement privé échappant à la compétence du législateur. Cette position a été adoptée dans le *Criminal Investigation Act*¹²⁶

proposé par la Commission de réforme du droit de l'Australie, ainsi que dans le *Model Code of Pre-Arrest Procedure*¹²⁷ de l'«American Law Institute». Elle reflète également l'expérience pratique qui démontre que le consentement constitue, pour les policiers, un outil au même titre que les pouvoirs coercitifs: il leur permet d'accomplir leur tâche lorsqu'il s'agit de fouiller un suspect¹²⁸.

105. Dans la mesure où il encourage le recours au consentement, en tant que mode d'autorisation, le droit contribue à la réalisation de certains objectifs d'ordre politique. L'un des principes fondamentaux dans ce domaine, c'est-à-dire la reconnaissance de la subordination des enquêtes policières à la coopération des citoyens, bénéficie de l'approbation générale au Canada. Comme l'a fait remarquer le Comité Ouimet, «la police ne peut s'acquitter *efficacement* de ses fonctions de gardienne de l'ordre si elle ne jouit pas de l'appui et de la confiance du public¹²⁹». Si cette affirmation milite, ne serait-ce qu'en partie, en faveur de la nécessité d'une certaine harmonie entre les méthodes de la police et les valeurs de la collectivité, afin d'assurer la collaboration du public, elle a également une incidence sur l'orientation des règles de procédure: il s'agit d'encourager les policiers à obtenir la collaboration des citoyens plutôt que de recourir à l'application autoritaire de pouvoirs coercitifs.

106. Cependant, le système de police fondé sur le consentement présente d'importantes limites. Ainsi, certains auteurs américains se sont dits d'avis qu'un tel système pourrait avoir pour effet d'entraver les méthodes et les enquêtes de la police:

[TRADUCTION]

L'obtention du consentement permet souvent aux policiers d'éviter les efforts de réflexion et de rédaction, ainsi que les déplacements qu'implique l'obtention d'un mandat de perquisition. Dans ces conditions, si le consentement est refusé, l'acte de la police a néanmoins pour effet d'avertir la personne des soupçons qui pèsent sur elle. Cela se traduit généralement, soit par la provocation volontaire d'une situation urgente, ce qui est très mal vu par les tribunaux, soit par la destruction des éléments de preuve par le malfaiteur alerté. Ni l'un ni l'autre de ces résultats n'est souhaitable¹³⁰.

L'agent de la paix doit donc, cela va de soi, s'assurer que la personne est susceptible de donner son consentement, avant de chercher à obtenir la collaboration de celle-ci. Il n'en reste pas moins que dans la mesure où l'obtention du consentement constitue une solution plus facile que l'obtention d'un mandat, la loi dissuade le policier

d'obtenir un mandat dans les cas où il serait approprié de le faire. Pourtant, en pratique, les policiers présentent souvent des demandes de mandats, pour le cas où le consentement serait refusé¹³¹.

107. Mais ce qui importe plus encore, le recours systématique au consentement à titre de mode d'autorisation pourrait en réalité nuire à la collaboration du public avec la police s'il prenait la forme d'une espèce de terrorisme plutôt que d'une collaboration véritable. Ainsi, un criminaliste canadien chevronné a fait la remarque suivante: [TRADUCTION] «Dans bien des cas, l'irrespect dont font preuve les criminels envers l'autorité peut en grande partie être imputé aux premiers contacts de ces personnes avec la police, qui leur ont inspiré de la crainte plutôt que de la confiance et du respect¹³²». Reprenant ce commentaire, le Comité Ouimet a insisté sur le caractère équitable que doivent avoir les règles régissant les contacts de la police avec les délinquants¹³³. Dans le cadre des fouilles et des perquisitions «de consentement» visées par le présent document, c'est pour les mêmes raisons que nous préconisons l'intégration de règles et de principes directeurs visant à assurer que l'usage de cette exception à l'exigence générale du mandat soit limité aux cas qui le justifient.

108. Cette position peut sembler ajouter inutilement à la difficulté de la tâche de la police. En effet, dans la mesure où une personne consent à ce que l'agent s'introduise chez elle ou se livre à une fouille sur sa personne, pourquoi devrait-on imposer des contraintes supplémentaires à l'agent de la paix du seul fait de sa profession? La raison en est qu'il est faux de mettre sur le même pied le cas où un agent de la paix demande la permission de s'introduire dans un lieu, d'y effectuer des perquisitions, de fouiller des personnes et d'emporter les objets ainsi trouvés, et celui où une demande de même nature est formulée par un simple citoyen. Les agents de la paix ne font pas qu'exercer des pouvoirs particuliers; ils ont un statut spécial qui impose le respect. En conséquence, le citoyen aux prises avec la police peut ressentir une certaine intimidation. Or, comme le consentement obtenu par l'exercice de l'autorité est une illusion, il est toujours possible que la collaboration ne soit pas tout à fait volontaire¹³⁴.

109. En outre, l'on pourrait croire que cette position s'écarte de la tendance jurisprudentielle récente au Canada. En effet, dans divers contextes, les tribunaux ont considéré comme volontaire le fait pour un citoyen d'obtempérer à la demande d'un agent de la paix, et ce, malgré l'exercice, par ce dernier, de son autorité. Par exemple, depuis l'affaire *Chromiak*, il semble reconnu que le fait de fournir un

échantillon d'haleine, à la demande de l'agent de la paix, peut être considéré comme volontaire¹³⁵. Cependant, les tribunaux canadiens se sont toujours bornés à déterminer le caractère volontaire d'un acte particulier à la lumière des faits de chaque cas. Quoi qu'il en soit, cela n'empêche pas d'établir des règles précises pour régir les activités de la police. À ce propos, signalons que dans l'affaire *Chromiak*, l'acte du policier, qui consistait à demander un échantillon d'haleine, était prévu par une disposition du *Code criminel*¹³⁶.

110. Il est peut-être opportun de souligner que le consentement à la fouille, à la perquisition ou à la saisie prend toute son importance, sur le plan juridique, dans les cas où il n'existe pas de motifs justifiant un acte unilatéral de la part de l'agent de la paix, ou lorsque la procédure visant à autoriser cet acte n'a pas été suivie. S'il arrive qu'un agent de la paix tente, pour des raisons stratégiques, d'obtenir le consentement de la personne dans un cas où il serait par ailleurs fondé à passer outre au refus de la personne, il est faux de considérer, en pareil cas, le consentement comme le fondement de la fouille, de l'introduction, de la perquisition ou de la saisie. En réalité, le consentement devient alors un outil facilitant un acte que l'agent de la paix est au demeurant habilité à accomplir dans l'exercice de ses pouvoirs. On aurait tort de voir dans nos recommandations l'intention d'empêcher les agents de la paix de rechercher le consentement des personnes concernées dans des cas semblables. En fait, nos recommandations visent plutôt les cas où l'obtention du consentement est le seul moyen dont dispose le policier pour procéder à une fouille ou à une perquisition. Dans des situations de cette nature, les citoyens sont protégés par les dispositions générales de la loi en matière pénale et en matière délictuelle traitant des atteintes aux droits privés. Dans la mesure où elles reposent sur la crainte et le manque d'information, et portent atteinte à ces droits, les activités de la police fondées sur le «consentement» battent en brèche ces mécanismes de protection.

111. Le dernier argument militant en faveur de l'établissement de limites dans la loi résulte de la position que nous avons expliquée ci-dessus. En effet, eu égard à la prohibition des «fouilles, perquisitions et saisies abusives» inscrite dans l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il y a lieu de codifier les règles régissant les fouilles, les perquisitions et les saisies, de façon qu'elles soient conformes au critère constitutionnel¹³⁷. En effet, malgré le consentement de la personne concernée, l'atteinte portée aux droits de celle-ci par l'agent de la paix constitue tout de même une fouille, une perquisition ou une saisie. Cette position est analogue à celle que

certain auteurs américains ont adoptée, et suivant laquelle les actes faits «de consentement» demeurent des cas [TRADUCTION] «d'atteintes portées sans mandat par l'État, lesquelles restent néanmoins soumises au ... critère des motifs raisonnables» formulé dans le quatrième amendement de la Constitution américaine¹³⁸. Au Canada, il appartient maintenant à la jurisprudence de déterminer si le critère de l'article 8 de la *Charte* s'applique aux fouilles et aux perquisitions «de consentement», et le cas échéant, quelles en sont les modalités d'application. Cependant, il est permis de penser que le consentement vraiment volontaire et obtenu de façon licite contribue à établir, à première vue du moins, le caractère raisonnable de la fouille, de la perquisition ou de la saisie.

B. Le caractère «volontaire»

112. Pour être valide, le consentement doit être «volontaire». Cela entraîne l'application de critères légaux qui relèvent de domaines tout à fait différents de celui des fouilles, des perquisitions et des saisies. Les plus intéressants de ces critères, aux fins de la présente étude, sont ceux qui s'appliquent aux aveux et à l'interception des communications privées. L'étude de ces différents critères montre que le degré et la nature du «caractère volontaire» exigé par la loi diffèrent suivant les contextes.

113. Le critère applicable aux aveux a été formulé de la façon suivante dans l'affaire *Ibrahim*:

[TRADUCTION]

C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire; c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensé ou promis par une personne ayant autorité. Ce principe remonte à Lord Hale¹³⁹.

Cette règle a été reprise par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Boudreau*, dans laquelle le juge Rand a parlé du [TRADUCTION] «doute que les circonstances dans lesquelles la déclaration est faite font naître sur la véracité de la celle-ci¹⁴⁰».

114. Par contre, dans l'affaire *Goldman*¹⁴¹, la Cour suprême du Canada a refusé d'appliquer ce critère aux dispositions de l'alinéa

178.11(2)a) du *Code criminel*, lesquelles permettent l'interception d'une communication privée avec le consentement de l'un des interlocuteurs. Suivant les motifs de la majorité, l'incitation ou la contrainte qui peuvent nuire à la véracité d'une déclaration ne sauraient avoir le même effet sur le contenu d'une communication privée interceptée. C'est donc dire que:

Le consentement ne doit pas être obtenu par l'intimidation ou la force ou des menaces d'employer la force de la part de la police, mais on ne peut conclure à la coercition, dans le sens où le terme s'applique ici, simplement parce que le consentement est donné par suite de la promesse ou de l'espoir d'une indulgence ou de l'immunité de poursuites. Des incitations de cette nature ou la contrainte résultant de menaces de poursuites rendront inadmissible une confession ou une déclaration faite par un prévenu à des personnes ayant autorité parce que la confession ou déclaration pourrait être touchée ou influencée par l'incitation ou la contrainte. Des considérations différentes entrent en jeu cependant lorsqu'il s'agit d'un consentement de la nature de celui examiné ici¹⁴².

Cette affirmation concorde avec la décision rendue à la même époque dans l'affaire *Rosen c. La Reine*, dans laquelle il était question non pas du consentement à l'interception, mais du consentement à la recevabilité en preuve de la communication interceptée. Dans cette affaire, la Cour a fait remarquer notamment que la nature de la preuve était déjà «fixée et déterminée¹⁴³». Cette remarque a été citée par le juge MacIntyre dans l'affaire *Goldman*¹⁴⁴.

115. Qu'en est-il du consentement à la fouille ou à la perquisition? Les motifs formulés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rosen* semblent s'appliquer aussi bien au domaine des fouilles, des perquisitions et des saisies qu'à celui de l'interception des communications. En effet, comme la nature des éléments de preuve qui peuvent éventuellement être saisis est déjà «fixée et déterminée», on se saurait craindre que la véracité des éléments de preuve soit viciée par la contrainte ou l'incitation. Pourtant, d'autres facteurs que la fiabilité des éléments de preuve entrent en jeu dans le domaine des fouilles, des perquisitions et des saisies de consentement. En outre, nous attachons une grande importance au fait que les droits privés de la personne concernée ne doivent pas devenir illusoires. Bien qu'il appartienne à la jurisprudence de trancher cette question en dernier ressort, nous estimons qu'il irait à l'encontre des principes que nous avons élaborés dans la présente étude de considérer comme volontaire l'acquiescement obtenu par l'incitation, les menaces ou la manipulation.

C. Le consentement écrit

116. Nos propositions à ce sujet s'écartent des différentes approches traditionnelles suivant lesquelles le caractère volontaire du consentement devait être déterminé à la lumière des faits de chaque cas. C'est notamment la position qu'a adoptée la Cour suprême des États-Unis:

[TRADUCTION]

Le caractère volontaire est une question de fait qui doit être déterminée d'après toutes les circonstances. Et si le fait que la personne connaisse son droit de refuser est un facteur qui doit être pris en considération, le ministère public n'est pas tenu de démontrer cette connaissance pour que le consentement soit considéré comme volontaire¹⁴⁵.

Toutefois, bien que cette position puisse être acceptable, en tant que règle fondamentale, lorsqu'il s'agit pour le tribunal de statuer *a posteriori* sur la validité du consentement, nous estimons qu'il y a lieu de réglementer les rapports entre la police et les citoyens en cause. En outre, cette approche ne tient pas compte des difficultés de preuve importantes qui se posent lors de la reconstitution, au procès, de l'incident lié à la fouille ou à la perquisition. Nos recommandations visent à régler ces problèmes, du moins en partie.

117. La mise en garde et la formule de consentement écrites visent à réglementer l'obtention du consentement et à lui donner un caractère systématique, en informant le citoyen de son droit de refuser de se soumettre à la fouille ou à la perquisition, et en lui conférant un certain droit de regard sur les personnes qui peuvent porter atteinte à ses droits et sur les circonstances dans lesquelles elles peuvent le faire. On a observé que les Canadiens ont généralement peu tendance à mettre en doute le bien-fondé des actes de la police¹⁴⁶. Ainsi, le citoyen auquel l'agent de la paix demande la permission de le fouiller, ou d'effectuer une perquisition dans son véhicule ou dans sa maison, sera naturellement enclin à tenir pour acquis que la décision de la police de procéder à une fouille ou à une perquisition est bien fondée en droit. Ce serait cautionner le recours à la ruse, de la part de la police, que de permettre que la légalité de la fouille ou de la perquisition puisse être fondée exclusivement sur de telles suppositions. À cet égard, il faut bien reconnaître que le citoyen moyen a une connaissance très limitée de la complexité des règles de droit en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies. En conséquence, le citoyen peut bien ne pas se rendre compte que la légalité de l'acte de la police repose exclusivement sur son

consentement. Aussi nos recommandations ont-elles pour but de rendre la situation claire pour toutes les parties. Et la meilleure façon d'atteindre ce but reste encore la mise en garde imprimée sur la formule de consentement. Par ailleurs, cela évite d'imposer une charge de preuve personnelle à l'agent de la paix.

118. En outre, la formule écrite fournit une preuve probante de l'existence du consentement. Dans bon nombre d'initiatives récentes en matière de réforme du droit prises par différentes autorités, on a reconnu les difficultés de preuve que soulève le consentement. On considère qu'il est souhaitable de simplifier cette question, non seulement dans l'intérêt du citoyen soumis à la fouille ou à la perquisition, lequel peut désirer connaître ses droits en vue d'une contestation éventuelle, mais également du point de vue de l'agent de la paix. En effet, cela lui permettrait de décider en connaissance de cause s'il peut agir en vertu du seul consentement de la personne, et de répondre à toute attaque subséquente. C'est pourquoi, en Angleterre, la "Royal Commission on Criminal Procedure" a proposé que [TRADUCTION] «par mesure de protection pour les agents de la paix», ceux-ci soient tenus d'obtenir un consentement écrit de la personne visée¹⁴⁷.

119. Malgré l'absence de toute exigence légale à cet effet, diverses forces de police semblent avoir adopté des directives de nature administrative concernant l'usage de formules et de mises en garde écrites en ce qui a trait à l'obtention du consentement¹⁴⁸. Signalons également que même si les dispositions du *Code criminel* n'exigent aucun document relativement à l'interception des communications électroniques, les experts dans ce domaine, de même que les manuels d'instructions destinés aux policiers, recommandent à ces derniers d'obtenir le consentement écrit des personnes visées¹⁴⁹.

120. Il est bien sûr possible d'invoquer de nombreux arguments à l'encontre de l'exigence du consentement et de la mise en garde écrits. Toutefois, nous ne croyons pas que ces arguments aient suffisamment de poids pour réfuter nos recommandations. De nombreux policiers ont fait part à nos chercheurs de leur mécontentement à l'idée d'un surcroît de paperasserie. Cependant, il est à noter que pour peu que la formule utilisée soit appropriée, la seule personne tenue de donner des renseignements serait celle qui est soumise à la fouille ou à la perquisition. En outre, certains agents de police semblaient craindre que le fait d'exiger une confirmation écrite du consentement puisse effrayer la personne concernée et l'inciter à révoquer son consentement. Pourtant, certains respon-

sables ont admis que l'obtention du consentement verbal pouvait comporter une certaine part de contrainte. À cet égard, nous optons pour la position d'autres représentants des forces de police, selon lesquels l'obtention du consentement écrit soulève peu de difficultés dans le cas où la personne est vraiment disposée à coopérer. Nous reconnaissons qu'il peut être impossible, dans certains cas, d'avoir recours à la formule écrite. C'est pourquoi celle-ci doit être considérée comme un outil aux fins d'établir le caractère volontaire du consentement, et non comme une règle inflexible.

121. Enfin, nous sommes bien conscients du fait que les règles de droit peuvent avoir un effet limité lorsqu'il s'agit d'assurer le respect des policiers envers la décision d'un citoyen de ne pas collaborer à une enquête. D'après les observations pratiques qui ont été faites en matière de fouilles et de perquisitions de consentement au Canada, de même que les études sur les effets d'exigences analogues concernant la mise en garde obligatoire lors de l'interrogatoire faisant suite à une arrestation aux États-Unis, il est permis de s'interroger sur le degré de protection réelle que les règles que nous préconisons peuvent fournir dans la pratique quotidienne. Quoi qu'il en soit, la possibilité d'un succès pratique limité ne devrait pas nous dissuader de prendre toutes les mesures possibles à l'heure actuelle. Si, une fois mis en œuvre, le mécanisme du consentement écrit devait se révéler inefficace, nous reconnaissons qu'il y aurait lieu de s'interroger sur son utilité.

122. Parmi les différentes initiatives récentes en matière de réforme du droit, les modalités et les effets de l'obtention du consentement écrit varient quelque peu d'une proposition à l'autre. Par exemple, la Commission Marin a recommandé que le consentement aux perquisitions effectuées par les inspecteurs des Postes canadiennes soit donné par écrit¹⁵⁰. Par ailleurs, la Commission royale britannique a recommandé que le consentement soit consigné dans le carnet de notes de l'agent de la paix et signé par la personne visée¹⁵¹. En fait, par mesure de prudence, certains agents de la paix canadiens ont adopté cette façon de procéder, et ce, en l'absence de toute exigence légale. La Commission de réforme du droit de l'Australie a étudié cette question de façon complète et particulièrement convaincante:

[TRADUCTION]

Bien que nous ne souhaitions pas multiplier indûment le nombre de documents que les agents de police doivent avoir en leur possession, nous estimons que la protection des droits en cause est suffisamment importante pour justifier que le consentement qui sert de fondement à la

perquisition effectuée par le policier soit pris par écrit. L'absence du consentement écrit établirait, jusqu'à preuve du contraire, que la mise en garde n'a pas été faite et que le consentement n'a pas été obtenu¹⁵².

Nous recommandons l'adoption, au Canada, d'un mécanisme semblable à celui qui a été instauré en Australie.

II. L'arrestation

RECOMMANDATIONS

7. L'agent de la paix devrait être habilité à fouiller une personne qui a été arrêtée si cette fouille constitue une précaution raisonnable dans les circonstances. La portée de ce pouvoir devrait également s'étendre aux endroits qui sont à la portée de la personne arrêtée au moment de la fouille.

8. Outre les choses «saisissables», l'agent de la paix qui arrête une personne devrait être habilité à saisir:

- a) tout ce qui est nécessaire à l'identification de la personne arrêtée; et
- b) toute arme ou autre objet qui pourrait permettre à la personne arrêtée de s'échapper ou de mettre en danger la vie ou la sécurité de l'agent de la paix ou d'une tierce personne, ou encore sa propre vie ou sa propre sécurité.

123. Le pouvoir de fouiller sans mandat une personne lors de l'arrestation de celle-ci est un outil précieux, voire nécessaire. Il se justifie au regard d'un certain nombre de facteurs, très bien résumés par le juge Hugessen dans l'affaire *Laporte*: [TRADUCTION] «rendre l'arrestation efficace, assurer la conservation des éléments de preuve et prévenir la perpétration d'une autre infraction¹⁵³». Outre la jurisprudence sur ce point, les dispositions des sous-alinéas 450(2)d)(ii) et (iii) du *Code criminel* sanctionnent implicitement la légitimité des fouilles effectuées dans ce contexte. Ces dispositions permettent à l'agent de la paix d'arrêter une personne sans mandat pour une infraction relativement mineure, en vue soit d'obtenir ou de préserver des éléments de preuve, soit de prévenir la perpétration subséquente d'une infraction de même nature ou différente, plutôt que de la contraindre à comparaître par voie de citation.

124. Les problèmes que soulève ce pouvoir concernent les limites qu'il devrait comporter, le cas échéant. À cet égard, nous avons abordé trois questions dans notre recommandation: (1) la fouille doit-elle être autorisée automatiquement du fait de l'arrestation, ou doit-elle être justifiée par d'autres circonstances? (2) quelle devrait être la portée légale de la fouille? et (3) quelle devrait être la portée légale de la saisie?

A. La fouille devrait-elle être autorisée automatiquement du fait de l'arrestation?

125. En théorie, le droit canadien ne semble autoriser la fouille concomitante de l'arrestation que si elle constitue une précaution raisonnable dans les circonstances. Cette position tire sa source de deux décisions importantes datant du dix-neuvième siècle: *Leigh v. Cole*¹⁵⁴ et *Bessel v. Wilson*¹⁵⁵. Bien que ces arrêts laissent entendre qu'il pourrait exister des cas d'arrestation où la fouille d'une personne ne serait pas justifiée, les tribunaux canadiens se sont montrés nettement réticents à déclarer illégales les fouilles concomitantes de l'arrestation. Il est alors permis de mettre en doute l'utilité de l'exigence du caractère raisonnable ajoutée par les autorités britanniques. Autrement dit, dès lors qu'il existe des motifs suffisants pour justifier l'arrestation, la police ne devrait-elle pas être autorisée automatiquement à fouiller la personne arrêtée?

126. Au premier coup d'œil, cette position présente l'avantage d'être simple et logique, surtout lorsque l'arrestation est considérée comme l'étape initiale du processus aboutissant à l'incarcération de la personne arrêtée. Pourtant, il est faux de confondre tous les cas d'arrestation et de leur attribuer d'emblée tous les facteurs qui caractérisent l'arrestation avec mise sous garde. L'agent de la paix agissant en vertu des dispositions de l'article 450 du *Code criminel* est fondé à arrêter une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction relativement mineure, comme la conduite dangereuse¹⁵⁶, puis, après avoir vérifié son identité, à la libérer en lui remettant une citation à comparaître aux termes de l'article 452. On peut difficilement soutenir que dans un cas semblable, l'opportunité de procéder à une fouille serait la même que dans le cas d'un vol qualifié, par exemple, lors de l'arrestation du suspect après une chasse à l'homme.

127. On a reconnu cette distinction dans le *Code de l'A.L.I.*, lequel prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION]

Les fouilles, les perquisitions et les saisies prévues par d'autres dispositions du présent Code ne doivent pas être autorisées si l'arrestation concerne une accusation d'avoir commis une «violation» ... ou une infraction en matière de circulation, ou une autre infraction mineure, dont les éléments et les circonstances ne comportent pas la possession illégale d'un objet, ni une conduite violente ou rendue dangereuse volontairement ou par négligence¹⁵⁷

Toute définition exacte du pouvoir de fouiller une personne lors de l'arrestation de celle-ci doit tenir compte des possibilités de modification des structures actuelles de l'arrestation et, surtout, de la classification des infractions¹⁵⁸. Par ailleurs, nous sommes d'avis que le principe sous-jacent aux dispositions du *Code de l'A.L.I.* est bien fondé. Suivant ce principe, le pouvoir de fouiller une personne lors de l'arrestation de celle-ci n'est pas automatique ni applicable à tous les cas.

128. On peut formuler à l'encontre de la position traditionnelle une autre critique qui se situe à un niveau plus théorique. Assimiler la fouille à l'arrestation revient à confondre les objets qui distinguent ces deux pouvoirs. En effet, la fouille a pour objet de mettre sous la main de la justice des objets, des fonds ou des renseignements, alors que l'arrestation a pour objet de placer une personne sous surveillance. Il est donc absurde d'affirmer que ces deux objets vont automatiquement de pair, et encore plus d'ériger cette affirmation en règle de droit. Il ne s'agit pas de savoir à quel moment la liberté et la dignité d'un citoyen ont été suffisamment bafouées pour permettre une fouille sans mandat de sa personne ou des lieux dont il a la responsabilité. La question fondamentale consiste plutôt à déterminer dans quel cas l'intérêt de l'État sur les objets ou les renseignements en cause doit prévaloir sur les droits du citoyen. Lors d'une arrestation, comme dans tout autre cas, la justification de la fouille doit se trouver dans les circonstances. C'est pourquoi nous recommandons le maintien de l'exigence actuelle suivant laquelle la fouille doit constituer une précaution raisonnable pour être justifiée par l'arrestation.

B. L'étendue de la fouille

129. À l'heure actuelle, on admet généralement que la portée de la fouille concomitante de l'arrestation s'étend aux endroits placés sous le pouvoir de la personne arrêtée. Les limites ainsi définies sont

fort vagues. Certes, une certaine latitude est nécessaire à cause des circonstances particulières de chaque cas. Cela n'empêche pas qu'il faille tenter d'éclaircir cette question par rapport au principe fondamental de la fouille sans mandat. Or, ce principe consiste à refuser à la personne arrêtée l'accès aux objets qui présentent une valeur probante et qui peuvent être détruits, ainsi qu'aux armes et aux objets qui peuvent mettre la sécurité en danger ou faciliter une évasion. Il s'ensuit que la portée du pouvoir devrait être limitée aux endroits auxquels la personne arrêtée a accès lorsque la fouille a lieu.

130. On pourrait craindre qu'une telle position introduise une part d'incertitude dans la définition des pouvoirs de la police. Les fluctuations que l'on retrouve dans la jurisprudence américaine relative à la portée des fouilles, notamment celles des véhicules¹⁵⁹, illustrent les problèmes susceptibles de se poser. Ainsi, tout l'intérieur de la voiture se trouve-t-il sous le pouvoir du chauffeur? Et le coffre? Nous reconnaissons que ces questions sont épineuses. Toutefois, en ce qui concerne les fouilles de véhicules, les dispositions que nous proposerons un peu plus loin dans ce chapitre et qui établissent des pouvoirs assez étendus suffisent à combler ce besoin de clarté. Ces dispositions confèrent à la police le pouvoir non équivoque, pour peu que les motifs requis existent¹⁶⁰, de fouiller intégralement le véhicule occupé par une personne arrêtée. Cela laisserait comme principal sujet de discussion le cas où la personne est trouvée dans un endroit privé, comme une résidence ou un lieu de travail.

131. Cette question de la portée de la fouille dans de telles circonstances a fait l'objet de controverses tant aux États-Unis qu'en Grande-Bretagne. Dans le jugement définitif qu'elle a rendu dans l'affaire *Chimel*, la Cour suprême des États-Unis a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION]

Un pistolet placé sur une table ou dans un tiroir devant la personne arrêtée est aussi dangereux pour l'agent que s'il était dissimulé sous les vêtements de la personne. Il ne fait donc aucun doute que le policier est fondé à fouiller la personne arrêtée de même que les endroits se trouvant «directement sous son pouvoir». Cette expression doit être interprétée de façon à désigner tout endroit où la personne pourrait s'emparer d'une arme ou prendre possession d'un élément de preuve en vue de le détruire¹⁶¹.

Par contre, la Commission royale sur la procédure pénale en Angleterre a proposé que la loi permette la fouille sans mandat de l'endroit occupé ou placé sous le pouvoir de la personne, même si celle-ci est arrêtée ailleurs. Cependant, de telles fouilles ne peuvent avoir lieu que s'il existe des motifs raisonnables de soupçonner la

présence d'objets liés à la perpétration de l'infraction dont la personne est inculpée ou à une infraction semblable¹⁶².

132. On peut reprocher à la solution britannique de faire bien peu de cas du droit que détient le citoyen sur les lieux qu'il occupe. Les circonstances justifiant l'atteinte à la liberté que comporte l'arrestation n'impliquent pas nécessairement que le citoyen perd automatiquement le droit à toute protection contre les atteintes à l'espace qui constitue son domaine privé. Dans des décisions canadiennes récentes, on a soulevé la question des rapports entre les pouvoirs d'arrestation et la violation de l'espace privé. Ces décisions montrent clairement que de façon constante, les tribunaux se sont montrés réticents à cautionner l'introduction sans mandat dans la vie privée des personnes, peu importe qu'elles soient soupçonnées d'infraction¹⁶³. Les chercheurs de la Commission ont pu constater que les agents de la paix d'un certain nombre de villes canadiennes abondaient dans ce sens. Ils ont déclaré que même après avoir effectué une arrestation, ils préféreraient avoir un mandat en leur possession avant de se livrer à la fouille de l'endroit occupé par la personne arrêtée.

133. Nous sommes d'avis que la règle formulée dans l'affaire *Chimel* est bien fondée. Bien qu'à première vue, il puisse sembler trop rigoureux et inutilement restrictif, le critère de l'espace se trouvant à la portée de la personne fournit une définition concrète de l'espace placé sous le pouvoir de la personne arrêtée. En réalité, le fait d'étendre la portée de la fouille et de la saisie au-delà de l'espace se trouvant à la portée de la personne arrêtée pourrait soulever des problèmes de définition beaucoup plus graves que ceux qu'il résout¹⁶⁴. Par ailleurs, l'adoption de cette règle au Canada laisserait tout de même un certain nombre de possibilités à l'agent de la paix qui désire fouiller l'endroit occupé par la personne qu'il compte arrêter: il peut demander la délivrance d'un mandat soit avant de pénétrer dans cet endroit, soit après l'arrestation. Dans un cas comme dans l'autre, le recours au mécanisme du télémandat, dont nous traiterons plus loin, peut s'avérer un outil précieux¹⁶⁵. En somme, nous estimons que les inconvénients que comporte l'obtention d'un mandat doivent généralement céder le pas devant les objectifs que poursuit la règle formulée dans l'affaire *Chimel*.

134. Il existe cependant un cas où l'exigence du mandat peut sembler inutilement rigoureuse. Il s'agit du cas où les objets saisissables se trouveraient à la vue de l'agent de la paix lors de l'arrestation, tout en n'étant pas à la portée de la personne arrêtée. La doctrine relative à ce cas particulier, laquelle est établie depuis longtemps aux États-Unis, permettrait la saisie des biens en cause¹⁶⁶. Nous y revien-

drons plus loin¹⁶⁷. Par ailleurs, en ce qui a trait à la portée de la fouille concomitante de l'arrestation, se pose également la question des touchers intimes auxquels la personne peut être tenue de se soumettre. Dans la mesure où il s'agit d'«examens médicaux», les recommandations que nous formulerons un peu plus loin exigeraient le recours à des mécanismes particuliers¹⁶⁸.

C. Les choses qui peuvent être saisies

135. Comme nous l'avons déjà expliqué, les justifications relatives aux fouilles concomitantes de l'arrestation se rapportent à un certain nombre de catégories d'objets: les produits d'un vol, les preuves de l'infraction que l'on prétend avoir été commise, ainsi que les armes dangereuses¹⁶⁹. Par ailleurs, suivant la jurisprudence, est illégale la saisie d'objets non liés à l'intérêt légitime qu'a l'État dans l'arrestation, comme l'argent que la personne détient légalement¹⁷⁰. Nous avons noté précédemment que les objets saisissables visés par la fouille concomitante de l'arrestation se répartissent dans des catégories semblables à celles qui font l'objet des mandats de perquisition. La définition du terme «choses saisissables» que nous avons proposée devait censément viser toutes les fouilles et perquisitions, y compris celles qui sont concomitantes de l'arrestation¹⁷¹. Cette approche est conforme à celle qui a été adoptée dans le *Code de l'A.L.I.*, suivant lequel la définition du terme [TRADUCTION] «choses saisissables» lors de l'arrestation englobe les différentes catégories de choses saisissables en vertu d'un mandat¹⁷².

136. En cas d'arrestation, l'impératif de la sécurité pourrait toutefois justifier une extension de la portée du pouvoir de saisie. En effet, même si certains instruments peuvent ne pas être visés par les dispositions du *Code criminel* portant sur l'usage illégal ou la possession d'armes, il peut être plus prudent de les enlever à l'accusé lors de l'arrestation de celui-ci. Or, en pareil cas, les objets ainsi saisis n'ont pas de valeur probante, et il n'existe aucune raison de les confisquer. Leur saisie a seulement pour but de faciliter l'exercice du pouvoir d'arrestation. Pour cette raison, nous recommandons que, outre les choses «saisissables», l'agent de la paix qui procède à l'arrestation d'une personne soit habilité à saisir toute arme ou autre objet susceptible de permettre à la personne de s'échapper, ou de mettre en péril soit la vie ou la sécurité de l'agent de la paix ou du public, soit sa propre vie ou sa propre sécurité.

137. Enfin, l'arrestation justifie la saisie d'objets permettant à la police d'identifier la personne arrêtée. Ainsi, les dispositions des sous-alinéas 450(2)d(i), 452(1)f(i) et 453(1)i(i) du *Code criminel* reconnaissent que l'agent de la paix ou le fonctionnaire responsable peut, lorsque cela est nécessaire en vue «d'identifier la personne», arrêter et détenir sous garde cette personne plutôt que de la remettre en liberté en lui délivrant une citation à comparaître ou une sommation. Par ailleurs, le pouvoir de fouiller une personne arrêtée en vue de l'identifier a été reconnu en common law¹⁷³. Nous recommandons que ce pouvoir soit reconnu dans les dispositions que nous sommes en train d'élaborer.

III. Les cas où le délai mettrait en péril la vie humaine ou la sécurité du public

RECOMMANDATION

9. Lorsqu'un agent de la paix croit pour des motifs raisonnables:

- a) qu'une chose «saisissable» se trouve en possession d'une personne ou dans un endroit ou un véhicule, et
- b) que le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat aurait pour effet de mettre en péril la vie humaine ou la sécurité,

il devrait être habilité à fouiller cette personne, cet endroit ou ce véhicule, et à saisir sans mandat ces choses «saisissables».

138. En dehors du contexte de l'arrestation, la protection de la vie et de la sécurité constitue une valeur essentielle dans le cas de plusieurs pouvoirs d'agir sans mandat. Ce principe ressort clairement des dispositions des articles 99 et 101 du *Code criminel*, qui autorisent les perquisitions en matière d'armes. Il constitue également une composante essentielle du pouvoir de pénétrer dans un lieu afin d'arrêter ou de prévenir une violation de la paix, ou d'enquêter sur une violation de la paix. Nous sommes convaincus du bien-fondé de ce principe. Dès lors que la vie humaine ou la sécurité sont mises en péril par le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat, les garanties que comporte le mandat doivent manifestement être sacrifiées au profit de ces valeurs supérieures. Même si le fait d'autoriser de telles fouilles en l'absence des circonstances qui donnent lieu à l'arrestation

comporte certains risques (sur lesquels nous reviendrons en parlant de la recommandation 10), nous estimons que la protection de la vie et de la sécurité doit avoir préséance.

139. Signalons toutefois que l'existence des motifs justifiant l'atteinte doit être établie: l'agent de la paix doit avoir des motifs raisonnables de croire que la fouille lui permettra de découvrir une chose «saisissable». Toute arme dont la possession, dans les circonstances, constitue une infraction serait visée par ce pouvoir de saisie. Mais bien que la disposition proposée ait pour effet d'englober les pouvoirs de fouille sans mandat prévus aux articles 99 et 100 du *Code criminel*, à certains égards, elle est plus restrictive que le pouvoir de préserver la paix du common law, et que les dispositions de l'article 101 adoptées récemment. Nous traiterons plus loin de la nécessité de ces pouvoirs additionnels¹⁷⁴.

IV. Les fouilles de véhicules lorsque le délai est susceptible d'entraîner la perte ou la destruction de choses saisissables

RECOMMANDATION

10. Lorsqu'un agent de la paix arrête une personne qui a le contrôle d'un véhicule ou qui occupe celui-ci, et croit pour des motifs raisonnables:

- a) qu'une chose «saisissable» se trouve dans le véhicule; et
- b) que le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat est susceptible d'entraîner la perte ou la destruction de la chose «saisissable»,

il devrait être habilité à fouiller le véhicule et à saisir sans mandat la chose «saisissable».

140. Essentiellement, cette disposition étend le pouvoir de fouiller un véhicule automobile au-delà des limites qui seraient normalement imposées par la règle générale concernant la fouille concomitante de l'arrestation, règle que nous avons formulée à la recommandation 7. À cet égard, nous avons adopté une position prudente. D'une part, nous reconnaissons les exigences particulières des cas où le suspect occupe ou contrôle un véhicule automobile.

Comme l'a récemment affirmé la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Ross*¹⁷⁵, il est essentiel que le pouvoir de l'agent de la paix soit clairement défini, indépendamment de toute distinction oiseuse entre les parties du véhicule qui peuvent être fouillées et celles qui ne le peuvent pas. Nous souscrivons au principe formulé dans l'affaire *Ross*, suivant lequel la portée de la fouille sans mandat d'un véhicule devrait être aussi large que celle qu'un fonctionnaire judiciaire pourrait autoriser par un mandat. D'autre part, notre proposition se distingue également par les pouvoirs qu'elle *ne confère pas*. Notamment, elle reflète notre réticence à conférer des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie sans mandat en dehors du contexte de l'arrestation et ce, même si le délai nécessaire à l'obtention du mandat peut avoir pour effet de soustraire certains éléments de preuve à la police. Cette réticence est liée non seulement aux fouilles de véhicules, mais également aux fouilles de personnes et aux perquisitions. Dans ce sens, nous avons tenté d'établir un équilibre entre la valeur primordiale que constitue la protection de la vie humaine et de la sécurité, laquelle justifie les dispositions relativement larges de la recommandation 9, et la valeur importante, quoique secondaire, qui consiste à préserver les choses «saisissables» elles-mêmes. Pour les raisons que nous expliquerons un peu plus loin, nous estimons que cette seconde valeur ne justifie pas l'adoption d'une disposition de la nature de celle que nous recommandons relativement à la première valeur.

A. Le droit actuel

141. À l'heure actuelle, le droit canadien ne reconnaît, par rapport à l'exigence du mandat, aucune exception générale fondée sur la nécessité d'empêcher la perte ou la destruction éventuelle de choses saisissables. Cette question a été examinée par la jurisprudence dans d'autres contextes. Par exemple, dans l'affaire *Eccles c. Bourque*¹⁷⁶, la Cour suprême a reconnu qu'un agent de la paix pouvait être excusé de ne pas s'être annoncé avant de s'introduire dans un lieu afin d'y procéder à une arrestation, s'il a agi en vue de prévenir la destruction d'éléments de preuve. Cependant, dans le cas où l'agent de la paix déciderait de procéder à une fouille sans mandat, afin de prévenir la destruction d'éléments de preuve, les solutions qui s'offrent à lui sont assez limitées. En effet, s'il ne peut obtenir le consentement de la personne visée, et qu'il n'existe aucun

danger pour la vie humaine ou la sécurité, il ne lui reste que deux possibilités: invoquer un pouvoir particulier prévu par la loi, ou arrêter la personne et la fouiller ensuite.

142. On retrouve de nombreux pouvoirs particuliers permettant des fouilles, des perquisitions et des saisies sans mandat dans des règlements fédéraux et des lois provinciales qui débordent le cadre de la présente étude. Dans le domaine de la législation pénale, le principal exemple est celui des pouvoirs qui existent en matière de stupéfiants et de drogues¹⁷⁷. Étant donné la facilité avec laquelle les stupéfiants et les drogues peuvent être transportés ou détruits, on considère généralement que le problème de la perte des éléments de preuve est particulièrement grave dans ce domaine. C'est ce qui explique notamment pourquoi les agents de police préfèrent, lorsqu'ils effectuent une perquisition dans une maison d'habitation, avoir recours à un mandat de main-forte, plutôt qu'à un mandat de perquisition. Dans le cadre de l'enquête que la Commission de réforme du droit a effectuée sur l'usage du mandat de main-forte au Canada, 40 pour cent des agents qui y avaient recours ont expliqué qu'ils n'avaient pas fait usage du mandat de perquisition à cause de la nécessité de prévenir la destruction ou l'enlèvement des éléments de preuve¹⁷⁸. Par ailleurs, on retrouve la préoccupation de prévenir la destruction des éléments de preuve dans le contexte des saisies sans mandat qui peuvent avoir lieu en matière de jeux et de paris, en vertu des dispositions du paragraphe 181(2) du *Code criminel*. Ainsi, certains agents de la paix interrogés par les recherchistes de la Commission ont relaté des cas où ils avaient fait irruption dans une maison de jeu et s'étaient vus forcés de procéder immédiatement à une saisie.

143. Dans les cas où il n'existe aucun pouvoir particulier prévu par la loi, la seule possibilité est celle de l'arrestation. On aurait tort de sous-estimer cette méthode qui peut parfois être très utile. En effet, dans la mesure où la fouille, la perquisition ou la saisie vise les «produits d'une infraction» ou des «objets dont la possession, dans les circonstances de l'espèce, constitue une infraction», il n'y a pas loin entre le fait de croire que la personne a ces choses saisissables en sa possession, et celui de croire que la personne est en train de commettre une infraction: possession de biens obtenus par la perpétration d'un crime, ou possession de stupéfiants ou de drogues¹⁷⁹. Néanmoins, l'absence d'autre solution possible pose certains problèmes. En effet, dans la mesure où la portée du pouvoir de fouille, lors de l'arrestation, est limitée à l'espace qui se trouve sous le pouvoir de la personne arrêtée (ou à sa portée, comme nous le

recommandons), elle ne vise pas les autres endroits, comme l'intérieur du véhicule que cette personne conduit, où les objets saisissables peuvent se trouver et sont susceptibles d'être perdus ou détruits si une fouille n'a pas lieu immédiatement. D'un point de vue plus théorique, il y a lieu de s'interroger afin de voir s'il est logique d'imposer l'arrestation comme condition préalable de la fouille visant certains objets saisissables seulement.

144. En vue d'apporter une solution à ces problèmes, nous avons pris en considération les différentes positions concernant la prévention de la perte ou de la destruction des choses saisissables qui ont été adoptées ailleurs par la jurisprudence, les commissions de réforme du droit et les auteurs. Bon nombre de ces autorités ont préconisé l'extension, à cet égard, des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie au-delà du cas de l'arrestation. Cependant, les autres exceptions à l'exigence du mandat qui ont été reconnues sont généralement limitées suivant une ou plusieurs variables. Bien que la nature exacte et les combinaisons possibles de ces variables soient différentes selon les autorités, il est possible d'identifier un facteur prépondérant: la nature de l'objet de la fouille ou de la perquisition.

B. Les différents objets des fouilles et des perquisitions

145. Aux fins du présent document, nous reconnaissons trois objets possibles des fouilles et des perquisitions: les personnes, les véhicules automobiles et les lieux privés, que ceux-ci soient occupés à des fins résidentielles ou non. Dans certains États, on reconnaît que le risque de perte ou de destruction des choses saisissables peut justifier que l'on porte atteinte, au moyen d'une fouille ou d'une perquisition sans mandat, à certains droits privés mais non à d'autres. Cette distinction résulte probablement de l'interaction de deux facteurs: la valeur relative attachée à différents droits, et le risque particulier de perte ou de destruction correspondant.

(1) *Les véhicules automobiles*

146. Dans les autres États régis par le common law, on semble reconnaître de façon générale que les fouilles de véhicules automobiles devraient échapper aux exigences du mécanisme du

mandat. Cela tient en partie au fait que même si les véhicules automobiles sont des «lieux privés», on leur attache moins de valeur qu'aux endroits où les citoyens vivent ou travaillent¹⁸⁰. En outre, le caractère «mobile» des véhicules fait justement qu'ils peuvent aisément être soustraits à la surveillance de l'agent de la paix dans le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat de perquisition. Pourtant, ces facteurs n'ont pas entraîné, en droit canadien, la prolifération de pouvoirs particuliers concernant la fouille sans mandat des véhicules automobiles. En fait, seules les dispositions de l'article 99 du *Code criminel* mentionnent expressément que les véhicules peuvent faire l'objet d'une perquisition sans mandat. La raison principale en est qu'en vertu des législations provinciales en matière d'alcool et de véhicules automobiles, les agents de la paix ont facilement accès aux véhicules¹⁸¹.

147. C'est sans doute aux États-Unis que l'on a le plus approfondi la question des perquisitions sans mandat dans les véhicules. Dans l'affaire *Chambers v. Maroney*, la Cour suprême des États-Unis a fait le commentaire suivant:

[TRADUCTION]

Les circonstances qui fournissent les motifs donnant lieu à une perquisition en vue de découvrir des biens déterminés sont généralement imprévisibles. En outre, la possibilité de fouiller le véhicule est souvent aléatoire puisque celui-ci peut être déplacé facilement. En pareil cas ... pour que le véhicule puisse être fouillé efficacement, la perquisition doit avoir lieu immédiatement et sans mandat, ou alors, la voiture doit être saisie et détenue sans mandat pendant le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat de perquisition¹⁸².

Inspiré de la jurisprudence traditionnelle américaine, le *Code de l'A.L.I.* contient la disposition suivante:

[TRADUCTION]

L'agent de la paix qui croit, pour des motifs raisonnables, qu'un véhicule en mouvement ou pouvant être déplacé, se trouvant sur une route publique, sur l'eau, dans un autre endroit public, ou encore dans un endroit privé où le véhicule a été introduit illégalement, peut être saisi ou contient des objets saisissables ... peut, sans pour cela détenir un mandat de perquisition, immobiliser, détenir et fouiller le véhicule, et peut saisir les objets saisissables découverts au cours de la perquisition¹⁸³.

La Commission royale sur la procédure pénale en Angleterre et au pays de Galles a également proposé une disposition concernant les fouilles effectuées sans mandat dans les véhicules automobiles, en vue d'y trouver des objets saisissables¹⁸⁴.

148. Si elle repose sur les mêmes considérations, la recommandation 10 du présent document n'établit pas d'exception à l'exigence du mandat, dans le cas des véhicules automobiles. Elle constitue plutôt une extension de la portée de la fouille concomitante de l'arrestation. En grande partie, notre position à ce sujet s'inspire de préoccupations liées à la fouille des personnes. Pour des raisons de politique, ces considérations (la nécessité de définir clairement les pouvoirs et la réticence à accroître indûment le pouvoir discrétionnaire de la police) nous incitent à limiter le plus possible la portée des pouvoirs de perquisition sans mandat aux cas d'arrestation¹⁸⁵. Pourtant, deux facteurs particuliers au contexte des fouilles de véhicules doivent être mentionnés.

149. En premier lieu, sauf dans le cas où le véhicule serait inoccupé ou ne serait soumis à aucune surveillance, force nous est de constater que la plupart des fouilles de véhicules comportent une arrestation de fait: la personne visée est retenue contre sa volonté tant que dure la perquisition. Il est vrai que dans l'affaire *Chromiak*¹⁸⁶, la Cour suprême du Canada a jugé que lorsqu'une personne se soumet à la directive d'un policier et immobilise son véhicule, elle peut être considérée comme ayant agi volontairement et, partant, comme n'étant pas en état d'arrestation à proprement parler. La décision rendue dans cette affaire, où il s'agissait d'une demande d'échantillon d'haleine, doit toutefois être examinée à la lumière des faits particuliers de l'espèce. Elle n'a pas eu pour effet d'établir que l'immobilisation d'un véhicule aux fins d'une enquête ne correspondait jamais à une arrestation. En réalité, il est fort peu probable qu'une personne dont le véhicule a été immobilisé et est soumis à une perquisition, soit autorisée, ou même se sente autorisée, à quitter les lieux avec ou sans son véhicule. Par conséquent, il est permis de penser que la décision rendue dans l'affaire *Chromiak* serait en fait rarement applicable aux cas de fouilles de véhicules automobiles. Et s'il est possible de considérer la détention, dans des cas semblables, comme l'accessoire de l'exercice du pouvoir de perquisition, les agents de la paix, pour leur part, décrivent souvent l'immobilisation d'un véhicule comme faisant partie d'une enquête relative à la perpétration d'une infraction par le conducteur ou l'occupant. Il semble donc plus réaliste de considérer l'arrestation comme le pouvoir principal en jeu (la maîtrise du suspect), et la perquisition comme le pouvoir accessoire (la fouille du véhicule du suspect).

150. En second lieu, l'établissement d'un pouvoir parallèle de fouille de véhicules en dehors du contexte de l'arrestation risque

d'entraîner une interprétation et une évolution incohérentes et confuses des deux sources de pouvoir. À cet égard, il convient d'examiner ce qui s'est produit aux États-Unis et qui a abouti aux décisions rendues simultanément en 1981, dans les affaires *Robbins*¹⁸⁷ et *Belton*¹⁸⁸. Dans le premier cas, la Cour suprême a déclaré illégale la saisie de marijuana dissimulée dans un sac opaque, lequel se trouvait dans le coffre de la voiture du suspect. Dans le second cas, le même tribunal a considéré comme valide la saisie de cocaïne cachée dans la poche d'une veste se trouvant à l'intérieur de la voiture occupée par le suspect. Bien que dans ni l'une ni l'autre de ces affaires l'on ait déterminé de façon claire quelle était l'importance de la source du pouvoir de perquisition, il est à remarquer que dans le premier cas, on a jugé qu'il s'agissait d'une perquisition sans mandat effectuée dans un véhicule et visée par l'exception relative aux véhicules automobiles, et que dans le second cas, il s'agissait d'une fouille concomitante de l'arrestation. Étant donné la similitude de faits de ces deux causes, il n'y a rien d'étonnant à ce que la Cour suprême se soit sentie obligée, dans l'année qui a suivi, de résoudre le doute qu'elle avait elle-même créé. C'est pourquoi elle a étendu la portée de l'exception relative aux véhicules automobiles dans l'affaire *Ross*¹⁸⁹. Même si nous ne souscrivons pas à la solution proposée dans cette affaire, il n'en reste pas moins que celle-ci illustre la nécessité de définir clairement le pouvoir de fouiller sans mandat les véhicules automobiles. Nous sommes d'avis que le pouvoir unique établi à la recommandation 10 suffit à réaliser cet objectif.

(2) *Les lieux privés*

151. C'est sans doute dans le domaine des fouilles des lieux privés, que ceux-ci soient occupés à des fins résidentielles ou non, que les arguments en faveur de l'établissement d'exceptions à l'exigence du mandat en vue de préserver les choses saisissables sont le moins convaincants. Contrairement aux personnes et aux véhicules, ces endroits sont immobiles. Bien que les éléments de preuve que l'on croit se trouver en un tel endroit puissent être enlevés ou détruits dans le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat, il est très improbable que l'endroit lui-même disparaisse. En outre, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, le droit du citoyen à l'inviolabilité de son espace privé est reconnu en droit depuis fort longtemps¹⁹⁰.

152. Outre les considérations théoriques dont il faut tenir compte, l'établissement d'un pouvoir général de fouiller sans mandat

les lieux privés pose un problème pratique. En effet, un tel pouvoir risque d'être utilisé très fréquemment, rendant ainsi illusoire l'exigence du mandat. En fait, en Australie, on semble avoir ouvert la voie à cette possibilité en adoptant le *Criminal Investigation Bill*, lequel permet de fouiller sans mandat un lieu privé afin de prévenir la perte ou la destruction d'éléments de preuve pertinents dans [TRADUCTION] «des circonstances d'une telle gravité et d'une telle urgence qu'elles exigent» une dérogation à l'exigence du mandat¹⁹¹. Or, la portée de l'exception définie par les mots précités est vague et pourrait être interprétée de façon très large. À ce sujet, il convient d'examiner la façon dont les dispositions de l'article 101 du *Code canadien* ont été appliquées. Bien que la portée du pouvoir de perquisition sans mandat conféré par cette disposition soit limitée au cas où il serait «impraticable» d'obtenir un mandat, en réalité, les perquisitions sans mandat effectuées en vertu de cette disposition sont devenues la règle¹⁹².

153. Certains tribunaux et auteurs américains ont tenté d'éviter ce danger en définissant le pouvoir de fouiller sans mandat les lieux privés en des termes restreignant son exercice aux situations véritablement urgentes. Ainsi dans l'affaire *Rubin*, en matière de stupéfiants, la Cour de Circuit a établi une liste de facteurs à prendre en considération:

- (1) L'urgence de la situation et le délai nécessaire à l'obtention d'un mandat.
- (2) Le fait de croire pour des motifs raisonnables que les biens de contrebande sont sur le point d'être enlevés.
- (3) Le danger auquel sont exposés les agents de police qui surveillent l'endroit où se trouvent les biens de contrebande, en attendant l'obtention du mandat.
- (4) L'information selon laquelle les possesseurs des biens de contrebande savent que la police est sur leurs traces.
- (5) La facilité avec laquelle les biens de contrebande peuvent être détruits, et le fait [TRADUCTION] «que les personnes qui se livrent au trafic de stupéfiants sont généralement disposées à faire tous les efforts pour se débarrasser des stupéfiants et s'échapper¹⁹³».

Bien que cet ensemble exhaustif de facteurs puisse être un outil précieux pour le tribunal appelé à statuer, *a posteriori*, sur la validité de la perquisition, sa complexité est telle qu'il n'a, à toutes fins utiles, aucun intérêt pour l'agent de la paix qui se voit dans l'obligation de décider, de but en blanc, s'il doit ou non procéder à une perquisition sans mandat.

154. Quant à la Commission royale britannique sur la procédure pénale¹⁹⁴ et l'“American Law Institute”¹⁹⁵, ils ont de façon uniforme refusé d'étendre l'application des perquisitions sans mandat dans les lieux privés (hormis le cas où la personne visée donne son consentement) en dehors du contexte de l'arrestation et, dans le premier cas, du danger pour la vie ou la sécurité. Pour les raisons qui précèdent, nous souscrivons à cette position.

(3) *Les fouilles de personnes*

155. Dans ce contexte, les fouilles de personnes posent les problèmes les plus difficiles. À l'instar des véhicules, les personnes peuvent généralement se déplacer facilement, d'où le même risque de perte ou de destruction des éléments de preuve si l'agent de la paix ne peut procéder immédiatement à la fouille de la personne soupçonnée d'avoir en sa possession des objets saisissables. Pourtant, l'importance prépondérante que notre droit a toujours attachée à l'inviolabilité de la personne nous force à distinguer ces deux cas. Si l'immobilisation et la fouille d'un véhicule, en l'absence de toute justification légale, peuvent constituer une atteinte aux biens d'une personne, il n'existe aucune commune mesure entre cet acte et les voies de fait, les coups et blessures, l'arrestation illégale et les autres formes d'atteintes que peut comporter une fouille personnelle injustifiée.

156. L'importance des droits individuels en jeu est reconnue par le droit américain, suivant lequel les fouilles personnelles sans mandat ne sont autorisées, en dehors du contexte de l'arrestation, que par mesure de protection lorsque l'on soupçonne la présence d'une arme dissimulée, et non pour empêcher la destruction d'autres objets. Cette position repose sur l'argument voulant que les risques d'abus sont trop grands par rapport aux avantages des fouilles sans mandat dans les autres cas¹⁹⁶. Par contre, la Commission royale britannique a recommandé l'établissement d'un pouvoir permettant de fouiller une personne se trouvant dans un endroit public et soupçonnée, pour des motifs raisonnables, de transporter des biens volés ou d'autres objets dont la possession est illégale:

[TRADUCTION]

Nous sommes d'avis que les personnes qui se trouvent dans la rue et qui ont commis une infraction contre les biens ou transportent des objets dont la possession constitue une infraction criminelle ne devraient pas être à l'abri de la possibilité d'être fouillées.... Cependant, les motifs de

la fouille doivent être fondés sur des soupçons raisonnables et l'exercice de ces pouvoirs doit être subordonné à des garanties rigoureuses¹⁹⁷.

157. La question de savoir si l'on doit autoriser les fouilles personnelles afin de découvrir des objets saisissables susceptibles d'être perdus ou détruits soulève, dans une large mesure, le problème de la nécessité de l'arrestation préalable. L'établissement d'un lien entre les fouilles personnelles non consensuelles et l'état d'arrestation préalable remonte aux origines du common law¹⁹⁸. On a toujours vu dans ce rapprochement une certaine mesure de protection pour les citoyens. En effet, comme la justification de l'arrestation légale est limitée par l'existence de « motifs raisonnables et probables », on a toujours considéré que l'arrestation préalable constituait une garantie efficace contre les fouilles abusives. On considère également que l'extension des pouvoirs de fouille personnelle en vertu de la loi contribue à corroder cette protection. C'est l'opinion émise par un groupe minoritaire du "British Advisory Committee on Drug Dependence":

{TRADUCTION]

Suivant l'opinion minoritaire, l'abolition du pouvoir de fouille en vertu de la loi aurait sans aucun doute pour effet de réduire considérablement le nombre de personnes soumises à des fouilles, puisque le pouvoir d'arrestation est beaucoup plus restrictif que le pouvoir de fouille prévu par la loi. On estime que l'adoption de la proposition réduirait de façon considérable les interventions vexatoires de la police dans la vie des honnêtes gens¹⁹⁹.

D'un certain point de vue, l'arrestation préalable est pour ainsi dire considérée comme un substitut du mandat afin de limiter le recours abusif aux fouilles personnelles. Bien que pour une grande part, notre position reflète ce point de vue, nous reconnaissons que celui-ci n'est pas à l'abri des critiques.

158. Le fait d'exiger que l'agent de la paix procède à l'arrestation de la personne afin d'être légalement habilité à fouiller celle-ci peut avoir comme double conséquence d'encourager l'agent à procéder à des arrestations lorsque cela n'est pas nécessaire, aussi bien que de le dissuader d'effectuer des fouilles justifiées. Les données pratiques dont nous disposons sont ambiguës à ce sujet. Des études d'observateurs participants ont révélé que les fouilles personnelles concomitantes de l'arrestation font souvent suite à la décision de prendre des mesures formelles à l'encontre du suspect. Cependant, les difficultés qu'ont éprouvées les observateurs à distinguer entre les arrestations et les autres types de rapports entre la police et les citoyens rendent problématiques les conclusions de ces études²⁰⁰. On peut également

trouver certains renseignements dans les questionnaires qui ont été remplis dans le cadre de l'enquête de la Commission sur le mandat. Parmi les fouilles personnelles effectuées au cours de l'exécution d'un mandat, le pourcentage de fouilles concomitantes de l'arrestation était beaucoup plus élevé dans le cas de mandats délivrés en vertu du *Code criminel*, que dans le cas de mandats délivrés en vertu de la *Loi sur les stupéfiants* ou de la *Loi des aliments et drogues* (17,4 pour cent contre 11,2 pour cent)²⁰¹. Les résultats de cette étude montrent que cet écart ne peut être attribuable à l'existence de plus de justifications pour l'arrestation dans le cas des mandats délivrés en vertu du *Code criminel*. En revanche, il est possible que les agents de police aient plus fréquemment invoqué l'arrestation comme motif de la fouille dans ce dernier cas parce qu'ils n'avaient pas le pouvoir de fouiller les personnes en vertu du mandat, contrairement au cas des mandats en matière de stupéfiants et de drogues.

159. On peut prétendre que dans chacun de ces cas, l'arrestation était un argument invoqué *a posteriori* pour justifier la fouille. De fait, il est difficile, en pratique, de distinguer l'arrestation suivie d'une fouille de la simple fouille²⁰². Cela semble donner plus de poids à l'argument suivant lequel l'exigence de l'arrestation préalable a peu d'effets pratiques pour le policier qui décide de fouiller une personne. En effet, lorsque le policier affirme avoir arrêté la personne avant de la fouiller, il est difficile de prouver le contraire. Suivant le critère établi dans l'affaire *Whitfield*, laquelle fait autorité au Canada, l'agent n'aurait qu'à prouver qu'il a touché la personne en vue de la détenir²⁰³.

160. Par ailleurs, selon le droit actuel, il est très difficile de savoir si la fouille accessoire peut être légale lorsque l'arrestation ne l'est pas. Traitant des pouvoirs de fouille et de perquisition en Angleterre et au pays de Galles, Leigh cite la règle applicable en Nouvelle-Zélande: [TRADUCTION] «le droit de procéder à une fouille personnelle dépend non pas de la *légalité* de l'arrestation, mais bien du *fait* de l'arrestation²⁰⁴». Pourtant, suivant la vieille cause britannique *Dillon v. O'Brien*, le pouvoir de fouille était clairement subordonné à [TRADUCTION] «l'arrestation légale²⁰⁵». On pourrait trancher cette contradiction par l'adoption d'un texte législatif reprenant cette dernière position, ce qui ferait de l'observation des règles concernant l'arrestation une condition préalable et nécessaire à la fouille. On peut toutefois se demander quel serait l'effet réel de telles règles pour la protection des citoyens à l'encontre des fouilles abusives, surtout lorsqu'il s'agit d'un acte criminel. En effet, comme la possession de nombreux biens que l'agent de la paix peut vouloir trouver au moyen d'une fouille personnelle constitue une infraction punissable par voie de mise en

accusation²⁰⁶, il va sans dire que dans bon nombre de cas où l'agent aurait des motifs raisonnables de fouiller la personne afin de trouver des objets saisissables, il aurait également des motifs raisonnables et probables de l'arrêter pour avoir commis l'infraction en question, et de la fouiller accessoirement. Les seuls cas où l'on ne retrouverait pas cette adéquation entre les motifs de l'arrestation et les motifs de la fouille seraient ceux où l'infraction reprochée serait punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, auquel cas la personne ne pourrait être arrêtée que si elle était trouvée en flagrant délit²⁰⁷.

161. Ainsi, il est possible que l'exigence de l'arrestation préalable ait peu d'intérêt pratique dans l'exercice du pouvoir de fouille, du moins en matière d'actes criminels. Interrogés par les chercheurs de la Commission, les agents de police de diverses forces canadiennes ont révélé que dans le cas où la fouille visait des stupéfiants ou des drogues (où la loi prévoit expressément le pouvoir de fouiller les personnes), aussi bien que dans le cas de biens volés (où la fouille personnelle n'est autorisée que dans la mesure où elle est concomitante de l'arrestation), le critère appliqué était celui des « motifs raisonnables et probables », que l'on appliquait en pratique de façon instinctive plus que rationnelle. Pourtant, l'usage fréquent que font les représentants des forces policières du critère des « motifs raisonnables et probables », critère qui en principe relève de l'arrestation et non des fouilles, des perquisitions et des saisies, semble montrer que l'on associe ces deux pouvoirs en pratique, et que cette association peut avoir un effet restrictif. Si l'on envisage cette possibilité à la lumière des données recueillies au moyen des études d'observations participantes, suivant lesquelles la fouille fait généralement suite à la décision de prendre des mesures concrètes contre un suspect²⁰⁸, il semble que l'on aurait tort de considérer l'exigence de l'arrestation préalable comme sans intérêt, en tant que moyen d'assurer que le pouvoir de fouille personnelle n'est exercé que dans les cas qui le justifient.

162. Si notre position peut sembler trop retenue, c'est que nous estimons que dans ce domaine, la prudence est de rigueur. Bien que l'existence d'un fondement théorique pour le pouvoir discrétionnaire de fouiller les personnes soit indiscutable, et bien qu'en Grande-Bretagne et en Australie on ait récemment eu tendance à reconnaître ce pouvoir, il importe de bien connaître les risques que comporte l'établissement d'un tel pouvoir. En Angleterre, le rapport Scarman, publié récemment, a décrit les façons de procéder des agents de la paix lors des fouilles visant à retrouver des biens volés. Même si l'exercice de ce pouvoir était limité au cas où il existait des soupçons raisonnables concernant la personne fouillée, on a constaté que ce pouvoir

était souvent exercé de façon intempestive²⁰⁹. Bien que l'on n'ait pas pu constater l'existence de telles activités au Canada, certaines commissions gouvernementales²¹⁰ et certain auteurs²¹¹ ont pu observer quelques incidents et programmes de fouilles personnelles au hasard en matière de stupéfiants. Bien que les buts de la police soient tout à fait louables lorsqu'elle met en œuvre de tels programmes, il n'en reste pas moins que le fait de conférer aux agents de la paix des pouvoirs suffisamment larges pour agir ainsi entre en contradiction avec le caractère spécifique et réactif que l'on a toujours donné à l'application du droit pénal canadien.

163. En outre, indépendamment de l'effet que cela peut avoir sur les méthodes de la police, il existe une bonne raison de mettre en état d'arrestation la personne détenue pendant la durée d'une fouille et d'une saisie. En effet, cela a deux conséquences intéressantes. En premier lieu, le fait d'aviser la personne qu'elle est en état d'arrestation lui fait comprendre qu'il serait illégal pour elle de résister à l'agent de la paix ou de tenter de s'échapper. Or, cette question est particulièrement importante eu égard à certaines décisions canadiennes récentes qui laissent entendre que le suspect, sur lequel ne s'exerce aucune forme de contrainte reconnue par la loi, pourrait être passible de poursuites criminelles relativement à une telle tentative²¹². En second lieu, l'état d'arrestation peut faire entrer en jeu certaines dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, hypothèse sur laquelle nous reviendrons plus loin²¹³.

C. Conclusion

164. À toutes fins utiles, la recommandation 10 présente un caractère provisoire et ce, pour plusieurs raisons. En effet, comme l'élaboration des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie concomitantes de l'arrestation dépend de la portée et de la définition des pouvoirs d'arrestation eux-mêmes, nous sommes conscients des effets que pourrait avoir sur cette question le document de travail que la Commission publiera bientôt sur l'arrestation. D'un point de vue plus théorique, nous reconnaissons que toute proposition sur ce sujet met en cause des questions importantes et délicates concernant les méthodes de la police et la vie privée des citoyens. Au cours de discussions au sein de la Commission, nous avons envisagé un certain nombre de solutions possibles, y compris l'établissement d'un pouvoir

discrétionnaire d'effectuer des fouilles, des perquisitions et des saisies sans mandat, lequel serait analogue au pouvoir décrit dans la recommandation 9, mais porterait sur le risque de perte ou de destruction des choses saisissables. Un tel pouvoir pourrait être conçu de façon plus restrictive que celui que contient la recommandation 9. Par exemple, il pourrait viser les personnes et les véhicules seulement, et non les lieux privés, ou encore, il pourrait n'être applicable que lorsque l'objet recherché est lié à la perpétration d'un acte criminel. Même si à ce stade, nous nous sommes abstenus de recommander l'instauration d'un tel pouvoir, nous recevrons avec gratitude tout commentaire ou critique concernant le bien-fondé de notre position actuelle.

CHAPITRE SEPT

Les règles de procédure

165. Dans le présent chapitre, nous présenterons un ensemble de règles régissant les fouilles, les perquisitions et les saisies selon le plan suivant. Pour commencer, nous aborderons les divers problèmes relatifs à la délivrance et à l'exécution des mandats. Ensuite, nous examinerons les problèmes liés à l'exécution des fouilles, des perquisitions et des saisies en général. Enfin, nous traiterons de deux types de problèmes particuliers: les fouilles de personnes et l'accès à l'information relative aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies.

I. La délivrance des mandats

A. La nature du mécanisme

RECOMMANDATIONS

11. Le juge de paix devrait être habilité à délivrer un mandat autorisant la fouille d'une personne, d'un lieu ou d'un véhicule s'il existe des motifs raisonnables de croire que cette personne porte ou dissimule sur elle une chose saisissable, ou qu'une telle chose se trouve ou est dissimulée dans ce lieu ou ce véhicule.

12. Sauf dans le cas du télémandat prévu à la recommandation 19, toute demande de mandat de perquisition devrait être présentée sous la forme d'une dénonciation écrite sous serment. La personne chargée de

délivrer le mandat devrait être habilitée à interroger le requérant afin d'obtenir des renseignements supplémentaires sur la demande. Si la décision est fondée sur ces renseignements supplémentaires, ceux-ci devraient être consignés et certifiés dans la dénonciation.

166. Ces recommandations constituent une formulation, en termes généraux, du processus de délivrance du mandat. De nombreux aspects de ce processus exigent une attention particulière et seront examinés en détail dans les recommandations qui suivent. Mais il convient de jeter d'abord un coup d'œil rapide sur la structure générale du mécanisme de délivrance des mandats de perquisition que nous proposons.

167. À l'heure actuelle, la délivrance du mandat de perquisition est une procédure presque exclusivement documentaire. Si les documents accompagnant la demande sont complets et réguliers, le juge de paix n'a pas à se livrer à des fonctions de nature judiciaire comme à interroger le requérant ou à vérifier la fiabilité des sources de celui-ci. Inversement, si le contenu du document comporte des lacunes, celui qui présente la demande ne peut y remédier en fournissant verbalement les détails nécessaires. Ainsi que l'a écrit le juge d'appel Roach dans l'affaire *Re Worrall*, [TRADUCTION] «de simples conversations entre le dénonciateur et le juge de paix ne peuvent servir de fondement à la délivrance du mandat de perquisition. Si quelque chose manque à la dénonciation faite sous serment, il ne peut être remédié à cette lacune par une conversation entre eux²¹⁴».

168. Le fait d'insister sur l'aspect documentaire de la procédure présente plusieurs avantages. Il incite le policier à préparer soigneusement sa demande et à ne pas s'en remettre uniquement à l'initiative du juge de paix pour identifier les faits essentiels. En outre, du moins dans les États où l'on exige que la dénonciation écrite énonce les motifs raisonnables invoqués, la demande documentaire constitue un dossier de base, facilement accessible, concernant la demande soumise au juge de paix. Ainsi, quiconque désire contester la légalité de la délivrance du mandat n'a pas à attendre la transcription de l'audition de la demande. Il lui suffit de vérifier si la dénonciation est conforme aux exigences légales de fond, de forme et de preuve.

169. En revanche, un excès de rigueur dans l'aspect documentaire de la procédure pourrait être néfaste s'il avait pour effet de confiner le juge de paix dans un rôle de gratte-papier. Dans l'affaire *Re Den Hoy Gin*, la Cour d'appel de l'Ontario s'est montrée disposée à passer outre aux apparences en annulant un mandat de perquisition basé sur une fausse dénonciation²¹⁵. Cependant, le droit canadien

actuel ne va pas jusqu'à obliger la personne chargée de la délivrance à faire elle-même enquête. Aux États-Unis par contre, il ne suffit pas, pour que le mandat puisse être délivré, que le requérant atteste la fiabilité de sa source. Du reste, la règle 41(c) des "American Federal Rules" permet au juge de paix [TRADUCTION] «d'interroger sous serment l'auteur de la dénonciation, ainsi que les témoins qu'il désire faire entendre²¹⁶».

170. Si l'insouciance de la personne qui délivre le mandat peut empêcher la découverte d'allégations non fondées, elle peut aussi avoir des conséquences fâcheuses pour les policiers. Par exemple, si le juge de paix omet de demander des précisions sur des «motifs raisonnables» un peu trop laconiques ou mal circonstanciés, il expose le policier à voir son acte annulé par le tribunal, en cas de contestation. Il peut arriver que l'agent s'abstienne de formuler par écrit certains motifs additionnels, soit à cause d'une réticence à apporter des précisions, soit parce qu'il croit qu'un minimum de détails suffit. Il serait alors tout à fait normal pour la personne qui délivre le mandat de chercher à approfondir la question. Ainsi, dans l'affaire *Campbell v. Clough*, le requérant n'avait pas donné de précisions sur ses motifs. Le juge de paix était tout de même parvenu, en questionnant celui-ci, à connaître les circonstances de l'enquête, qu'il avait ensuite décrites dans la dénonciation. [TRADUCTION] «À cet égard, déclara le juge McQuaid, je suis d'avis que la juge de paix a non seulement agi de façon prudente, mais aussi de façon <judiciaire>, comme il est de son devoir de le faire²¹⁷». Bien que certains juges et juges de paix aient signalé aux recherchistes de la Commission qu'ils avaient adopté cette façon de procéder, les documents recueillis au cours de l'enquête de la Commission sur le mandat montrent que cette pratique est peu répandue. Par exemple, si les mandats de perquisition délivrés dans le district de Montréal s'avèrent fructueux dans une proportion de 52,3 pour cent, on peut penser que les policiers ont souvent de bons motifs de croire que l'objet se trouve bien à l'endroit décrit dans la demande²¹⁸. Pourtant, on pourrait difficilement en arriver à la même conclusion si l'on se fiait seulement au libellé des dénonciations écrites examinées au cours de l'enquête.

171. On pourrait prétendre qu'en prenant un rôle aussi actif, la personne qui délivre le mandat compromet sa neutralité. En effet, pourquoi ne pas laisser le policier assumer les conséquences de son incurie? En réalité, ce serait là confondre la partialité et le désir de voir la justice se faire jour. Bien sûr, les questions du juge de paix ne doivent pas servir à racheter l'inertie des policiers. Au contraire, elles

doivent avoir pour but de vérifier le bien-fondé des allégations et de découvrir les détails passés sous silence. Ces questions peuvent jouer dans les deux sens: si le juge de paix obtient les renseignements voulus, il peut délivrer le mandat; dans le cas contraire, il peut rejeter la demande.

172. Il va sans dire que l'étude des modes d'autorisation est intimement liée à celle des mécanismes d'application et de révision. La contestation des fouilles, des perquisitions et des saisies porte généralement sur la légalité du processus de délivrance, lequel repose sur les documents produits à l'appui de la demande. Nous sommes d'avis que la possibilité de contester la légalité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie est un droit essentiel. Par conséquent, en vue de faciliter le processus de révision, l'aspect documentaire du mécanisme du mandat doit être maintenu.

173. On ne doit pas cependant aller jusqu'à interdire à celui qui doit délivrer le mandat de poser des questions afin de mettre en lumière le fondement véritable de la demande. Dès lors que tous les détails supplémentaires ressortant des réponses de l'agent, et sur lesquels repose la délivrance du mandat, ont été consignés et certifiés dans la demande, la personne visée par la fouille ne subit aucun préjudice véritable du fait de l'enquête du juge de paix. Bien au contraire, cela renforce le caractère «judiciaire» du mandat qui offre alors une meilleure protection contre les atteintes injustifiées.

B. Les documents

RECOMMANDATION

13. Des formules types devraient être établies afin de supprimer les problèmes découlant à l'heure actuelle de l'improvisation dans la rédaction. Contrairement à la formule 1 actuelle, ces formules devraient aider l'agent à formuler tous les détails exigés par la loi. Elles devraient être rédigées dans une langue compréhensible et le jargon juridique devrait être évité. Les principes directeurs utilisés par la police devraient mettre en évidence le soin qu'il y a lieu d'apporter à la rédaction de la dénonciation et du mandat, plutôt qu'à celle des documents de nature purement administrative.

174. Malgré l'importance que l'on attache actuellement à l'aspect documentaire de la procédure, il est paradoxal de constater

que la législation apporte très peu d'éclaircissements en ce qui a trait aux documents qui doivent être utilisés par la police. Les seuls modèles existants sont ceux que l'on trouve dans le *Code*, relativement à la dénonciation et au mandat prévus à l'article 443. En outre, la présentation de la dénonciation type implique contradiction. En effet, alors que les dispositions de l'article 443 rendent obligatoire le recours à la formule 1, celle-ci est loin d'être conforme à tous les critères de fond et de preuve que contiennent ces dispositions. Dans l'affaire *Régina v. Colvin, Ex parte Merrick*, le juge Osler a fait le commentaire suivant:

[TRADUCTION]

Il convient de noter que l'utilisation de la formule 1 semble obligatoire, bien que cette formule, si on l'examine, laisse beaucoup à désirer [A]ux termes de l'article ... le juge de paix doit être convaincu que dans un lieu donné se trouve une chose «... qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu'elle fournira un élément de preuve touchant la perpétration d'une infraction ...». Or, la formule proposée n'est que de peu de secours à cet égard. Ainsi, la personne qui remplit la formule doit compléter une phrase qui commence par les mots: «Le dénonciateur déclare que», à la suite desquels il doit censément déclarer qu'il existe des motifs raisonnables de croire que certains objets fourniront la preuve d'un crime quelconque²¹⁹.

175. Comme nous l'avons déjà mentionné, plusieurs tentatives ont été faites²²⁰ en vue de rendre la formule 1 conforme aux dispositions de l'article 443. En outre, comme la loi ne fournit aucun modèle pour les autres usages du mandat, les fonctionnaires locaux se sont vus dans l'obligation d'inventer les formules nécessaires, souvent en apportant des modifications à celle de l'article 443. Dans les deux cas, le produit de ces initiatives locales varie énormément, ce qui a eu de nombreuses conséquences.

176. En premier lieu, ce manque d'uniformité a eu une incidence sur le respect des conditions de forme. Ainsi, on en est venu à confondre les exigences des dispositions de l'article 443 et celles de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues*. Par exemple, l'étude que nous avons menée en 1978 sur le mandat a révélé qu'à Edmonton, à Winnipeg et à Montréal, les mandats délivrés en matière de stupéfiants et de drogues n'énonçaient pas le nom de l'agent qui devait exécuter le mandat. En revanche, on avait souvent recours à une directive générale adressée aux agents de la paix de la circonscription territoriale, ce qu'autorisent les dispositions de l'article 443, mais non celles de la *Loi sur les stupéfiants* ni celles de la *Loi des aliments et drogues*. Quoique mineure en soi, cette irrégularité traduit un manque

d'attention manifeste, dans la mesure où elle constitue une contravention aux critères reconnus²²¹.

177. En second lieu, la forme matérielle du document peut influencer sur la présentation des détails concernant le fond et la preuve. En effet, même si les exigences légales sont suivies à la lettre, l'espace réservé aux divers éléments de la formule et la présentation matérielle de celle-ci peuvent empêcher la mention de détails importants. À Montréal, par exemple, 33 des 35 ensembles de documents relatifs à l'article 443 étaient acceptables sur le plan de la forme. Pourtant, le type de formule utilisé par le Greffe de la paix et de la Couronne permet de comprendre pourquoi seulement 4 des 35 ensembles de documents étaient acceptables à d'autres égards: l'espace réservé à l'énumération des motifs raisonnables était nettement insuffisant. Par suite de cette enquête, on a tenté de remédier à la situation en ajoutant à la dénonciation une annexe visée par le serment de la personne. À Vancouver, en revanche, la formule était beaucoup plus dégagée, de façon à permettre l'addition de détails lorsque cela était nécessaire. Il n'est donc pas surprenant que le Comité des juges ait été en mesure de juger «raisonnables» les motifs énoncés dans 28 des 35 mandats délivrés à Vancouver en vertu des dispositions de l'article 443.

178. Les commentaires qui précèdent nous amènent à recommander l'adoption de deux mesures relativement simples. Tout d'abord, il convient de fournir, et même de rendre obligatoires, des formules types concernant tous les usages du mandat. Cela permettrait d'éviter les problèmes liés à l'improvisation incohérente dont les effets se font notamment sentir dans l'application pratique des mécanismes à caractère particulier. Si tant est que des régimes distincts doivent être conservés en vue de régler certaines situations particulières, ce qui est fort discutable, il y aurait lieu de réduire au minimum les disparités ainsi créées, grâce à l'instauration de documents spécifiques conçus en fonction de ces régimes. Par ailleurs, ces formules devraient être rédigées de façon à aider l'agent à donner tous les détails exigés par la loi. Nous verrons dans les paragraphes qui suivent les détails dont la mention devrait être exigée. Quoi qu'il en soit, même si les dispositions législatives actuelles devaient demeurer intactes, il resterait tout de même souhaitable de modifier la formule 1 du *Code criminel*.

179. Il ne suffit pas cependant de rendre ces documents conformes à la loi. Même lorsque les formules de dénonciation et de mandat sont établies de façon appropriée, il arrive souvent qu'elles soient rédigées dans une langue rébarbative et incompréhensible pour

le commun des mortels. Le mandat a pour but, entre autres, d'informer la personne visée par la perquisition du fondement de celle-ci²²². Pourtant, les motifs qui sont à la base de la perquisition peuvent être masqués par le jargon ésotérique utilisé dans les formules prévues par le *Code criminel*: par exemple, les «attendu que», «ci-après», les adjectifs «ledit, lesdites», etc. On a tenté de justifier l'emploi de ce langage hermétique par le caractère [TRADUCTION] «extrêmement spécialisé» des questions en cause et des rapports entre ces questions²²³. Il ne fait aucun doute que les documents relatifs au mandat de perquisition doivent souvent comporter des détails très précis et complexes. Il reste cependant possible de rédiger des formules qui fassent état de ces détails d'une manière relativement compréhensible.

180. Enfin, reste la question de l'effet des exigences documentaires sur l'efficacité de la police. Les agents d'un certain nombre de forces de police canadiennes se sont plaints aux recherchistes de la Commission du fait qu'ils étaient submergés par la paperasserie. À Winnipeg, par exemple, les agents estimaient qu'il leur fallait compter une heure pour préparer les documents relatifs à chaque demande faite en vertu des dispositions de l'article 443. Il va sans dire que ce délai peut varier suivant les circonstances entourant chaque demande. Ainsi, dans le cas d'un crime économique complexe, la préparation de la dénonciation peut demander plusieurs jours. En revanche, vingt minutes peuvent suffire dans le cas de documents sommaires relatifs à une infraction concernant des biens volés. Certains des griefs des policiers visaient la nécessité de faire deux fois, dans la demande, puis dans la formule de mandat, la description des infractions, des objets et des lieux. Pourtant, la méthode utilisée au Greffe de la paix et de la Couronne de Montréal montre qu'il est possible de remédier à cet inconvénient au moyen de carbones et de formules appropriées. Quoi qu'il en soit, si l'efficacité est un objectif louable, elle ne doit pas être réalisée au détriment du caractère «judiciaire» de la délivrance du mandat, ni du caractère «spécifique» de la description des objets, des infractions et des lieux.

181. La pratique actuelle à Montréal montre également comment les formalités administratives de la police, bien plus que les exigences de la loi, peuvent multiplier la paperasserie liée aux fonctions de la police. Outre les documents nécessaires à l'obtention du mandat, l'agent de la paix de la C.U.M. doit en effet remplir, à des fins administratives, d'autres formules où il doit décrire les circonstances de la perquisition projetée. Non seulement celles-ci font double emploi, mais de plus, elles ont pour effet pratique de

réduire l'importance attachée aux documents exigés par la loi. Nous croyons que la nécessité de bien remplir les formules nécessaires à l'obtention du mandat devrait avoir priorité sur les formalités de nature administrative.

C. Le pouvoir discrétionnaire du juge de paix
et le refus de délivrer le mandat

RECOMMANDATION

14. L'agent de la paix qui présente une demande de mandat devrait être tenu de divulguer dans la dénonciation toute demande antérieure visant l'obtention d'un mandat identique (par exemple: un mandat autorisant la fouille de la même personne, du même endroit ou du même véhicule, afin de découvrir des objets saisissables liés au même acte ou à un acte connexe).

182. Aux termes du paragraphe 443(1) du *Code criminel*, le juge de paix «peut» délivrer un mandat si la dénonciation énonce les «motifs raisonnables» requis. Comme le souligne Fontana, ce texte lui confère donc le pouvoir discrétionnaire de refuser de délivrer le mandat même si la dénonciation répond aux exigences de la loi:

[TRADUCTION]

L'emploi du mot «peut» confère implicitement un caractère discrétionnaire à ce pouvoir. Le juge de paix saisi d'une dénonciation faite sous serment de la manière prescrite peut refuser de délivrer le mandat de perquisition et ce, même s'il est «convaincu» au sens de cette disposition. Il revient alors à celui qui a présenté la demande de s'y prendre autrement²²⁴.

Les dispositions des articles 101, 181, 182 et 353 du *Code*, de même que les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues* confèrent également un pouvoir discrétionnaire semblable. En revanche, les dispositions des articles 160 et 281.3 ne semblent donner au juge aucun pouvoir discrétionnaire. Aux termes de ces dispositions, le juge de paix «doit» délivrer un mandat lorsqu'il est convaincu de l'existence des motifs prévus.

183. Nous sommes d'avis qu'en règle générale, la délivrance du mandat doit conserver son caractère discrétionnaire. En effet, ce caractère est conforme au rôle «judiciaire» qu'il convient, selon nous, d'attribuer à la personne chargée de la délivrance du mandat. Il

permet également la prise en considération des divers facteurs qui entrent en jeu lors de la délivrance. Parmi ces facteurs se trouve l'identité de la personne visée par la perquisition. Par exemple, le fait que la perquisition ait lieu dans les locaux d'un journal qui ne semble pas avoir participé à l'infraction n'empêche pas qu'il puisse exister des motifs raisonnables de croire que les objets saisissables se trouvent dans ces locaux. Cependant, comme on l'a laissé entendre dans l'affaire *Pacific Press*, cela peut être un facteur déterminant lorsqu'il s'agit de décider s'il est opportun de délivrer un mandat²²⁵. Le caractère discrétionnaire du pouvoir peut également être important lorsqu'il existe un doute sur la véracité des allégations contenues dans la dénonciation. L'existence de ce doute n'enlève pas aux motifs invoqués leur caractère «raisonnable», mais elle devrait permettre au juge de paix de rejeter la demande.

184. Le maintien du caractère discrétionnaire de ce pouvoir suppose que les personnes chargées de la délivrance des mandats sont en mesure de tenir une audition efficace sur la demande. Or, à la lumière des résultats de notre enquête sur le mandat, il est permis de se demander si une telle confiance est justifiée. Des études d'observateurs participants portant sur le travail de détective montrent non seulement que les juges de paix qui refusent de coopérer avec la police sont soumis à des pressions considérables, mais que de plus, les personnes chargées de la délivrance des mandats qui agissent de façon véritablement «judiciaire» sont l'exception plutôt que la règle²²⁶. Il n'en reste pas moins que le caractère judiciaire du processus de délivrance du mandat n'a rien de facultatif. Bien au contraire, il en constitue plutôt un objectif fondamental. Et si l'on doit d'emblée considérer cet objectif comme irréalisable, il y aurait lieu de remettre en question la valeur, non seulement du pouvoir discrétionnaire du juge, mais aussi des fondements mêmes du mécanisme.

185. Un aspect de la pratique actuelle semble contribuer à miner le caractère «judiciaire» du mécanisme: la recherche du magistrat le plus favorable à la délivrance du mandat. En effet, lorsque la délivrance d'un mandat est refusée, l'agent peut réitérer sa demande par la suite devant le même juge de paix ou devant un autre²²⁷. On peut soutenir que le fait de tolérer une telle situation rend illusoire l'exercice du pouvoir discrétionnaire. En revanche, nous ne croyons pas que le «danger d'être condamné deux fois», qui justifie l'application de la doctrine de la chose jugée dans les étapes subséquentes de la procédure, soit applicable au stade des fouilles, des perquisitions et des saisies. Les circonstances peuvent évoluer

après la première demande de mandat; on peut disposer de preuves plus convaincantes. De plus, si le rejet d'une demande initiale devait empêcher toute demande ultérieure au cours de l'enquête, les juges de paix pourraient avoir des scrupules à rejeter une demande apparemment mal fondée.

186. C'est pourquoi nous proposons une solution plus équilibrée, qui donne son plein effet au refus de délivrer un mandat tout en n'entravant pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Cette solution s'inspire des dispositions de l'alinéa 178.12(1)e.1) du *Code criminel*, lesquelles exigent que les renseignements suivants figurent dans une déclaration faite sous serment et jointe à la demande visant à obtenir l'autorisation d'intercepter des communications électroniques:

Le nombre de cas, s'il y a lieu, où une demande a été faite en vertu du présent article au sujet de l'infraction ou de la personne nommée dans la déclaration assermentée ... et où la demande a été retirée ou aucune autorisation n'a été accordée, la date de chacune de ces demandes et le nom du juge auquel chacune a été présentée;...

Nous recommandons que des exigences semblables soient établies dans le cas des demandes de mandats de perquisition.

D. Le critère applicable

RECOMMANDATIONS

15. L'agent de la paix qui demande la délivrance d'un mandat ne devrait pas être tenu de divulguer des faits pouvant révéler l'identité de sources confidentielles. Cependant, ce principe ne devrait pas avoir pour conséquence de permettre la délivrance d'un mandat fondé sur une demande qui ne satisfait pas au critère général des «motifs raisonnables».

16. L'article 178.2 du *Code criminel* devrait être modifié de façon à énoncer qu'il n'est pas interdit aux agents de la paix de révéler, lors d'une demande de mandat de perquisition, des faits dont ils ont eu connaissance grâce à l'écoute téléphonique.

(1) *Les motifs raisonnables*

187. Le critère traditionnel impose à la personne qui demande la délivrance d'un mandat de démontrer, après avoir prêté serment, l'existence de motifs raisonnables de croire qu'un objet donné, lié de la façon prescrite à la perpétration d'une infraction, est susceptible de se trouver dans un endroit donné. Ce critère reflète les caractères «judiciaire» et «spécifique» du mandat, caractères qui, comme le montre l'expérience, brillent souvent par leur absence dans la pratique. Bien que ce critère comporte en soi un certain degré d'imprécision, les problèmes semblent beaucoup plus liés à son application pratique.

188. On peut facilement scinder le critère en deux composantes: d'une part, la spécificité des objets, de l'infraction et des lieux, et d'autre part, les motifs raisonnables qui correspondent au caractère «judiciaire». Le critère de spécificité n'a pas toujours été appliqué de façon cohérente. Le degré exact de précision requis a même fait l'objet de controverses. Toutefois, de façon générale, ce critère ne pose plus de problème²²⁸. Les descriptions que contient la demande doivent être suffisamment circonstanciées pour permettre à la personne chargée de la délivrance du mandat de rendre une décision judiciaire. Puis, lorsqu'elles sont reportées sur le mandat, ces descriptions doivent guider l'agent qui exécute la perquisition et informer la personne visée de l'étendue de l'atteinte qui peut être portée à ses droits²²⁹. Même s'il existe toujours une certaine confusion en jurisprudence, les normes actuelles sont relativement bien établies²³⁰. Ce sont plutôt les «motifs raisonnables» qui posent des difficultés.

189. Qu'entend-on par «motifs raisonnables»? Bon nombre de tribunaux ont tenté de répondre à cette question, souvent par comparaison avec d'autres critères légaux. Ainsi, depuis la décision rendue dans l'affaire *Re Newfoundland and Labrador Corp. Ltd.*, il est clair que le critère des «motifs raisonnables» impose un fardeau moins lourd que celui de «prouver hors de tout doute raisonnable²³¹». Mais cette distinction sémantique constitue une piètre réponse. Sans doute vaudrait-il mieux considérer ce critère comme un guide. Dans la mesure où le «caractère raisonnable» témoigne du souci d'objectivité et de réflexion inhérent au «caractère judiciaire», il évoque de façon suffisamment claire les obligations de la personne chargée de la délivrance du mandat.

190. Le critère des «motifs raisonnables» a manifestement été appliqué de façon incohérente, tant par les personnes chargées de la

délivrance des mandats que par les tribunaux chargés de la révision. Par exemple, dans la décision qu'elle a rendue récemment dans l'affaire *Abou-Assale*, la Cour supérieure du Québec a jugé que les mots [TRADUCTION] «enquête effectuée par la Gendarmerie royale du Canada» satisfaisaient au critère²³². Pourtant, quinze ans auparavant, le même tribunal avait jugé insuffisant, dans l'affaire *Regency Realties Inc. v. Loranger*, un motif formulé ainsi: «informations d'une personne digne de foi», dans la mesure où ce motif ne contenait «aucune information sérieuse²³³». Au regard de telles volte-face, il n'est pas étonnant que dans la circonscription territoriale de Montréal, les juges de paix aient adopté un critère assez souple²³⁴. Par ailleurs, il n'est pas facile de réconcilier ces décisions à partir des «circonstances de l'espèce», celles-ci étant souvent identiques à toutes fins utiles. Dans une certaine mesure, de telles contradictions sont inévitables puisqu'elles reflètent les différentes préoccupations des juges et des tribunaux. Quoi qu'il en soit, la détermination des motifs raisonnables pose des problèmes fondamentaux qui exigent l'établissement de principes de base. Parmi ces problèmes se trouvent, d'une part, le recours aux renseignements provenant de sources confidentielles, et d'autre part, l'utilisation d'informations obtenues grâce à l'écoute téléphonique.

(2) *Les sources confidentielles*

191. Le droit positif canadien au sujet des sources confidentielles a été formulé dans l'affaire *Lubell*, dans laquelle le juge Zuber a ratifié un mandat fondé sur des [TRADUCTION] «renseignements obtenus d'une source fiable»:

[TRADUCTION]

Il est bien connu en droit que la Couronne jouit d'un privilège relativement à la divulgation du nom des dénonciateurs. C'est évidemment pour cette raison que l'on se réfugie derrière un tel langage²³⁵.

Cette position peut sembler avoir pour effet de sacrifier l'obligation de découvrir la vérité, laquelle est intrinsèquement liée au caractère judiciaire du mandat, à l'intérêt pour la police de cacher certains faits. Pourtant, même lors du procès, l'identité des sources est généralement protégée pour des motifs d'intérêt public. En effet, l'anonymat encourage les informateurs à transmettre à l'État des renseignements concernant les infractions criminelles²³⁶. En outre, même si l'identité de l'informateur peut avoir une incidence sur la

crédibilité du requérant, le secret n'empêche pas le juge de paix de remplir sa fonction judiciaire.

192. Il existe une différence entre le fait de garder secrète l'identité de la source, et celui d'empêcher l'examen des motifs fournis par cette personne. La Cour d'appel de Terre-Neuve a reconnu cette distinction dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Corp. Ltd.*: [TRADUCTION] «Il est certain que les renseignements contenus dans la formule 1, où le dénonciateur témoigne de faits précis qui lui ont été communiqués [par une personne dont l'identité est gardée secrète], peuvent permettre au juge de paix d'être convaincu de l'existence de motifs raisonnables²³⁷». Ce raisonnement est fort juste. Exiger moins reviendrait à compromettre, en faveur du pouvoir discrétionnaire de la police, la possibilité pour la personne qui délivre le mandat de s'assurer du bien-fondé de la demande. Nous croyons donc qu'il faut continuer à reconnaître le droit de taire l'identité du dénonciateur lors de l'audition de la demande de mandat, mais qu'il faut par ailleurs restreindre ce droit, de façon à lui donner une portée plus rationnelle. En effet, le respect de l'anonymat (au moyen de pseudonymes ou autrement) ne doit pas soustraire celui qui demande la délivrance du mandat à l'obligation de présenter des faits satisfaisant au critère des «motifs raisonnables».

(3) *Les renseignements obtenus grâce à l'écoute électronique*

193. Un autre problème, jusqu'à un certain point lié au précédent, se pose lorsque la police veut effectuer une perquisition en se fondant sur des renseignements obtenus grâce à l'écoute électronique. En principe, il n'existe aucune raison pour que ce cas échappe à l'application du critère des «motifs raisonnables». En pratique cependant, les policiers hésitent souvent à divulguer les renseignements eux-mêmes, de même que le fait que ceux-ci ont été obtenus au moyen de l'écoute électronique, tant pour ne pas compromettre le succès de leur enquête qu'en raison de l'interdiction légale qui empêche la divulgation de l'interception des communications privées.

194. Voici le libellé du paragraphe 178.2(1) du *Code criminel*:

Lorsqu'une communication privée a été interceptée au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre sans le consentement, exprès ou tacite, de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur les destine, quiconque

a) utilise ou divulgue volontairement tout ou partie de cette communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, ou

b) en divulgue volontairement l'existence,
sans le consentement exprès de son auteur ou de la personne à laquelle
son auteur la destinait, est coupable d'un acte criminel et passible d'un
emprisonnement de deux ans.

Les résultats de l'étude de la Commission sur les mandats, de même que les consultations tenues par la suite, révèlent que l'interprétation donnée à cette interdiction varie d'une ville à l'autre, et même au sein de certaines forces policières. Par exemple, certains agents préparent des dénonciations faisant allusion à [TRADUCTION] «l'interception de communications privées de personnes dont le nom ne peut être révélé pour le moment». Les représentants d'un certain nombre de forces de police se sont toutefois dits d'avis qu'un agent de police ne peut même pas révéler au juge de paix l'existence d'un processus d'écoute électronique sans contrevenir aux dispositions du paragraphe 178.2(1). Même si les dispositions du paragraphe 178.2(2) rendent l'interdiction inapplicable aux «poursuites pénales» et aux «autres procédures» où la personne est «requis de déposer sous serment», les représentants locaux se sont dits sceptiques quant à l'application de cette exemption aux demandes de mandats de perquisition.

195. Il convient de clarifier les rapports qui existent entre les dispositions de l'article 178.2 et les exigences relatives au mandat de perquisition. D'une part, ces dispositions visent expressément à protéger la vie privée de l'auteur de la communication privée, en empêchant la divulgation de celle-ci. Elle *n'a pas* pour objet d'empêcher les personnes qui ont pris part à la communication d'être informées des activités de la police. L'existence de ce principe est attestée par les dispositions de l'article 178.23, qui imposent l'obligation d'aviser par écrit les personnes concernées dans un certain délai. Comme il existe de toute façon une certaine ambiguïté, il y aurait peut-être lieu de modifier le paragraphe 178.2(2) afin de préciser que les dispositions du paragraphe (1) ne s'appliquent pas à la procédure relative à l'obtention du mandat de perquisition. Il importe en effet d'éviter qu'une disposition dont le but est de protéger la vie privée des citoyens ne nuise à l'application d'une autre disposition comportant un objectif semblable.

196. Cette réflexion soulève une question plus importante: quelle incidence l'existence d'une écoute électronique doit-elle avoir sur l'application du critère des «motifs raisonnables»? Nous estimons que le recours à l'écoute électronique, tout comme l'utilisation de renseignements provenant de sources confidentielles, ne justifie aucune dérogation à la règle. L'agent de la paix doit exposer au juge de paix les faits à l'appui de sa demande. En réalité, les réticences

qu'éprouvent actuellement les agents de police à divulguer l'existence d'un processus d'écoute électronique font que la dénonciation fondée sur des renseignements ainsi obtenus est considérée de la même façon que toute autre dénonciation par le tribunal saisi d'une demande de révision²³⁸. Cette uniformité dans l'application devrait être maintenue, non seulement par les tribunaux, mais aussi par les personnes chargées de délivrer les mandats. Il est vrai que le législateur a lui-même encouragé la préservation du caractère occulte de l'écoute électronique, comme en font foi les dispositions de l'article 178.23 qui établissent un délai relativement à l'avis. Toutefois, la multiplication des cas où des faits peuvent être gardés secrets comporte certains risques. Poussée à l'extrême, une telle politique pourrait éventuellement justifier des enquêtes et des procès clandestins.

197. Comme dans le cas des sources anonymes, il convient de distinguer la divulgation de faits pouvant révéler l'existence d'un processus d'écoute électronique, et la divulgation de renseignements obtenus grâce à l'écoute électronique au sujet d'activités criminelles. Ce sont les faits de cette seconde catégorie et non ceux de la première qui peuvent constituer des «motifs raisonnables». Le risque de rendre inefficace un processus d'écoute électronique en cours par la divulgation d'un fait de la seconde catégorie est de toute façon une conséquence probable de l'exécution du mandat. Il est en effet difficile de croire que la personne dont la demeure a fait l'objet d'une perquisition ne soupçonnera pas que ses communications puissent être surveillées.

E. La personne chargée de la délivrance des mandats

RECOMMANDATION

17. Le pouvoir du juge de paix de délivrer des mandats de perquisition ne devrait pas être dissocié de ses autres fonctions judiciaires. Il importe de s'assurer de la compétence et de l'indépendance des personnes habilitées par le *Code criminel* à exercer des pouvoirs judiciaires importants. Les provinces devraient prendre l'initiative de réexaminer la charge de juge de paix et, au besoin, soit l'abolir, soit la redéfinir.

198. Les personnes qui délivrent les mandats de perquisition, du moins celles qui agissent en vertu des dispositions des articles 443

et 181 du *Code*, ou de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues*, passent souvent outre aux critères légaux qui régissent l'exécution de leurs fonctions. Il est alors permis de se demander s'il ne serait pas préférable de confier cette responsabilité à d'autres fonctionnaires que ceux que désigne la législation actuelle.

199. En matière criminelle, la délivrance de la plupart des mandats de perquisition est confiée au juge de paix²³⁹. Aux termes de l'article 2 du *Code criminel*, le terme «juge de paix» désigne tant un magistrat qu'un juge de paix. Par ailleurs, en vertu de certains textes législatifs provinciaux, les juges des cours supérieures ont, d'office, les pouvoirs d'un juge de paix²⁴⁰. L'enquête menée par la Commission sur les mandats révèle qu'en pratique, la charge de délivrer les mandats de perquisition semble en général partagée par les juges de paix, les magistrats et les juges des différentes cours provinciales. Au Nouveau-Brunswick, c'est-à-dire dans l'une des provinces visées par l'enquête, on a aboli la charge de juge de paix. Les mandats de perquisition y sont délivrés exclusivement par les juges de la Cour provinciale²⁴¹.

200. On reproche souvent aux juges de paix de ne pas avoir l'impartialité ni la compétence requises pour délivrer les mandats de perquisition. Dans le rapport Kirby, intitulé *Administration of Justice in the Provincial Courts of Alberta*, les auteurs se sont exprimés sans ambages:

[TRADUCTION]

Il est possible de présenter une dénonciation en vue de l'obtention d'un mandat de perquisition à des commis ou à des agents de police qui ont été nommés juges de paix. Comme la délivrance d'un mandat de perquisition constitue un acte judiciaire qui exige la compétence, l'impartialité et l'indépendance judiciaires, les juges de paix ne devraient pas être investis de ce pouvoir²⁴².

Selon le même rapport, la délivrance des mandats devrait appartenir exclusivement aux juges de la Cour provinciale. Bien que cette recommandation puisse sembler très convaincante, deux facteurs doivent tout de même être pris en considération.

201. En premier lieu, les données recueillies au cours de l'enquête de la Commission portent à croire que le fait de donner aux juges des cours provinciales une compétence exclusive n'améliorerait pas la situation de façon marquée. Au Nouveau-Brunswick, comme nous l'avons mentionné, les mandats sont délivrés exclusivement par les juges de la Cour provinciale. Or, parmi les douze mandats étudiés²⁴³, le taux de validité était *inférieur* à celui des autres

provinces, c'est-à-dire 27 pour cent comparativement à 39 pour cent. En revanche, à Vancouver, où le taux de validité était le plus élevé, seuls des juges de paix avaient eu à statuer sur les demandes de mandats. À Edmonton, la seule ville où il a été possible de comparer le taux de validité des mandats délivrés par les juges de paix par rapport à celui des mandats délivrés par des juges de la Cour provinciale, le premier était presque aussi élevé que le second, soit 33 pour cent par rapport à 35 pour cent. À cause de l'échantillon réduit, ces données statistiques ont une valeur limitée. Elles montrent néanmoins que l'on aurait tort d'accorder trop d'importance à la position occupée par la personne chargée de la délivrance des mandats. Il y aurait plutôt lieu de tenir compte de la compétence du fonctionnaire à remplir son rôle et de voir si la structure administrative qui l'entoure est propice à l'exécution de ses fonctions.

202. En second lieu, ce serait faire fausse route que de croire que les fonctions de nature décisionnelle des juges de paix ne concernent que les mandats de perquisition. Certes, la délivrance d'un mandat peut être lourde de conséquences. Cependant, le juge de paix remplit d'autres fonctions qui peuvent avoir des suites encore plus graves. En vertu des dispositions actuelles du *Code*, il peut en effet délivrer des mandats d'arrestation, ordonner qu'un prévenu soit mis sous garde, tenir une enquête préliminaire, ordonner l'incarcération d'une personne, et rendre jugement dans le cas d'infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité²⁴⁴. Retirer au juge de paix ses pouvoirs en matière de mandat de perquisition tout en lui laissant les autres reviendrait à contourner la difficulté. Il convient plutôt de se demander s'il est opportun d'attacher des responsabilités judiciaires importantes à la charge de juge de paix telle qu'elle est conçue actuellement.

203. Il est bien connu que bon nombre de juges de paix travaillent en étroite collaboration avec les agents de la paix qui présentent les demandes de mandats. De fait, de nombreux juges de paix sont d'anciens agents de police dont la formation juridique est très limitée. Le rapport Pringle fait état d'un incident illustrant le climat de familiarité qui peut s'installer dans de telles conditions. En l'occurrence, deux agents de police avaient obtenu deux mandats de perquisition d'un juge de paix qui avait lui-même été agent de police. Lorsque l'on demanda au juge de paix de produire les dénonciations qui avaient donné lieu à la délivrance des deux mandats, celui-ci n'a pu le faire. Il a tenté de se justifier en prétendant que rien ne l'obligeait à conserver ces documents une fois les mandats

délivrés²⁴⁵. Cette méconnaissance des règles fondamentales du caractère judiciaire a amené de nombreux observateurs à mettre en doute la compétence de nombreux juges de paix²⁴⁶. Pourtant, au moins une province canadienne a établi un système dans lequel les juges de paix prennent leurs responsabilités judiciaires au sérieux. Ainsi, les chercheurs de la Commission ont pu constater qu'en Colombie-Britannique, les juges de paix étaient formés au sein du système d'administration des tribunaux, étaient choisis par un conseil de la magistrature, et pouvaient bénéficier d'un programme d'éducation permanente concernant leurs fonctions.

204. Néanmoins, les problèmes ne sont pas liés exclusivement à la compétence individuelle des juges de paix. De façon générale, on peut également se demander s'il est opportun de conférer des fonctions judiciaires à un fonctionnaire le plus souvent placé dans une position dépendante, ce que l'on a toujours tenté de faire depuis l'époque de Hale. Certaines lois provinciales font des procureurs de la Couronne les «conseillers» des juges de paix²⁴⁷. À ce titre, les procureurs de la Couronne peuvent à bon droit influencer la décision rendue sur les plaintes privées. Mais la portée de ce pouvoir doit-elle s'étendre aux demandes présentées par la police? La loi semble sanctionner ce pouvoir et de ce fait, placer le juge de paix dans une situation de conflit: le juge de paix doit en principe rendre une décision «judiciaire» sur la demande, dans une affaire où son «conseiller» est susceptible d'être le poursuivant.

205. Les questions de la nomination, des compétences, de la formation et de la responsabilité des juges de paix ont été étudiées en profondeur en Grande-Bretagne²⁴⁸. En outre, les tribunaux américains se sont récemment fait un point d'honneur d'assurer l'impartialité des juges de paix, et sont même allés jusqu'à déclarer invalides des mandats qui avaient été délivrés par des procureurs généraux d'États, agissant à titre de juges de paix²⁴⁹. Au Canada, les provinces ont examiné ce problème qui, sur le plan constitutionnel, relève de leur compétence en ce qui a trait aux juges des cours provinciales, aux magistrats et aux juges de paix²⁵⁰. À l'instar de l'évolution historique de la charge de juge de paix, les problèmes liés à celle-ci varient d'une région à l'autre, et nous ne prétendons pas avoir trouvé une solution idéale à ces problèmes. Que celle-ci consiste à abolir la charge de juge de paix ou à la redéfinir, il importe que les provinces prennent les mesures appropriées afin d'instaurer des changements réels. Comme toutes les autres fonctions à caractère décisionnel prévues par le *Code criminel*, la délivrance des mandats de perquisition n'a que le caractère «judiciaire» de celui qui en est chargé.

F. Le rôle du procureur de la Couronne

RECOMMANDATION

18. Une participation accrue des procureurs de la Couronne et des avocats mandatés par les forces de police pourrait améliorer la qualité des demandes de mandats. Toutefois, cette participation de la Couronne devrait rester discrétionnaire. Les personnes chargées de la délivrance des mandats devraient se sentir libres de requérir la participation de la Couronne. En outre, le rôle de la Couronne devrait être celui d'une partie qui expose ses prétentions et non celui d'un conseiller juridique auprès du juge de paix.

206. À l'heure actuelle, rien n'exige expressément que le procureur de la Couronne prenne part à la demande du mandat de perquisition et, le plus souvent, l'agent de la paix agit sans l'aide d'un avocat. La seule exception digne de mention est celle des perquisitions qui ont lieu en matière de crimes économiques. Les procureurs de la Couronne et les avocats dont les services ont été retenus par la police peuvent apporter une aide précieuse à celle-ci aux fins de l'enquête, avant que la perquisition ne soit effectuée, et leurs connaissances peuvent être très utiles dans la préparation des documents relatifs aux mandats qui sont alors complets et bien circonstanciés. On peut donc penser qu'une participation accrue des conseillers juridiques pourrait améliorer la qualité des demandes et du même coup, le système de délivrance des mandats dans son ensemble. Reconnaisant le bien-fondé de cette hypothèse, les auteurs du rapport Kirby ont recommandé qu'en Alberta, toutes les demandes de mandats de perquisition soient préparées par les procureurs de la Couronne²⁵¹.

207. Outre les raisons pratiques qui militent en faveur de la participation de la Couronne, on peut invoquer un argument plus théorique. En effet, puisque l'administration du droit pénal au jour le jour relève du ministère du procureur général, il serait logique qu'un représentant de ce ministère soit présent lorsque l'on prend la décision de recourir au mécanisme du mandat pour l'application du droit pénal. Du reste, ce rôle de surveillance est déjà reconnu implicitement par les dispositions de l'article 281.3 du *Code criminel*, lesquelles exigent que le consentement du procureur général soit obtenu avant que puisse être présentée une demande visant la délivrance d'un mandat destiné à saisir de la propagande haineuse. Devrait-on faire de cette exigence une règle générale?

208. Dans son document de travail intitulé *Les poursuites pénales: responsabilité politique ou judiciaire*, la Commission recommandait d'imposer à la Couronne la responsabilité de participer à toutes les étapes de la poursuite pénale, y compris celle qui consiste à assurer la présence du prévenu devant le tribunal. En effet, il semblait absurde «qu'une affaire puisse atteindre l'étape de la comparution devant un tribunal, sans que l'accusation ait reçu l'approbation de celui-là même à qui incombe en dernière analyse la responsabilité des décisions en matière de poursuite²⁵²». Par analogie, on pourrait prétendre qu'avant même le stade de la comparution, la Couronne devrait être tenue d'affirmer que les biens saisis sont détenus à des fins légitimes. D'ailleurs, aux termes du paragraphe 446(1) du *Code* actuel, une déclaration sur l'état de l'enquête doit obligatoirement être faite dans les trois mois de la saisie.

209. Cela ne signifie pas, toutefois, que la Couronne doive assumer la responsabilité de toutes les demandes de mandats de perquisition. En effet, une telle exigence ajouterait à la complexité du processus, rendrait impossible la présentation d'une demande de mandat dans certains cas, et inciterait ainsi la police à se livrer à des perquisitions sans mandat. Signalons qu'à la suite des recommandations contenues dans le rapport Kirby, on a établi un système de vérification auquel la Couronne devait participer. En pratique cependant, un fonctionnaire du ministère public a qualifié ce système d'«utopique». Indépendamment de ces difficultés administratives et pratiques, la perquisition avec mandat relève plus de l'enquête que de la poursuite. En effet, si la perquisition permet de découvrir des renseignements qui peuvent donner lieu au dépôt d'une accusation, elle ne constitue pas, en soi, une étape préalable à l'accusation ou concomitante de celle-ci. On aurait donc tort d'interpréter les critères proposés par la Commission comme rendant obligatoire la participation de la Couronne lors de l'amorce du processus.

210. Nous croyons cependant qu'il serait utile, en pratique, d'établir des mécanismes administratifs permettant aux procureurs de la Couronne d'intervenir dans le cas des demandes complexes. De plus, la présence d'un représentant du procureur général à l'audition de la demande, soit pour soutenir celle-ci, soit pour s'y opposer, s'inscrit parfaitement dans le cadre des responsabilités du procureur général, en tant que responsable de l'administration de la justice pénale. Ainsi, il y aurait lieu de sanctionner la pratique actuellement en vigueur dans certaines circonscriptions, suivant laquelle les personnes chargées de délivrer les mandats signalent au procureur de

la Couronne les cas qui font problème, notamment du point de vue constitutionnel. Par ailleurs, afin de bien marquer le caractère judiciaire de la fonction du juge de paix, il importe d'insister sur le fait que lors de la présentation de la demande, la Couronne ne doit pas jouer le rôle d'un conseiller, mais celui d'une partie exposant ses prétentions. S'il est vrai qu'une plus grande participation des procureurs de la Couronne et d'autres avocats est susceptible d'améliorer la qualité des demandes, il n'en reste pas moins que seules l'indépendance et la diligence des personnes chargées de délivrer les mandats peuvent assurer le caractère judiciaire du processus.

G. Le télémandat

RECOMMANDATION

19. Un mécanisme de télémandat semblable à celui que prévoient les "American Federal Rules" devrait être institué au Canada. Un télémandat ne devrait pouvoir être obtenu que s'il existe des motifs justifiant la délivrance d'un mandat ordinaire aux termes de la recommandation 11, mais que le recours aux mécanismes habituels soit matériellement impossible. Ce mécanisme devrait comporter des garanties permettant à la personne visée d'avoir par la suite accès au dossier, et assurant que le mandat exécuté par l'agent de la paix est identique à celui qu'a autorisé le juge de paix.

211. On retrouve le mécanisme du télémandat ou du mandat verbal dans de nombreux codes de procédure pénale américains, y compris les règles fédérales. Ce mécanisme a en outre été adopté par la Commission de réforme du droit australienne qui y a vu [TRADUCTION] «l'application normale d'un outil moderne» à des situations d'urgence, ou à des cas où un magistrat n'est pas disponible²⁵³. Or, de telles situations peuvent aussi se produire au Canada, aussi bien dans les villes que dans les régions rurales. Lorsqu'un agent découvre un objet ou des renseignements liés à la perpétration d'une infraction, il peut lui être difficile de quitter les lieux pour obtenir un mandat sans risquer que des objets saisissables soient soustraits à la saisie. Pourtant, en règle générale, l'agent de la paix n'a aucun moyen légal de les saisir à moins d'arrêter l'occupant et de procéder à la saisie accessoirement. Or, dans les cas où il n'existerait aucun motif d'arrestation, la seule autre solution

consisterait pour l'agent à obtenir l'aide d'autres policiers qui garderaient les lieux en attendant la délivrance du mandat.

212. De telles embûches pourraient souvent être évitées grâce au mécanisme du télémandat. Voici le fonctionnement du mécanisme établi par les dispositions du paragraphe 41(c)(2) des règles fédérales américaines:

[TRADUCTION]

(A) Règle générale: si les circonstances sont telles qu'il est raisonnable de ne pas exiger une déclaration écrite sous serment, un magistrat fédéral peut délivrer un mandat en se fondant sur une déposition verbale faite sous serment ou par un autre moyen convenable.

(B) La demande: la personne qui demande la délivrance du mandat doit préparer un duplicata du mandat et le lire mot à mot au magistrat fédéral. Ce dernier doit transcrire mot à mot sur l'original du mandat le texte qui lui est lu. Le magistrat fédéral peut ordonner que des modifications soient apportées au mandat.

(C) La délivrance: si le magistrat fédéral est convaincu que les circonstances sont telles qu'il est raisonnable de ne pas exiger de déclaration écrite sous serment, et qu'il existe des motifs à l'appui de la demande ou qu'il y a de bonnes raisons de croire que de tels motifs existent, il ordonne alors la délivrance du mandat en demandant à la personne qui en fait la demande de signer le duplicata en son nom. Le magistrat fédéral doit immédiatement signer l'original du mandat et inscrire l'heure précise à laquelle il a ordonné la délivrance du mandat. Dans le cas d'une demande verbale, l'existence des motifs raisonnables de délivrer un mandat peut être prouvée de la même façon que dans le cas d'un mandat demandé au moyen d'une déclaration écrite.

213. Le mécanisme du télémandat présente deux avantages. En premier lieu, dans la mesure où il supprime notamment les délais de déplacement et de préparation de la demande écrite, il rend l'exécution plus expéditive. D'après la jurisprudence américaine, il est possible d'obtenir un mandat verbal en aussi peu que dix minutes²⁵⁴. En second lieu, comme le mandat peut être obtenu n'importe où, il permet à l'agent de rester sur les lieux où se trouvent les choses saisissables. Ces deux avantages rendent souhaitable l'établissement du mécanisme du télémandat pour les cas où le recours aux méthodes habituelles pourrait entraîner la perte des objets. Par voie de conséquence, ils facilitent le recours au mandat. Il y a cependant lieu de se demander dans quelle mesure ces innovations pourraient battre en brèche les garanties que comporte le mécanisme du mandat.

214. Pour ce qui est de la «spécificité» du mandat, les critères sont les mêmes à toutes fins utiles. Suivant la règle fédérale

américaine 41(c)(2)(E), le contenu du mandat délivré à partir d'une déposition verbale doit être le même que celui du mandat habituel. Le fait de ne pas avoir à présenter de demande écrite décrivant l'infraction, les biens et les lieux, ne dispense pas la personne qui fait la demande de fournir ces détails. Au contraire, l'agent doit le faire verbalement afin que celui qui délivre le mandat puisse inscrire les détails sur son exemplaire. Puisque selon le droit canadien, les critères de spécificité applicables à la dénonciation et au mandat sont interchangeables, le fait de dicter les renseignements en une seule fois plutôt que de les présenter sur deux documents ne saurait entraîner un relâchement des critères. La conservation de l'original du mandat par la personne qui le délivre assure la conformité du mandat avec les descriptions dictées.

215. En revanche, certains problèmes se posent en ce qui a trait au caractère «judiciaire» du mandat. En effet, bien que le critère des «motifs raisonnables» reste le même, ses modalités d'application varient quelque peu. En premier lieu, la personne qui délivre le mandat ne dispose d'aucun document écrit pouvant l'aider à rendre sa décision. Il existe, cela va sans dire, des cas complexes où en l'absence de motifs écrits et bien articulés, il est difficile de déterminer le bien-fondé de la demande. Dans des cas semblables, comme d'une part, la personne qui demande le mandat peut éprouver des difficultés à formuler ces motifs verbalement et que, d'autre part, c'est à cette dernière qu'il appartient de démontrer que sa demande est fondée sur des motifs raisonnables, d'après les règles fondamentales régissant la délivrance du mandat, la demande devrait en principe être rejetée. De plus, les cas vraiment complexes auront sans doute fait l'objet d'une enquête longue et méticuleuse. Il est alors douteux que la situation soit «urgente» au point de justifier une dérogation à l'obligation de présenter une demande écrite.

216. Quoi qu'il en soit, dans la plupart des cas, le principal avantage de la demande écrite ne réside pas vraiment dans l'aide que celle-ci fournit à la personne chargée de délivrer le mandat, mais bien dans le fait que cette demande permet la constitution d'un dossier. Par conséquent, s'il est possible de constituer un dossier autrement, les problèmes qui découlent de l'absence d'une demande écrite se trouvent réglés. La solution la plus évidente est sans doute la transcription de la déposition. Étant donné que la demande de télémandat est à la fois exceptionnelle et généralement brève, il ne semble pas déraisonnable d'exiger qu'une transcription de la déposition soit préparée sans délai. Par la suite, la transcription de la déposition serait jointe au mandat tout comme une demande écrite.

En organisant et en centralisant l'application du mécanisme, il est possible de s'assurer qu'un sténographe, de même que l'équipement nécessaire, se trouvent à la disposition de la personne chargée de la délivrance des mandats. On pourrait par exemple prévoir qu'il y ait toujours un juge de paix disponible, et que celui-ci dispose de l'équipement et du personnel nécessaires²⁵⁵.

217. En second lieu, on peut prétendre que la présentation de la demande par téléphone empêche la personne qui délivre le mandat d'observer la conduite de celui qui en fait la demande. Sans en nier l'existence, il est permis de s'interroger sur l'importance réelle de ce facteur. Dans la mesure où il s'agit d'un processus essentiellement documentaire, la conduite du demandeur n'a d'importance que lorsque celui-ci prête serment et répond aux questions qui lui sont posées. En outre, comme l'a souligné un auteur américain²⁵⁶, la connaissance qu'a l'agent de police des rouages de ce mécanisme fait en sorte que la conduite de ce dernier devient un critère sans intérêt dans l'appréciation du bien-fondé de la demande. Si le comportement soulève un doute, celui-ci peut très bien être discerné, soit par la qualité de la présentation verbale, soit par la cohérence des allégations de celui qui fait la demande. En somme, l'importance de ce facteur semble minime.

218. Ainsi, un mécanisme de télémandat comportant des garanties appropriées peut revêtir le même caractère «judiciaire» que le mécanisme traditionnel. En outre, des guides de présentation des demandes verbales, comme ceux qui sont utilisés à San Diego (Californie)²⁵⁷ compensent l'absence de document, et constituent des exemples d'enquêtes efficaces sur le bien-fondé des demandes de mandat. Dans plusieurs régions canadiennes, surtout dans les régions du nord, on a déjà recours au téléphone, notamment dans le cas des demandes de cautionnement et des requêtes civiles par défaut. En conséquence, nous recommandons que la possibilité d'obtenir un mandat de perquisition par téléphone ou autre mode de communication soit reconnue par le droit canadien. Toutefois, comme l'usage du mandat téléphonique n'est justifié que lorsqu'il est matériellement impossible d'obtenir un mandat de la façon habituelle, le télémandat ne devrait pouvoir être obtenu que lorsque le demandeur est en mesure de démontrer l'impossibilité de procéder autrement.

219. En conclusion, il importe de reconnaître que si l'invention du téléphone a créé de nouvelles façons de transmettre certains pouvoirs, les développements technologiques pourraient bien un jour rendre désuet le mécanisme proposé dans ce document. Par exemple, s'il devenait possible de transmettre à l'agent de la paix une copie du

mandat signée par le juge de paix au moyen d'un terminal se trouvant dans la voiture du policier, ce dernier n'aurait plus à recopier les directives de la personne qui délivre le mandat. En somme, le droit doit être suffisamment souple pour s'adapter aux changements technologiques et en tirer profit.

II. L'exécution des mandats

A. Les agents de la paix et les particuliers

RECOMMANDATION

20. Le simple citoyen devrait continuer d'être en droit de demander la délivrance d'un mandat de perquisition. Cependant, une fois la perquisition autorisée par celui qui est chargé de la délivrance du mandat, la police devrait avoir l'entière responsabilité de l'exécution du mandat. L'agent de la paix devrait être habilité à emmener à l'endroit ou au véhicule où a lieu la perquisition tout citoyen, s'il croit pour des motifs raisonnables que la présence de celui-ci est nécessaire à la bonne exécution du mandat.

220. À l'exception des mandats délivrés en vertu des dispositions relatives aux métaux précieux, et de celles de l'article 443, tout mandat de perquisition doit être exécuté par un agent de la paix. De fait, le pouvoir du simple citoyen d'exécuter un mandat n'existe plus qu'en théorie. Les dispositions relatives aux métaux précieux semblent rarement utilisées, et parmi les mandats soumis à l'enquête nationale, aucun n'avait été exécuté par un particulier. Il y a donc lieu de se demander si le pouvoir du simple citoyen d'exécuter un mandat doit être maintenu dans la loi.

221. Les dispositions qui prévoient l'exécution des mandats par les particuliers, du moins celles de l'article 443, semblent être le produit d'une déformation historique du mandat de common law de Hale. Ce dernier avait reconnu lui-même qu'il était souhaitable de ne confier à la partie lésée qu'un rôle de conseiller auprès du constable chargé de l'exécution²⁵⁸. Par la suite, d'autres auteurs ont signalé qu'en fait, des mandats étaient délivrés aussi bien à de simples

citoyens qu'à des constables²⁵⁹. À notre époque, où les perquisitions se justifient, non plus par l'affirmation des droits privés, mais bien par l'application du droit pénal, l'exécution du mandat par un particulier est devenue un anachronisme. La loi reconnaît toujours au citoyen certains pouvoirs à caractère attentatoire dans le cas de l'arrestation. Cependant, ces pouvoirs ne peuvent être exercés que dans des situations d'urgence ou lors de la découverte soudaine d'une infraction, et sont limités par l'obligation qu'a le citoyen de remettre le prévenu entre les mains d'un agent de la paix²⁶⁰. Aucune disposition du *Code criminel* ne permet la délivrance d'un mandat d'arrestation à un particulier, et il serait difficile de justifier l'existence d'un tel pouvoir en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies.

222. Quoi qu'il en soit, cela ne signifie pas qu'il faille priver le simple citoyen du droit de déposer une dénonciation sous serment, en vue de mettre en branle le mécanisme de perquisition avec mandat. En effet, le droit du citoyen d'amorcer des poursuites est un élément fondamental de tous les mécanismes de la procédure pénale. Déjà dans l'affaire *Hetu v. Dixville Butter and Cheese Association*, le juge en chef Fitzpatrick, parlant au nom de la Cour suprême du Canada, affirmait le droit du citoyen d'intenter des poursuites: [TRADUCTION] «La présentation d'une dénonciation, lorsqu'on a connaissance de faits suffisants pour croire de bonne foi à la culpabilité d'une personne, ne constitue pas une faute, mais l'exercice d'un droit indiscutable²⁶¹». Reconnaisant l'importance de ce droit, la Commission de réforme du droit, dans son document de travail intitulé *Les poursuites pénales: responsabilité politique ou judiciaire*, préconisait le maintien du droit du citoyen de déposer une accusation²⁶².

223. Toutefois, une fois établie la justification d'un pouvoir de nature coercitive, la responsabilité de l'exercice de ce pouvoir doit, dans la mesure du possible, revenir aux représentants de l'État. D'un certain point de vue, ce principe découle de l'idée fondamentale de «pacte», laquelle est au cœur même du régime libéral et démocratique: le citoyen renonce à ses pouvoirs coercitifs en faveur de l'État qui lui offre en retour sa protection²⁶³. Par ailleurs, suivant le common law, la personne qui exécute le mandat ne doit avoir aucun intérêt matériel dans l'issue de la perquisition²⁶⁴.

224. S'il semble préférable que la responsabilité de l'exécution du mandat de perquisition ne soit pas confiée au particulier, cela n'empêche pas que celui-ci puisse prêter son concours à l'agent de la paix si ce dernier le juge nécessaire pour l'exécution du mandat. En

effet, il va sans dire que dans certains cas, la présence du plaignant ou d'une autre personne peut à la fois faciliter la perquisition et réduire le caractère attentatoire de celle-ci. Par exemple, dans le cas de perquisitions et de saisies visant des documents commerciaux, un comptable est beaucoup plus à même de déterminer quels sont les documents pertinents. Certaines forces de police s'assurent la collaboration d'un particulier en demandant que le mandat soit adressé aussi bien à celui-ci qu'aux agents de la paix. Cependant, il n'est pas sûr qu'une telle pratique soit légale, eu égard au libellé du paragraphe 443(1), où il est prévu qu'un mandat peut être délivré à «une personne y nommée *ou* un agent de la paix». Or, la personne dont la présence n'est pas autorisée peut légalement être expulsée d'un lieu privé, voire s'exposer à des poursuites en responsabilité civile. Il importe donc de clarifier cette situation. C'est pourquoi notre recommandation prévoit expressément qu'un particulier peut accompagner un agent de la paix. En outre, la personne visée ne peut plus mettre en doute la légalité de la présence du particulier, puisque celle-ci est expressément autorisée dans le mandat.

B. L'agent de la paix compétent

RECOMMANDATION

21. Tout agent de la paix se trouvant dans le ressort de la personne qui a délivré le mandat devrait être habilité à exécuter le mandat.

225. Après avoir établi que la responsabilité de l'exécution des mandats revient aux agents de la paix, il reste à déterminer quels sont les agents de la paix compétents. Or, cette question met en lumière certaines contradictions entre les diverses dispositions relatives au mandat. Ainsi, on a jugé que le mandat délivré en vertu des dispositions de l'article 443, lesquelles permettent au juge de paix d'autoriser «un agent de la paix» à effectuer une perquisition, pouvait être adressé à tous les agents de la paix de la province²⁶⁵. D'après la jurisprudence, il semble en outre que le mandat délivré en vertu des dispositions de l'article 181 puisse valablement être adressé d'une façon aussi large²⁶⁶. En revanche, les mandats prévus par les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues* doivent être exécutés par «un agent de la paix y nommé». C'est pour cette raison que dans l'affaire *Goodbaum*, le tribunal a

décidé que la désignation générale permise par les dispositions de l'article 443 rendait invalide un mandat visant des stupéfiants²⁶⁷.

226. Cette disparité est à la source des irrégularités qui ont été relevées dans plusieurs des 98 mandats visant des stupéfiants ou des drogues, qui ont été examinés par le comité des juges. Bien que la désignation de l'agent de la paix chargé de l'exécution du mandat puisse sembler une exigence relativement mineure, il convient de se demander pourquoi on a restreint l'exécution du mandat de cette façon. Du point de vue de la personne visée par la perquisition, la désignation de l'agent ne diminue certainement pas la gravité de l'atteinte portée à ses droits. Elle ne constitue pas non plus une attestation de l'aptitude de la personne nommée à exécuter le mandat. En fait, la désignation semble plutôt engager le détenteur, ne serait-ce qu'implicitement, à respecter les règles régissant l'exécution du mandat.

227. Par contre, il existe des arguments solides en faveur de l'abolition des restrictions légales concernant la compétence des agents de la paix. Le caractère personnel de l'autorisation remonte essentiellement à la notion archaïque suivant laquelle le pouvoir devait être transmis d'une personne à l'autre, étant donné la subordination du constable au juge de paix. De nos jours, vu la complexité de l'organisation des forces de police, cette relation de subordination n'a plus d'intérêt pratique. Elle a fait place à une hiérarchie de commandement et de délégation au sein même des forces de police. La personne chargée de délivrer le mandat devrait donc s'assurer que l'agent qui présente la demande connaît suffisamment les éléments de l'enquête pour être en mesure de présenter les motifs justifiant la délivrance du mandat. En revanche, comme cette personne ne joue aucun rôle dans l'administration de la police, rien ne lui permet de décider qui doit exécuter le mandat qu'elle a délivré.

228. Dès lors, la seule justification que l'on puisse donner à la restriction qu'impose la désignation des personnes habilitées à exécuter le mandat tient à la compétence territoriale de celui qui délivre le mandat. Cette restriction figure pour ainsi dire dans toutes les dispositions relatives au mandat en matière criminelle. Au paragraphe 443(1) du *Code*, par exemple, il est question de lieux se trouvant dans la «circonscription territoriale» du juge de paix. Par ailleurs, aux termes des paragraphes 101(9), 181(1) et 182(1), la compétence territoriale de la personne qui délivre le mandat est définie en termes de «circonscription territoriale», de «ressort» et de «juridiction», respectivement. La question de la compétence

territoriale déborde le cadre de la présente étude. C'est pourquoi nous n'entendons pas, pour le moment, remettre en question la division actuelle en circonscriptions territoriales. Pour la même raison, nous n'aborderons pas le mécanisme du «visa», actuellement prévu au paragraphe 443(2) du *Code criminel*, qui permet l'exécution d'un mandat dans une autre circonscription territoriale que celle où il a été délivré.

C. L'exécution de jour ou de nuit

RECOMMANDATION

22. Le mandat ne devrait pouvoir être exécuté que pendant le jour, à moins que celui qui en fait la demande n'en justifie l'exécution de nuit.

229. Au dix-septième siècle, le common law ne permettait l'exécution des mandats que durant le jour. Les perquisitions nocturnes étaient interdites, tant à cause des perturbations qu'elles causaient, que dans la mesure où elles pouvaient servir à masquer un vol par effraction²⁶⁸. Les moyens d'éclairage modernes ont évidemment enlevé beaucoup de poids à ce dernier argument alors que le premier conserve toute son actualité. En effet, la plupart des gens dorment la nuit, et le fait de déranger leur sommeil constitue une forme particulièrement irritante d'atteinte à la vie privée. Pourtant, de nos jours, le seul mandat en matière pénale qui porte encore la marque de cette ancienne règle du droit anglais est celui qui est prévu à l'article 443, et dont l'exécution est régie par les dispositions de l'article 444:

Un mandat décerné en vertu de l'article 443 doit être exécuté de jour, à moins que le juge de paix, par le mandat, n'en autorise l'exécution de nuit.

Quant aux mandats prévus par les dispositions des articles 181 et 182 du *Code* ils peuvent être exécutés «de jour ou de nuit», tandis que ceux que prévoient la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*, peuvent l'être «à toute heure». Enfin, les dispositions des articles 100, 160, 281.3 et 353 ne font aucune mention des heures auxquelles les mandats dont elles traitent peuvent être exécutés.

230. En fait, les données pratiques dont nous disposons montrent qu'en ce qui a trait à l'heure, l'exécution de la plupart des

mandats est laissée à la discrétion de l'agent de la paix. Toutefois, dans certaines villes visées par notre étude, notamment à Edmonton et à Winnipeg, les juges de paix locaux, de même que les juges de la Cour provinciale, ont pris l'habitude d'imposer des restrictions concernant la période du jour pendant laquelle un mandat peut être exécuté. En fait, l'imposition de restrictions concernant le temps semble tenir beaucoup plus aux usages locaux qu'au régime de délivrance du mandat. Notre étude montre également qu'une fois imposées, les restrictions concernant les heures sont généralement observées. Parmi les cas signalés où des restrictions avaient été imposées, et où il était possible de vérifier si celles-ci avaient été respectées, la grande majorité des mandats avaient été exécutés au cours de la période prescrite²⁶⁹.

231. Quelle devrait-être la règle générale? Aucun des États dont le système de droit s'inscrit dans la tradition du common law, et sur lesquels a porté notre étude, n'a conservé l'interdiction absolue des perquisitions nocturnes. À vrai dire, ce sont les dispositions du *Code de procédure pénale* français qui se rapprochent le plus de la position de Hale. Elles prévoient que «sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures²⁷⁰». Par contraste, l'Australie a adopté une position très large. Aux termes du *Crimes Act*, le mandat peut permettre à l'agent de pénétrer dans un lieu à toute heure²⁷¹. Certaines propositions de réforme présentées récemment dans ce pays donnent au magistrat le pouvoir discrétionnaire de restreindre la période d'exécution sans toutefois établir d'obligation ou de présomption relativement aux heures qui peuvent être appropriées²⁷². Entre ces deux positions extrêmes se trouve la règle fédérale américaine 41(c)(1):

[TRADUCTION]

Le mandat doit être exécuté de jour, à moins que l'autorité qui le délivre n'autorise son exécution à un autre moment, en le mentionnant de façon appropriée sur le mandat, et sur la preuve d'un motif raisonnable. L'autorité doit en outre préciser à quel magistrat fédéral le mandat doit être rapporté.

232. La position adoptée aux États-Unis nous paraît être la plus satisfaisante. En effet, d'une part, elle tient compte du souci d'efficacité qui serait compromis si les fouilles ne pouvaient, de façon absolue, être exécutées que pendant le jour. D'autre part, elle oblige celui qui présente la demande à justifier la nécessité d'exécuter le mandat de nuit, avant de pouvoir exercer ce pouvoir dont le caractère

attentatoire est nettement plus marqué. Essentiellement, le « motif raisonnable » consiste à prouver que [TRADUCTION] « le mandat ne peut être exécuté de jour ou que les biens que l'on veut saisir seront enlevés ou détruits²⁷³ ». Nous recommandons l'adoption, au Canada, d'un critère semblable à celui qui a été formulé aux États-Unis.

D. La date limite d'exécution

RECOMMANDATION

23. Le mandat ne devrait être exécutoire que pendant huit jours. L'agent de la paix devrait toutefois être en droit de demander la délivrance d'un nouveau mandat si les motifs justifiant la perquisition existent toujours à l'expiration du terme.

233. À l'heure actuelle, aucune disposition législative n'exige que les perquisitions avec mandat soient exécutées dans un délai déterminé. Toutefois, dans l'affaire *Execu-Clean Ltd.*, la Haute cour de l'Ontario a laissé entendre que si un délai était spécifié dans le mandat, l'agent de la paix avait l'obligation de le respecter²⁷⁴. Pourtant, il est difficile de savoir en vertu de quelle autorité la personne qui délivre le mandat peut imposer une telle restriction. Malgré cette incertitude, on constate, dans certaines régions, une tendance à spécifier un délai pour l'exécution du mandat. En tout, 18,2 pour cent des mandats exécutés qui ont été soumis à notre étude comportaient une date d'expiration²⁷⁵. La pratique locale semble encore une fois être le facteur déterminant. Par exemple, la fixation d'un délai d'exécution semble beaucoup plus fréquente à Edmonton et à Toronto qu'à Winnipeg, à Vancouver ou à Montréal. En outre, les résultats de notre enquête montrent que les mandats comportant une date d'expiration étaient exécutés plus rapidement que les autres.

234. Nous sommes d'avis que la fixation d'un délai pour l'exécution du mandat de perquisition est une règle dont l'adoption est fort souhaitable, dans la mesure où elle se justifie tant au regard de la spécificité du mandat, que par rapport au caractère judiciaire de celui-ci. Dans l'arrêt *Regina v. Adams*, la Cour d'appel de l'Angleterre a décidé qu'un mandat de perquisition visant des publications obscènes ne permettait d'entrer qu'une seule fois dans un lieu afin d'y procéder à une perquisition et à une saisie. La Cour a jugé que cette conclusion s'imposait si l'on tenait pour acquis que le

mandat devait être «spécifique»²⁷⁶. Cependant, donner à la police le loisir d'exécuter le mandat beaucoup plus tard emporte la possibilité qu'elle le fasse dans des circonstances différentes de celles qui ont donné lieu à la délivrance du mandat. Or, c'est l'atteinte aux droits de la personne qui doit être justifiée par les circonstances, et non seulement l'attribution du pouvoir de perquisition. Il est donc nécessaire que l'exécution du mandat suive la délivrance de près. Par exemple, on ne saurait admettre qu'un mandat soit exécuté cent trois jours après sa délivrance, comme cela s'est produit dans un cas relevé par la Commission²⁷⁷.

235. Nombreux sont les pays qui ont imposé des délais obligatoires pour l'exécution des perquisitions. Au Canada, même si le droit fédéral ne comporte aucune disposition de cette nature, plusieurs lois provinciales, notamment celles qui ont trait à la surveillance du commerce de l'alcool, énoncent que l'exécution doit avoir lieu dans un certain délai²⁷⁸. L'étendue de ce délai peut toutefois varier considérablement. La Commission royale britannique sur la procédure pénale et la Commission de réforme du droit australienne ont toutes deux proposé un délai de sept jours²⁷⁹, délai qui nous paraît raisonnable²⁸⁰. Toutefois, eu égard à l'implantation graduelle de la semaine de quatre jours au sein des forces de police, nous recommandons que le délai soit fixé à huit jours. Lors de consultations effectuées par des chercheurs de la Commission, les autorités policières ont laissé entendre qu'un tel délai ne nuirait pas à leurs opérations. À l'expiration du délai, si la police croit que les circonstances justifient toujours l'autorisation d'une perquisition, il n'est pas déraisonnable d'exiger qu'elle présente une nouvelle demande faisant état de ces circonstances, et obtienne un nouveau mandat.

E. La portée des fouilles, des perquisitions et des saisies avec mandat

RECOMMANDATION

24. L'agent de la paix exécutant un mandat de perquisition ne devrait être habilité à fouiller, dans les lieux ou les véhicules spécifiés dans le mandat, ou sur les personnes nommées dans le mandat, que les endroits où il est raisonnable de croire que les objets spécifiés dans le mandat sont susceptibles de se trouver. Outre les choses «saisissables»

spécifiées dans le mandat, l'agent de la paix exécutant une telle fouille ou perquisition devrait être habilité à saisir toute autre chose «saisissable» se trouvant bien en vue.

236. Comme nous l'avons vu précédemment, les choses suivantes peuvent légitimement faire l'objet d'une perquisition et d'une saisie: les produits d'une infraction, les choses qui constituent la preuve d'une infraction, de même que les choses, les fonds et les renseignements dont la possession, dans les circonstances de l'espèce, constitue une infraction. Dans une affaire donnée, le mandat délivré doit donc comporter la description de choses faisant partie de l'une ou l'autre de ces catégories. Toutefois, l'agent peut découvrir, au cours de la perquisition autorisée, d'autres choses, fonds ou renseignements visés par la définition du terme «choses saisissables», mais non spécifiés dans le mandat. L'agent doit-il être habilité à les saisir?

237. En ce qui a trait au mandat délivré en vertu des dispositions de l'article 443, on peut répondre par l'affirmative, mais avec quelques réserves. Les dispositions de l'article 445 du *Code* autorisent clairement la saisie de choses non mentionnées dans le mandat, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'elles ont été «obtenues au moyen d'une infraction ou ont été employées pour la perpétration d'une infraction». Même si elles ne permettent pas expressément la saisie d'objets n'ayant qu'une valeur probante, ces dispositions confèrent à l'agent de la paix un pouvoir considérable. C'est pour cette raison que dans les manuels de formation des policiers, on recommande aux agents de ne pas se limiter à rechercher les objets spécifiés dans le mandat. [TRADUCTION] «Soyez attentif à toute chose pouvant être liée à la perpétration d'une infraction», peut-on lire dans le "Metropolitan Toronto Training Précis"²⁸¹.

238. D'après les résultats de l'enquête menée par la Commission, le pouvoir de saisir des objets non mentionnés dans le mandat est utilisé souvent, mais non dans la majorité des cas. Si l'on ventile ces résultats d'après les objets saisis, 66,3 pour cent des saisies signalées visaient des choses ou des types de choses décrits dans le mandat²⁸². Les autres saisies, c'est-à-dire 33,7 pour cent du nombre total, correspondaient aux cas où l'on a saisi des biens dont la personne qui a délivré le mandat n'avait pas, d'après la preuve qui lui avait été présentée, ordonné la saisie. Comment peut-on alors justifier de telles dérogations aux prescriptions du mandat?

239. Si l'agent a vraiment des motifs raisonnables de saisir les autres biens, il pourrait, cela va sans dire, obtenir un mandat à leur égard. Passer outre à cette exigence revient essentiellement à lui permettre d'exécuter une saisie sans mandat. Néanmoins, la jurisprudence a reconnu la validité de telles saisies pour un motif que nous avons nous-mêmes repris dans le présent document, comme justifiant une exception à l'exigence du mandat: l'obtention d'un mandat serait impraticable. Dans l'affaire *Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones*, Lord Denning a décrit ce cas en des termes on ne peut plus clairs:

[TRADUCTION]

Supposons que l'agent de police ne trouve pas les biens mentionnés dans le mandat mais en trouve d'autres qu'il croit, pour des motifs raisonnables, avoir été volés. Doit-il quitter les lieux, retourner chez le magistrat et lui demander un nouveau mandat de perquisition? S'il agissait ainsi, je crois bien que dans neuf cas sur dix, ces autres biens auraient disparu avant son retour. Leur véritable propriétaire ne pourrait plus les récupérer et la preuve du crime serait perdue. Une telle pratique équivaldrait à faciliter la tâche des voleurs et à décourager les honnêtes gens²⁸³.

240. Sans doute s'agit-il là d'une analyse un peu trop pessimiste. En effet, même dans le cadre du système traditionnel, l'agent de la paix pourrait toujours, par exemple, demander à l'un de ses collègues de rester sur les lieux pendant qu'il obtient l'autorisation d'un juge de paix. Par ailleurs, le mécanisme du télémandat lui permettrait d'obtenir le mandat sans avoir à quitter les lieux. En revanche, des cas pourraient certainement se présenter où l'obtention d'un mandat par téléphone ne serait pas une solution. Par exemple, il pourrait ne pas y avoir de téléphone sur les lieux. En outre, la sécurité de l'agent peut être en danger et la personne soumise à la perquisition peut tenter de détruire les objets, malgré la présence de l'agent. Somme toute, il s'agit de déterminer si les inconvénients que comporte l'obtention d'un second mandat sont trop importants par rapport aux dangers que représente la saisie de biens non spécifiés dans le mandat.

241. Le fait de permettre la saisie d'objets non désignés dans le mandat présente deux risques importants. En premier lieu, il est possible que ces objets soient saisis par suite de pures conjectures ou de l'exercice arbitraire d'un pouvoir discrétionnaire, plutôt que d'après l'existence de motifs raisonnables de croire que ces objets sont légalement saisissables. Or, l'arbitraire est bien entendu le danger que le concept du contrôle préalable, aspect essentiel du

mandat, cherche à conjurer. Toutefois, l'existence d'un mandat de perquisition indique que, du moins en ce qui a trait à l'entrée et à la perquisition, le contrôle nécessaire a déjà été exercé. Nous estimons qu'il suffirait, pour que la saisie de biens non spécifiés dans le mandat soit contrôlée de façon appropriée, d'exiger qu'après la saisie, l'agent de la paix fasse un rapport dans lequel il exposerait les détails de la saisie, de même que les raisons pour lesquelles elle a été faite. Cette façon de procéder est prévue à la recommandation 37, sur laquelle nous reviendrons plus loin dans ce chapitre²⁸⁴. Si elle ne peut empêcher les saisies injustifiées, cette règle pourrait à tout le moins en diminuer la fréquence, dans la mesure où l'agent de la paix saurait qu'il devra éventuellement répondre de ses actes. En outre, comme dans le cas de la demande écrite, elle donne à la personne visée les moyens de contester la saisie si elle s'estime lésée. Par ailleurs, l'obligation de rédiger un rapport n'a rien d'insurmontable. Elle ne fait qu'ajouter un élément au rapport que l'agent doit présenter à la personne qui a délivré le mandat.

242. En second lieu, le fait de permettre la saisie d'objets qui ne sont pas spécifiés dans le mandat pourrait, comme l'écrivait le juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis [TRADUCTION] «inciter un fonctionnaire à profiter d'un mandat qui paraît précis et conforme à la loi pour pénétrer dans la demeure de quelqu'un» et, une fois introduit, «perquisitionner sans retenue» en vue de trouver des objets saisissables²⁸⁵. C'est pourquoi la jurisprudence américaine a élaboré la doctrine des «objets bien en vue», laquelle interdit à l'agent de la paix de fureter dans tous les coins de la demeure de la personne. Nous en concluons que la saisie d'objets non spécifiés dans le mandat devrait être limitée par cette doctrine des «objets bien en vue». Puisque, à strictement parler, cette règle trouve application en dehors du cadre de l'exécution du mandat, nous en reparlerons plus loin dans ce chapitre²⁸⁶. Pour le moment, nous nous contenterons d'énoncer, à la recommandation 24, une modeste proposition suivant laquelle l'exécution de la perquisition doit être limitée par les motifs qui la justifient.

III. L'exécution des fouilles et des perquisitions en général

243. Les règles qui suivent traitent des problèmes liés aussi bien aux fouilles et aux perquisitions sans mandat qu'à celles qui sont effectuées en vertu d'un mandat. Bien que les données précises de

ces problèmes puissent varier, du cas type de perquisition avec mandat au cas type de perquisition sans mandat, nous estimons que les principes régissant la solution de ces problèmes devraient être uniformes.

A. L'emploi de la force

RECOMMANDATION

25. L'emploi de la force devrait continuer d'être régi de façon générale par les critères actuellement énoncés au paragraphe 25(1) du *Code criminel*, aux termes duquel l'agent de la paix qui agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables est fondé à employer la force nécessaire.

244. L'emploi de la force est l'un des éléments circonstanciels de la perquisition qui peut difficilement être prévu par le mandat et cela, pour plusieurs raisons. D'une part, il s'agit d'un facteur trop aléatoire: le degré de force qu'un agent peut être autorisé à utiliser dépend de circonstances qui peuvent varier d'un moment à l'autre. D'autre part, il s'agit d'un facteur trop général: il est présent dans tous les domaines de l'application de la loi, et non seulement à l'égard des perquisitions et des saisies. En outre, il s'agit d'un domaine où c'est peut-être l'application des règles, plutôt que les règles elles-mêmes, qui pose des difficultés²⁸⁷.

245. À l'heure actuelle, le paragraphe 25(1) du *Code criminel* énonce la règle générale concernant l'emploi de la force:

Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi

...

b) à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public,

...

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, fondé à accomplir ce qui lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

Ces dispositions s'appliquent aussi bien aux fouilles de personnes qu'aux perquisitions. Nous discuterons plus loin dans ce chapitre des fouilles personnelles²⁸⁸. Néanmoins, la force peut également être em-

ployée contre une personne au cours d'une perquisition. Par exemple, celle-ci peut tenter d'empêcher l'agent de la paix de fouiller sa demeure. Comme le critère utilisé pour déterminer le bien-fondé de l'emploi de la force contre les personnes est le même, qu'il s'agisse d'une perquisition ou d'une fouille personnelle, il nous est donc possible d'aborder dès maintenant cette question d'une façon globale.

246. Il est un contexte particulier où l'emploi de la force lors d'une perquisition n'est pas régi par les dispositions de l'article 25. En effet, certains pouvoirs spéciaux sont prévus par les dispositions du paragraphe 10(4) de la *Loi sur les stupéfiants*, et celles du paragraphe 37(4) de la *Loi des aliments et drogues*, dont voici la teneur:

Aux fins d'exercer son autorité en vertu du présent article, un agent de la paix peut, avec l'assistance qu'il estime nécessaire, forcer toute porte, fenêtre, serrure, targette, enfoncer tout parquet, mur, plafond, compartiment, ou briser toute tuyauterie, boîte, tout contenant ou toute autre chose.

On pourrait difficilement justifier qu'un pouvoir discrétionnaire aussi étendu puisse être érigé en règle générale. Au chapitre neuf, nous nous interrogerons sur le bien-fondé des pouvoirs exorbitants prévus par ces deux lois²⁸⁹.

247. Au Canada, l'arrêt *Levitz v. Ryan* fait autorité en ce qui concerne le problème de l'emploi de la force au cours d'une perquisition. En l'occurrence, il s'agissait d'une perquisition effectuée en vertu d'un mandat de main-forte. Toutefois, le juge Arnup, de la Cour d'appel de l'Ontario, a analysé la question d'une façon générale, prenant en considération la jurisprudence américaine sur les mandats de perquisition. Il a conclu qu'une «surveillance raisonnable» des personnes se trouvant sur les lieux pouvait, selon les circonstances de l'affaire, s'avérer nécessaire lors d'une perquisition²⁹⁰. En l'espèce, au moment où le plaignant avait tenté de s'enfuir, l'agent s'était saisi de lui, l'avait projeté en arrière et l'avait fait tomber. La Cour a jugé que le degré de force employée était raisonnable.

248. Le critère prévu au paragraphe 25(1) ne s'applique pas seulement au degré de force employée, mais aussi à la décision même de recourir à la force. Dans les manuels de formation de l'"Ontario Police College", on reconnaît que [TRADUCTION] «le policier ne devrait recourir à la force physique que lorsque la persuasion, les avis et les mises en garde ne lui permettent pas de s'acquitter de sa tâche²⁹¹». Certes, la fouille d'une personne comporte toujours l'emploi d'un certain degré de force, surtout en matière de stupéfiants et de drogues. Les parties du corps où, suivant les manuels de formation, de telles

fouilles peuvent avoir lieu, comprennent notamment les membres artificiels, les fesses, le prépuce, le nez, le rectum, le vagin et ce qui se trouve sous les prothèses dentaires et les pansements²⁹². De telles fouilles sont souvent douloureuses et constituent des atteintes particulièrement graves à la personne. C'est pourquoi nous recommandons qu'elles soient régies par des règles particulières²⁹³, que l'on trouvera dans les recommandations 32 et 33.

249. Dans la plupart des cas, cependant, les critères les plus satisfaisants sont encore ceux qui sont énoncés à l'article 25 du *Code criminel*. Même dans le *Code de l'A.L.I.*, malgré tous les détails qu'il contient, il n'est question, en matière de perquisition, que du caractère «raisonnable» et «nécessaire». On y trouve en outre certaines dispositions semblables à celles du paragraphe 25(3) du *Code* canadien, concernant la force de nature à causer la mort. Bien que l'idée de décrire de façon plus détaillée dans la loi le mode d'application de ces critères soit alléchante, il serait vain de viser à l'exhaustivité. En effet, les circonstances qui peuvent inciter l'agent à employer la force peuvent varier à l'infini, de sorte qu'elles échappent à tout espoir de codification. Il semble plus sage de prévoir dans la loi un critère général, et de laisser à la formation des policiers et à la jurisprudence le soin de formuler des principes directeurs.

B. L'entrée sans préavis

RECOMMANDATION

26. En l'absence de circonstances justifiant l'entrée sans préavis ou par la force dans un lieu privé, l'agent de la paix devrait être tenu de demander la permission avant d'entrer. Si l'occupant n'obtempère pas dans un délai raisonnable, l'agent devrait alors avoir le pouvoir d'employer la force.

250. Un ensemble de règles particulières se sont fait jour relativement à l'entrée sans préavis ou par la force. Elles remontent au *Semayne's Case* qui date du dix-septième siècle:

[TRADUCTION]

Dans tous les cas où le Roi est partie à un litige, le shérif peut (si les portes ne sont pas ouvertes) entrer par la force dans la demeure d'une personne, soit pour l'arrêter, soit pour exécuter autrement l'ordonnance du Roi, s'il lui est impossible d'entrer d'une autre façon. Mais avant d'entrer par la force, il doit donner les raisons de sa venue et demander qu'on lui ouvre les portes²⁹⁴.

On aura remarqué que cette règle concerne la «demeure» d'une personne, à l'exclusion de tout autre lieu. Cette distinction a été reprise par la jurisprudence canadienne dans l'affaire *Wah Kie v. Cuddy*²⁹⁵. Confirmant qu'en règle générale, l'agent de la paix devait demander l'ouverture des portes avant de pénétrer dans une maison d'habitation, cette décision est venue préciser que cette règle ne s'appliquait pas lorsqu'il ne s'agissait pas d'une résidence, auquel cas l'agent n'était lié que par le critère du «caractère raisonnable et nécessaire» de l'acte. L'essence de ce critère a été intégrée aux dispositions du paragraphe 182(2), qui permettent l'emploi de la force pour pénétrer dans un endroit, et qui s'appliquent au mandat visant à obtenir des preuves en matière de jeu et de débauche, et à arrêter des femmes se trouvant dans une maison de débauche.

251. Dans ce domaine, il y aurait peut-être lieu d'accorder moins d'importance à la distinction entre les maisons d'habitation et les autres lieux, et de prendre en considération les facteurs circonstanciels. Dans l'affaire *Eccles c. Bourque*, où les policiers étaient entrés en vue d'effectuer une arrestation, le juge Dickson a décrit quelques-unes des circonstances pouvant justifier l'entrée sans préavis ou par la force. Il s'agit notamment de la nécessité de sauver une personne en danger de mort ou de blessures, de la nécessité d'empêcher la destruction d'éléments de preuve, ainsi que de la chasse à l'homme²⁹⁶. On retrouve d'autres énumérations dans la jurisprudence américaine portant sur la règle de l'entrée sans avertissement. Elles incluent les cas prévisibles de violence, d'évasion, de destruction d'éléments de preuve, d'activités illégales manifestes ou tout simplement de portes déjà ouvertes²⁹⁷. Tout compte fait, nous sommes d'avis que, quelle que soit la destination des lieux privés, en l'absence de circonstances justifiant l'entrée sans préavis ou par la force, l'agent devrait avoir l'obligation de demander qu'on lui ouvre la porte. Si la demande reste infructueuse, l'agent devrait alors être en droit, afin de pénétrer dans les lieux, d'avoir recours à la force dans une mesure raisonnable, si besoin est. Suivant la jurisprudence américaine, l'agent doit, après avoir donné l'avis, attendre un délai raisonnable avant de forcer la porte. On a jugé qu'un délai de trente secondes était raisonnable²⁹⁸. Un critère semblable devrait être adopté en droit canadien.

- C. Les obligations envers la personne visée par la fouille, la perquisition ou la saisie

RECOMMANDATIONS

27. Lorsqu'un agent de la paix effectue une fouille, une perquisition ou une saisie en vertu d'un mandat, il devrait être tenu, avant d'entreprendre la fouille ou la perquisition, ou dès que possible par la suite, de remettre une copie du mandat à la personne visée ou à une autre personne présente qui a manifestement la responsabilité du lieu ou du véhicule devant être fouillé. Si le lieu ou le véhicule est inoccupé lors de la perquisition ou de la saisie, une copie du mandat devrait y être affichée de façon convenable.

28. Lorsque cela est possible, une personne présente qui a manifestement la responsabilité du lieu ou du véhicule fouillé devrait être autorisée à assister à la fouille.

29. Si des choses sont saisies au cours d'une perquisition, la personne visée devrait être en droit de recevoir, sur demande, une copie du procès-verbal de saisie. Si, à la connaissance de l'agent, les choses saisies appartiennent à une autre personne que celle qui est fouillée ou qui est propriétaire du lieu ou du véhicule fouillé, une copie du procès-verbal devrait également être fournie au propriétaire, sans que celui-ci soit tenu de la demander. Le procès-verbal devrait contenir tous les détails qui peuvent raisonnablement être donnés dans les circonstances.

(1) *La production du mandat*

252. À l'heure actuelle, l'obligation qu'a l'agent de la paix de donner des renseignements à l'occupant au sujet de la perquisition est assez réduite. Elle se résume à présenter le mandat, à la demande de la personne visée, dans la mesure où il est requis de le faire en vertu des dispositions du paragraphe 29(1) du *Code criminel*:

Quiconque exécute un acte judiciaire ou un mandat est tenu de l'avoir sur soi, si la chose est possible, et de le produire lorsque demande lui en est faite.

Même si les dispositions du paragraphe 29(1) du *Code* constituent un effort louable en vue de protéger les personnes visées par l'exécution d'un mandat contre les fouilles et les perquisitions non autorisées,

elles présentent deux lacunes importantes. En premier lieu, l'agent n'est tenu de présenter le mandat que s'il l'a en sa possession, «si la chose est possible», et encore, seulement si la personne visée lui en fait la demande. En second lieu, rien dans les dispositions du paragraphe 29(1) n'exige que le mandat soit présenté au début de la perquisition, c'est-à-dire au moment où la preuve du bien-fondé de la perquisition est sans doute la plus importante. Signalons à ce propos que la jurisprudence canadienne n'a jamais exigé que le mandat soit produit au début de la perquisition ou dès que possible par la suite²⁹⁹.

253. Lors des entretiens qu'ils ont eus avec les recherchistes de la Commission, les membres d'un certain nombre de forces policières ont fait état de leurs différentes façons de procéder relativement à la production du mandat lors de la perquisition. Certains agents de la paix ont déclaré qu'ils avaient l'habitude de dire à la personne visée qu'ils détenaient un mandat, sans toutefois le présenter à moins d'en être requis. D'autres semblaient dire qu'ils produisent parfois le mandat de leur propre initiative, selon la personne à laquelle ils ont affaire. Enfin, certains ont déclaré que, de façon générale, ils permettaient à la personne visée d'examiner une copie du mandat, mais non de la garder.

254. En revanche, le *Code de l'A.L.I.* reconnaît qu'en principe, le mandat devrait être produit dès que possible, qu'une demande à cet effet ait été faite ou non:

[TRADUCTION]

Lors d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie effectuée en vertu d'un mandat, l'agent doit faire lecture du mandat et en remettre une copie à la personne qui doit être fouillée ou à celle qui paraît avoir la responsabilité des lieux. La lecture du mandat et la remise d'une copie de celui-ci doivent avoir lieu avant le début de la fouille, de la perquisition ou de la saisie, à moins que l'agent n'ait des motifs raisonnables de croire que cette façon de procéder risque de compromettre le succès de l'exécution du mandat, ou d'être dangereuse. Le cas échéant, la lecture du mandat et la remise d'une copie de celui-ci doivent avoir lieu dès que possible. S'il ne se trouve aucune personne ayant manifestement la responsabilité des lieux, l'agent doit afficher une copie du mandat de façon convenable³⁰⁰.

Cette règle peut paraître quelque peu gênante pour l'agent de la paix. Elle n'en est pas moins avantageuse, en fin de compte, pour les deux parties, dans la mesure où elle contribue à affirmer d'emblée l'autorité de l'agent.

(2) *La divulgation des motifs de la fouille ou de la perquisition*

255. La production du mandat par l'agent de la paix fournit à la personne visée des renseignements importants. Même si la plupart des mandats n'énoncent pas les motifs invoqués dans la demande³⁰¹, ils doivent tout de même spécifier les lieux qui doivent être fouillés, les objets qui doivent être saisis, de même que l'infraction à laquelle est liée la perquisition. À ces mesures de protection se joignent certains droits d'accès à l'information qui trouvent leur application après l'exécution de la perquisition³⁰². En conséquence, nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire d'y ajouter quoi que ce soit.

256. Cela étant dit, il en va tout autrement des personnes soumises à des fouilles ou à des perquisitions sans mandat puisqu'elles ne peuvent bénéficier de ces garanties. La chose est d'autant plus singulière eu égard à certaines dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En premier lieu, les dispositions de l'article 8 protègent le citoyen contre «les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Ce serait donc donner son plein effet à cette règle constitutionnelle que d'imposer à l'agent de la paix l'obligation de donner les renseignements appropriés à la personne soumise à une fouille ou à une perquisition sans mandat. Dans cette même ligne de pensée, la Commission royale britannique sur la procédure pénale en est venue à la conclusion que dans le contexte des fouilles ou des perquisitions sans arrestation préalable ("stop and search powers"), le fait de donner les motifs de l'acte contribuerait à assurer l'application du critère des [TRADUCTION] «soupçons raisonnables³⁰³». En outre, le fait d'obliger les policiers à donner les motifs de la fouille, de la perquisition ou de la saisie rendrait ceux-ci responsables de leurs actes en cas de contestation. Enfin, cette exigence favoriserait l'établissement de meilleures relations entre les policiers et les personnes qu'ils doivent fouiller sans mandat dans l'exercice de leurs fonctions. Autrement dit, cela aurait pour effet de mettre en évidence le caractère raisonnable des fouilles ou des perquisitions.

257. En second lieu, la divulgation des motifs de la fouille ou de la perquisition est conforme à l'esprit des dispositions du paragraphe 10(1) de la *Charte*, dont voici la teneur:

Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

- a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;
- b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

c) de faire contrôler par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

Même si cette règle constitutionnelle s'inscrit dans le contexte de l'arrestation, elle peut trouver application en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies, dans la mesure où l'exercice de ces pouvoirs implique la détention de la personne qui y est soumise. Il s'agit notamment du cas où le policier force un conducteur à immobiliser son véhicule, ou fouille une personne conformément à la recommandation 9, et même du cas où les policiers ordonnent à toutes les personnes se trouvant dans un lieu de rester immobiles, comme dans l'affaire *Levitz v. Ryan*³⁰⁴. Autrement dit, il peut y avoir eu arrestation ou détention alors que l'agent de la paix exerçait un pouvoir tout à fait étranger à celui de l'arrestation (ou même n'exerçait aucun pouvoir reconnu). Pourtant, sur le plan constitutionnel, force nous est de reconnaître qu'il existe une distinction entre le pouvoir d'arrestation et les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie, les mécanismes de protection relatifs à chacun d'eux étant prévus respectivement par les dispositions de l'article 10 et de l'article 8³⁰⁵.

258. Si tant est que les dispositions de l'article 10 de la *Charte* soient jugées inapplicables aux cas d'exercice du pouvoir de fouille ou de perquisition, la divulgation des motifs lors de la fouille ou de la perquisition aurait tout de même l'avantage d'éliminer les palabres inutiles. En effet, d'aucuns soutiennent que d'un point de vue théorique, il existe une grande similitude entre la fouille personnelle et l'arrestation. Par conséquent, le fait d'accorder une protection différente à la personne suivant la nature du pouvoir exercé reviendrait à ouvrir la porte à des tergiversations interminables sur la nature du pouvoir effectivement exercé. Dans l'affaire *Scott*, par exemple, la Cour d'appel fédérale s'est vue dans l'obligation d'infirmier la décision du tribunal de première instance sur la question de savoir si un bref entretien entre les agents de la paix et le client d'un bar constituait une arrestation ou seulement une fouille³⁰⁶. De telles controverses pourraient être évitées si ces deux types de pouvoirs comportaient des garanties analogues sur le plan de la procédure.

259. Malgré le poids de ces arguments, nous ne pouvons souscrire à la position adoptée par la Commission royale britannique sur la procédure pénale, qui a recommandé que les motifs soient donnés aux personnes fouillées sans mandat, et que ces motifs soient consignés dans le carnet de l'agent³⁰⁷.

260. Notre décision repose sur plusieurs arguments. Le premier, qui est sans doute le moins important, est celui de la paperasse qu'entraînerait une telle exigence. En effet, si l'on adoptait une telle recommandation, toute fouille de consentement obligerait l'agent de police à remplir trois formules distinctes: une déclaration des motifs justifiant la fouille, lesquels seraient sans doute notés dans le carnet du policier, une formule de consentement signée par la personne fouillée, de même qu'un procès-verbal de saisie. Or, de ces trois formules, l'exposé écrit des motifs semble celle dont on puisse se passer le plus facilement, d'autant plus que même dans le cas d'une fouille ou d'une perquisition avec mandat, celui-ci n'énonce généralement pas les motifs de la fouille. Deuxièmement, la recommandation de la Commission royale britannique s'inscrit dans le contexte particulier du pouvoir de fouille sans arrestation préalable ("stop and frisk"). Au contraire, l'ensemble de nos recommandations reflètent la prééminence que nous donnons aux fouilles et aux perquisitions avec mandat, et visent à limiter l'exercice du pouvoir de fouille et de perquisition sans mandat aux cas de nécessité reconnus et de consentement donné en connaissance de cause. Dans le cas de la fouille ou de la perquisition de consentement, l'agent de la paix doit, cela va de soi, exposer ses motifs s'il veut obtenir le consentement de la personne. Par ailleurs, nous ne reconnaissons que deux cas de nécessité: l'arrestation et le danger pour la vie humaine ou la sécurité. Pour ce qui est de la fouille ou de la perquisition concomitante de l'arrestation, aux termes de l'article 10 de la *Charte*, la personne doit être informée sans délai des motifs de son arrestation ou de sa détention. Il serait manifestement superflu d'exiger la divulgation de motifs additionnels, et par écrit, de surcroît, relativement à la fouille ou à la perquisition qui suit l'arrestation. Quant à la situation qui représente un danger pour la vie humaine ou la sécurité, il semble raisonnable de penser que ces motifs, lorsqu'ils ne sont pas évidents, se feront jour naturellement pendant ou immédiatement après l'acte.

(3) *Les témoins et le procès-verbal*

261. Outre la présentation du mandat sur demande, la loi n'exige aucun acte particulier de la part de l'agent de la paix lors d'une fouille ou d'une perquisition. Son pouvoir n'est limité que par le critère du «caractère raisonnable». Toutefois, l'application de ce critère ne tient pas compte des mesures concrètes qui doivent censément être prises en vue de protéger les droits de la personne

visée. Dans la plupart des cas, celle-ci devrait plus précisément être en droit d'assister à la perquisition et d'obtenir sur demande une copie du procès-verbal de saisie.

262. Ces préoccupations visent, dans la mesure du possible, à faire de la perquisition un acte ostensible et empreint de respect et de politesse, ainsi qu'à encourager la conscience professionnelle chez les policiers. Même si les intérêts de l'agent de la paix et de l'occupant sont forcément antagoniques, il n'est pas nécessaire que l'exécution de la perquisition soit caractérisée par l'hostilité mutuelle. Au contraire, l'agent de la paix devrait être conscient du caractère attentatoire de son acte et, dans la mesure du possible, faire preuve de respect à l'endroit de l'occupant. Bien que dans les manuels de formation des policiers au Canada, ainsi que dans le *Code de A.L.I.*, on insiste clairement sur la courtoisie, cette politique a été élevée à un degré de raffinement remarquable dans le *Code de procédure pénale* français. On y trouve des règles différentes selon que le propriétaire du domicile fouillé a été mis en accusation ou non. Dans les deux cas cependant, la perquisition doit être effectuée en présence de l'occupant ou d'un représentant de celui-ci. Si l'occupant n'est pas accusé, il est «invité à ... assister» à la perquisition. Une fois la perquisition terminée, on dresse un procès-verbal qui doit être signé par les personnes ayant assisté à la perquisition³⁰⁸. Certes, on doit tenir compte des différences qui existent entre les systèmes de droit civil et de common law. Toutefois, la position adoptée dans la loi française semble vouloir s'imposer.

263. La règle générale voulant que l'occupant d'un lieu ou d'un véhicule fouillé soit en droit d'assister à la perquisition ne se justifie pas seulement par rapport à la courtoisie, mais aussi par rapport au simple bon sens: la présence d'un témoin peut servir à corroborer le compte-rendu de l'agent à l'égard de la perquisition. Dans une certaine mesure, cette politique a déjà été sanctionnée par les lignes de conduite des policiers, lesquelles exigent que le policier demande au propriétaire ou à l'occupant des lieux de l'accompagner lors de la perquisition³⁰⁹. Bien sûr, le fait de permettre à un voisin ou à un passant d'assister à la perquisition en l'absence de la personne directement concernée peut constituer une atteinte à la vie privée de celle-ci. Il n'en reste pas moins qu'à l'égard des occupants eux-mêmes, la loi devrait sanctionner les règles de conduite actuelles en les intégrant aux dispositions législatives régissant l'exécution des perquisitions. Ces dispositions devraient toutefois prévoir les cas où la présence de la personne serait nuisible à l'exécution de la perquisition (par exemple, lorsque l'hostilité de la personne est

susceptible de faire avorter la perquisition). Dans les cas où le lieu ou le véhicule fouillé est inoccupé, à défaut de témoins, nous proposons que l'agent de la paix qui exécute la perquisition soit tenu d'afficher convenablement une copie du mandat.

264. Le common law a toujours reconnu le bien-fondé de l'exigence du procès-verbal dans le cas de saisie de biens volés³¹⁰. Pourtant, on ne retrouve cette exigence dans aucune disposition législative moderne. Toutefois, un certain nombre de forces policières canadiennes obligent leurs membres à dresser des procès-verbaux. Notamment, les membres de l'une de ces forces ont fait savoir aux chercheurs de la Commission qu'ils faisaient parvenir un relevé de pièces à conviction à la personne dont les biens avaient été saisis, de même qu'à leur propre service des dossiers. En revanche, une autre force policière s'est montrée défavorable aux mécanismes des procès-verbaux, dans la mesure où ils constituent une source de paperasse inutile. Pour étayer sa position, elle a fait état de l'absence de plaintes provenant des personnes visées. Entre ces deux positions extrêmes se trouve celle d'un certain nombre de forces policières dont les membres ont affirmé qu'ils envoyaient une copie du procès-verbal, à la demande de la personne visée.

265. On retrouve dans les règles fédérales américaines³¹¹ une disposition législative exigeant qu'un procès-verbal soit envoyé à la personne dont les biens ont été saisis. L'adoption d'une telle disposition a été recommandée par la Commission royale britannique sur la procédure pénale³¹². Nous sommes d'avis que ce principe devrait aussi être repris au Canada, mais avec une réserve. En effet, il peut arriver que la personne saisie n'ait pas besoin d'un procès-verbal, et même qu'elle ne veuille pas en obtenir. Il s'agit notamment du cas où la possession des biens saisis est illégale. C'est pourquoi nous proposons que cette exigence s'applique à la demande du saisi. Étant donné qu'un procès-verbal doit de toute façon être dressé par l'agent de la paix, en vue du rapport qui doit être fait au juge de paix, sans parler du procès-verbal qui est habituellement dressé à des fins administratives, cette règle n'a rien pour alourdir la tâche des policiers. Au demeurant, la nécessité pour l'occupant de savoir lesquels de ses biens ont été saisis doit l'emporter sur les inconvénients que cette règle comporte, quels qu'ils soient. En outre, celle-ci renforce le caractère ostensible des mécanismes de fouille, de perquisition et de saisie. Le procès-verbal devrait contenir tous les détails qui peuvent raisonnablement y être inscrits, compte tenu des circonstances et de la quantité d'objets saisis.

266. L'exigence du procès-verbal peut toutefois poser certaines difficultés dans la mesure où la réception d'un procès-verbal par une personne pourrait éventuellement être utilisée contre elle devant un tribunal. Lorsque la possession des biens saisis devient une question en litige, toute reconnaissance tacite ou explicite de l'exactitude d'un procès-verbal pourrait constituer une preuve pertinente. Il est donc possible qu'afin de se protéger contre une telle éventualité, le saisi préfère ne pas recevoir de procès-verbal.

D. La doctrine des objets «bien en vue»

RECOMMANDATION

30. Lorsque, en effectuant une perquisition légale, ou se trouvant légalement dans un lieu, l'agent de la paix découvre des «choses saisissables se trouvant bien en vue», il devrait être habilité à les saisir sans mandat. Le cas échéant, un rapport postérieur à la perquisition et rédigé conformément à la recommandation 37 devrait être produit.

267. On peut facilement imaginer plusieurs cas où l'agent de la paix, tout en effectuant une perquisition légale, découvrirait des objets saisissables non visés par les motifs justifiant initialement son entrée dans les lieux. Par exemple, l'agent qui fouille un endroit en vertu d'un mandat visant des biens volés peut y trouver des drogues illégales. Par ailleurs, le policier qui procède à l'arrestation d'une personne dans la maison de celle-ci peut y voir une arme illégale qui ne se trouve pas à la portée de la personne et qui, partant, n'est pas visée par le critère prévu à la septième recommandation³¹³. Cette hypothèse nous place dans un dilemme. Il va sans dire que dans l'intérêt de l'application du droit pénal, ces objets devraient être saisis. Pourtant, cela reviendrait à inciter les agents de la paix à profiter de l'autorisation donnée relativement à une perquisition dont la portée a été déterminée, pour se livrer à des fouilles sans retenue. Certaines dispositions particulières, comme celles du paragraphe 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, permettent la saisie de choses qui ne sont pas mentionnées dans le mandat, mais qui sont liées à la perpétration de la même infraction ou d'une infraction connexe. Mais que faire lorsque les objets en cause sont liés à la perpétration d'une infraction complètement différente? Hormis les dispositions de l'article 445 du *Code criminel*, qui portent exclusivement sur les perquisitions effectuées en vertu d'un mandat délivré aux termes de

l'article 443 du *Code*³¹⁴, le droit canadien n'apporte aucune solution à ce problème. En revanche, la jurisprudence américaine y a répondu en élaborant la doctrine des choses «bien en vue».

268. En substance, cette doctrine suppose que le fait de profiter de ce que des objets liés à la perpétration d'une infraction se trouvent «bien en vue» pour les saisir, n'étend pas la portée de la perquisition au-delà de ce qui est justifié par les motifs initiaux. Par conséquent, en autorisant la saisie de ces objets, la loi ne se trouve pas à sanctionner une atteinte générale et systématique à la vie privée des gens³¹⁵. En réalité, le seul préjudice significatif résultant de la découverte réside dans la perte, pour la personne, des choses trouvées. La saisie sans mandat de ces choses est permise parce que le préjudice souffert ne saurait l'emporter sur les inconvénients ou le danger éventuel que comporterait l'obligation pour la police d'obtenir un mandat visant spécifiquement ces objets³¹⁶.

269. La solution américaine s'inspire de la jurisprudence de la Cour suprême, qui a fixé les limites de la doctrine à partir de l'essence de celle-ci:

[TRADUCTION]

On a souligné que tout élément de preuve saisi par un agent de la paix se trouve habituellement «bien en vue», du moins au moment de la saisie. Par conséquent, le seul fait qu'un élément de preuve se trouve «bien en vue» au moment de la saisie n'entraîne pas nécessairement l'application de la doctrine des choses «bien en vue». Selon la Cour suprême, l'application de cette doctrine est assujettie à deux conditions: (1) celui qui voit les choses «bien en vue» doit au préalable avoir été autorisé à se trouver dans la position qui lui permet de les voir; (2) pour que la saisie des choses se trouvant «bien en vue» soit constitutionnelle, elle doit être fondée sur un mandat valide ou sur des «circonstances urgentes» justifiant le défaut d'obtenir un mandat valide³¹⁷.

Nous sommes d'avis que cette doctrine est bien fondée et nous en recommandons l'adoption en droit canadien.

270. La jurisprudence américaine laisse toutefois entendre que la doctrine des choses «bien en vue» ne saurait justifier la saisie de choses dont le caractère incriminant n'est pas évident, même si celles-ci sont «bien en vue³¹⁸». Dans certaines décisions, on a établi des distinctions entre, d'une part, la saisie de biens de contrebande, de biens volés ou de biens dangereux, et d'autre part, la saisie d'objets n'ayant qu'une valeur probante. Toutefois, la saisie d'objets de cette dernière catégorie semble être constitutionnelle dans la mesure où ils ont été découverts par inadvertance³¹⁹. Il serait possible de simplifier la solution américaine en excluant de la catégorie des

choses saisissables celles qui ne sont ni «le produit d'une infraction», ni des choses «dont la possession, dans les circonstances de l'espèce, constitue une infraction», mais qui n'ont qu'une valeur probante. De fait, on pourrait soutenir que cette position est reconnue implicitement par le droit canadien. À l'heure actuelle, outre celles qui sont spécifiées dans le mandat, les seules choses pouvant être saisies en vertu des dispositions de l'article 443 du *Code criminel* sont celles que l'agent croit, pour des motifs raisonnables, avoir été obtenues au moyen d'une infraction ou avoir été employées à la perpétration d'une infraction. Or, il n'est pas sûr que les choses n'ayant qu'une valeur probante soient visées par ces dispositions. Pourtant, certains objets comme des vêtements tachés de sang ou des armes possédées légalement peuvent avoir une valeur probante évidente et nous ne sommes pas convaincus qu'il soit opportun de les exclure de notre recommandation. Pour cette raison, et par souci de simplicité, nous recommandons que la doctrine des choses «bien en vue» soit applicable à toutes les choses saisissables.

IV. Les fouilles de personnes

RECOMMANDATIONS

31. Un agent de la paix peut fouiller une personne

- a) désignée dans un mandat de perquisition;
- b) trouvée dans un endroit ou un véhicule spécifié dans un mandat de perquisition
 - (i) s'il a des motifs raisonnables de croire qu'elle porte une chose saisissable spécifiée dans le mandat, et
 - (ii) si la personne qui a délivré le mandat a autorisé expressément, sur celui-ci, la fouille des personnes trouvées dans l'endroit ou dans le véhicule spécifié; ou
- c) en vertu des pouvoirs de fouille et de perquisition sans mandat établis aux recommandations 5 à 10.

Toutefois, un «examen médical» ou une fouille de la bouche ne peuvent être exécutés qu'en conformité des recommandations 32 et 33.

32. Les règles de droit concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies ne devraient autoriser aucun acte nécessitant la perforation

de la peau humaine. L'«examen médical» (par exemple, la fouille comportant des touchers sexuels intimes, ou l'examen du corps nu ou des orifices corporels, qui ne nécessitent pas la perforation de la peau) ne devrait être autorisé:

- a) que relativement à une infraction grave définie par le Parlement;
- b) qu'en vertu d'un mandat spécifique désignant la personne qui doit faire l'objet de l'examen;
- c) que s'il est effectué par un médecin qualifié; et
- d) que s'il est effectué dans le respect de l'intimité de la personne examinée.

33. La fouille de la bouche d'une personne ne devrait être autorisée:

- a) que relativement à une infraction grave définie par le Parlement;
- b) que si elle est effectuée de façon à ne pas mettre en danger la vie humaine ou la sécurité; et
- c) qu'à la condition que l'agent de la paix qui effectue la fouille dresse ensuite un rapport, conformément à la recommandation 37.

A. Les motifs raisonnables

271. Il peut sembler banal d'affirmer que la loi protège les citoyens individuellement. Ainsi, les résidents d'un immeuble ne sont pas protégés de façon collective contre les voies de fait, mais bien de façon individuelle. Par conséquent, on pourrait s'attendre à ce que la protection contre les fouilles abusives comporte le même caractère individuel, c'est-à-dire qu'une personne ne puisse être fouillée à moins qu'il n'existe des motifs de fouiller *cette* personne. Or, il n'en est pas toujours ainsi. La plus importante dérogation à ce principe se trouve dans les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues*, lesquelles permettent la fouille de «toute personne» se trouvant dans un lieu où l'on effectue une perquisition en vue de trouver des drogues ou des stupéfiants³²⁰. À la lumière de l'affaire *Jaagusta*, il semble clair que même dans les cas de fouille sans mandat, l'agent doit, avant de pouvoir fouiller une personne, avoir des motifs raisonnables de croire qu'il peut trouver des

drogues, soit sur cette personne, soit dans le lieu où elle se trouve³²¹. Toutefois, la dichotomie que comporte cette règle permet apparemment à l'agent de la paix de fouiller toute personne trouvée dans un lieu, du moment qu'il est autorisé à y entrer, soit en vertu d'un mandat, soit en vertu d'une disposition de la loi.

272. Cet état de choses a été critiqué dans le rapport Pringle³²², où l'on faisait état d'un incident au cours duquel les policiers s'étaient livrés à la fouille systématique de tous les clients d'une taverne. Le rapport fait mention d'une directive émise par la Gendarmerie royale du Canada en juin 1974, et préconisant la «plus grande discrétion» dans l'exercice des pouvoirs de fouille personnelle. Cette directive interdit également les fouilles à nu [TRADUCTION] «à moins que l'enquêteur n'ait des motifs raisonnables et probables de croire que la personne porte sur elle des biens dont la possession est illégale ou qui constituent la preuve» d'une infraction. Les auteurs du rapport ont également recommandé que la personne trouvée dans un lieu autre qu'une maison d'habitation ne puisse être fouillée à moins qu'il n'existe des motifs raisonnables de croire qu'elle est en possession d'objets tendant à établir sa culpabilité³²³. Nous souscrivons à cette position. Il ne suffit pas de recommander aux policiers de faire preuve de «la plus grande discrétion» en matière de fouilles personnelles. Indépendamment des questions de principe, les données expérimentales dont nous disposons indiquent qu'en pratique, ce pouvoir est utilisé très couramment. Ainsi, au cours des 487 perquisitions effectuées sous l'autorité d'un mandat délivré en vertu de la *Loi sur les stupéfiants* ou de la *Loi des aliments et drogues*, et visées par notre étude sur le mandat, on s'est livré à 959 fouilles de personnes³²⁴.

273. Il ressort de nos recommandations que les motifs justifiant la fouille devraient être liés à la personne que l'agent de la paix désire fouiller. Autrement dit, il doit exister, entre la personne et les choses, les fonds ou les renseignements recherchés, des rapports suffisamment étroits pour justifier la fouille. Selon nous, ce principe doit s'appliquer non seulement à la fouille de personnes trouvées au cours d'une perquisition, mais aussi à tous les cas où la fouille personnelle est autorisée, hormis le cas de l'arrestation. Notre position repose en partie sur des considérations d'ordre constitutionnel. Dans l'affaire *Ybarra*, la Cour suprême des États-Unis a jugé, en l'espèce, que chacune des personnes se trouvant dans une taverne bénéficiait d'une protection constitutionnelle individuelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, y compris les fouilles sommaires³²⁵. Cette règle est fondée sur le quatrième amendement de

la Constitution américaine, dont le libellé est analogue à celui de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais indépendamment de la question constitutionnelle, le principe formulé dans l'affaire *Ybarra* est selon nous bien fondé et devrait, en conséquence, être intégré à la législation canadienne.

274. Certes, nous reconnaissons que le fait d'assujettir le pouvoir de fouiller une personne à la seule existence de «motifs raisonnables» pourrait, en pratique, donner lieu à des fouilles systématiques ou injustifiées. Par exemple, le rapport Scarman publié récemment au sujet des émeutes de Brixton en Angleterre³²⁶, offre une description de ce genre de pratiques systématisées et des conséquences alarmantes qu'elles entraînent. Or, les dangers que comportent ces pratiques redoublent d'acuité dans le cas des pouvoirs de fouille sans mandat comme ceux qui sont décrits aux recommandations 7 à 10. Quoi qu'il en soit, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de nier l'intérêt légitime de l'application du droit pénal, dans les cas où il existe vraiment des motifs raisonnables justifiant une fouille personnelle, sous prétexte de vouloir empêcher l'établissement de telles pratiques. Comme nous l'avons déjà expliqué, le défaut de reconnaître cet intérêt pourrait avoir pour seul effet d'inciter les policiers à se retrancher derrière les pouvoirs relativement discrétionnaires prévus par les législations provinciales en matière d'alcool, à interpréter arbitrairement le consentement ou à tenter de faire passer la fouille pour une arrestation. Nous préférons conférer à la police des pouvoirs de fouille personnelle d'une portée raisonnable, tout en incluant des garanties dans les règles de procédure, afin de limiter les possibilités d'abus.

275. Il est également permis de se demander si le critère des «motifs raisonnables» est suffisamment rigoureux dans le contexte des fouilles de personnes. Dans certaines décisions américaines portant sur les fouilles en matière de stupéfiants, le degré de preuve exigé est celui de la [TRADUCTION] «cause plausible³²⁷», alors que dans le cas des fouilles sommaires en matière d'armes, le critère reconnu semble être celui, moins rigoureux, du «caractère raisonnable³²⁸». Pour sa part, la Commission royale britannique sur la procédure pénale a adopté un critère assez confus, celui des «soupçons raisonnables³²⁹». À l'instar des rédacteurs du *Criminal Investigation Bill* australien, nous en arrivons à la conclusion que dans ce contexte, le critère des «motifs raisonnables» demeure le plus approprié³³⁰. Ce choix repose sur plusieurs arguments. D'une part, l'application de ce critère est bien établie en droit canadien, dans le domaine des fouilles, des perquisitions et des saisies. D'autre part, ce

critère est conforme à l'esprit des dispositions de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En outre, force nous est de reconnaître que l'agent de la paix qui doit, de but en blanc, décider s'il y a lieu de fouiller une personne, n'a que faire des subtilités sémantiques. Enfin, nous sommes d'avis que la véritable protection contre les fouilles abusives ne dépend que de l'attitude des agents de la paix, des personnes chargées de délivrer les mandats et des juges responsables de l'application de la loi. Appliqué de façon juste et appropriée, le critère des « motifs raisonnables » est propre à réaliser l'équilibre entre les intérêts en cause dans le cas des fouilles personnelles visées par nos recommandations.

B. Le mandat autorisant la fouille d'une personne

276. L'idée d'un mandat autorisant spécifiquement la fouille d'une personne peut sembler étrangère à l'esprit général de la procédure pénale canadienne, même si les dispositions des articles 101 et 353 du *Code criminel* paraissent autoriser la délivrance d'un tel mandat. Toutefois, le fait que de nos jours, on ait tendance à réserver l'usage du mandat aux perquisitions, résulte plus d'une évolution divergente des pouvoirs de perquisition et de fouille personnelle, que de distinctions fondamentales³³¹. En réalité, si l'on admet que toute fouille, perquisition ou saisie justifiée devrait pouvoir être autorisée par un mandat, c'est l'exclusion des fouilles personnelles qui devrait sembler dérogatoire. Ce principe est maintenant sanctionné par un certain nombre de dispositions législatives³³² dans d'autres États, de sorte qu'il devient anachronique d'associer exclusivement le pouvoir de fouille personnelle au pouvoir de fouille sans mandat.

277. Il est vrai que bon nombre de fouilles personnelles, y compris celles qui sont concomitantes de l'arrestation, sont effectuées dans des circonstances urgentes. Cependant, on ne doit pas pour autant renoncer à l'existence d'un mandat applicable aux fouilles de personnes. Cela signifie seulement que l'agent de la paix doit pouvoir fouiller une personne sans mandat dans les cas qui le justifient. Par ailleurs, l'arrestation a souvent lieu dans des circonstances tout aussi difficiles. Pourtant, personne n'oserait prétendre que le mandat d'arrestation est une chose périmée. Certes, on ne peut établir d'adéquation entre les motifs qui peuvent justifier une fouille sans mandat et ceux qui peuvent justifier une arrestation sans mandat. Il n'en reste pas moins que dans les deux cas, la

question consiste à déterminer par quel mécanisme on peut autoriser l'atteinte portée aux droits de la personne visée. Si dans un cas donné, le mandat constitue une façon appropriée d'autoriser l'arrestation d'une personne, compte tenu de son caractère judiciaire et de sa spécificité, on voit mal pourquoi il n'en irait pas de même des fouilles de personnes.

278. Par ailleurs, on peut soutenir que l'instauration d'un mandat visant les fouilles de personnes n'a pas d'intérêt pratique dans la mesure où les policiers pourront toujours alléguer que l'obtention d'un mandat est matériellement impossible et continueront à fouiller sans mandat³³³. Sans nier l'importance de la question de savoir si, en pratique, les fouilles sans mandat sont effectivement limitées aux cas «d'impossibilité matérielle³³⁴», il n'est pas sûr que la solution à ce problème consiste à exclure les fouilles personnelles de l'application du mécanisme du mandat. En revanche, si l'on adoptait cette position, le policier ne pourrait s'adresser à un fonctionnaire judiciaire, afin d'obtenir l'autorisation de fouiller une personne, dans les cas où il jugerait possible, voire souhaitable d'agir de cette façon.

279. En outre, il est un type de fouille personnelle à l'égard duquel l'obtention d'un mandat n'est pas seulement possible mais bien essentielle: l'«examen médical». Nous reviendrons sur cette question de façon plus détaillée. Pour le moment, qu'il nous suffise de dire que la fréquence actuelle des fouilles à nu et des fouilles internes montre que l'exigence d'un mandat donnerait sans doute lieu à un grand nombre de demandes³³⁵.

280. Cela étant dit, quel devrait être le critère applicable à la délivrance du mandat autorisant la fouille d'une personne? Cette question comporte en fait deux volets. Pour ce qui est du critère de preuve que doit appliquer la personne chargée de délivrer le mandat, rien ne paraît justifier que l'on déroge à celui des «motifs raisonnables». Par ailleurs, il est essentiel que ces motifs raisonnables soient liés directement à la personne que l'on se propose de fouiller³³⁶. La précision avec laquelle la personne doit être désignée est susceptible de varier suivant les circonstances de chaque cas. Il est toutefois nécessaire qu'à défaut du nom de la personne, l'agent en donne une description physique, et précise l'endroit où elle peut être trouvée³³⁷. Bien qu'il existe une certaine confusion parmi les décisions américaines sur la question, il semble préférable de laisser à la jurisprudence le soin d'élaborer les critères de spécificité et de précision, plutôt que de donner à ceux-ci la rigidité des textes législatifs. Du reste, les tribunaux canadiens ont élaboré des règles fort sages concernant la spécificité en matière de perquisitions,

notamment dans les affaires *Gibson*³³⁸ et *Royal American Shows*³³⁹. Il n'existe aucune raison de douter qu'ils puissent en faire autant dans le domaine des fouilles de personnes.

C. La fouille de personne concomitante de la perquisition

281. À l'heure actuelle, il est rare qu'une fouille personnelle effectuée dans le cadre de l'exécution d'une perquisition ait été expressément autorisée par un mandat. Les fouilles de personnes sont plutôt considérées comme l'accessoire de la perquisition. On invoque alors, pour leur justification, diverses sources légales de pouvoir, mais dans certains cas, la chose est loin d'être évidente³⁴⁰. Tout compte fait, il existe trois solutions possibles à ce problème: (1) préciser que des fouilles personnelles peuvent être autorisées par un mandat de perquisition, ce qui, à l'heure actuelle, n'est prévu dans aucune disposition législative au Canada; (2) généraliser (avec d'éventuelles modifications) le système établi en matière de drogues et de stupéfiants, par l'établissement d'un pouvoir distinct de fouiller des personnes lors d'une perquisition effectuée en vertu d'un mandat; (3) permettre à la personne chargée de l'exécution du mandat de s'autoriser d'autres sources de pouvoir, pour se livrer à des fouilles de personnes, comme c'est le cas actuellement dans le cas de perquisitions fondées sur les dispositions de l'article 443 du *Code criminel*. Nous optons pour la première de ces solutions.

282. La troisième possibilité traduit bien l'idée que chaque fouille constitue une atteinte distincte aux droits de la personne. Toutefois, dans la mesure où l'on n'accorde aucune importance au fait que la personne ait été trouvée dans le lieu ou le véhicule faisant l'objet de la perquisition, l'agent se trouve placé dans la même situation juridique que s'il avait trouvé la personne dans la rue. Or, la faiblesse de cette solution tient justement au fait qu'il est artificiel d'extraire toutes les fouilles personnelles du contexte de la perquisition effectuée en vertu d'un mandat. Et par contexte, nous n'entendons pas le seul contexte physique, mais ce qui importe plus encore, le but global de la fouille et de la perquisition. Il peut arriver qu'un agent de la paix désire fouiller une personne pour des raisons qui sont étrangères au but de la perquisition, comme dans le cas où il craindrait que la personne porte sur elle une arme dangereuse. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Au contraire, l'agent peut avoir intérêt à fouiller des personnes afin de retrouver les choses saisissables

spécifiées dans le mandat de perquisition. En pareil cas, la fouille de ces personnes ne peut, en toute logique, être appréciée que dans le contexte global de la perquisition.

283. La fouille personnelle, cela va de soi, est caractérisée par le fait que l'atteinte ne concerne pas seulement le domaine spatial de la personne mais aussi son intégrité physique et sa sécurité. Il est donc essentiel que toute personne se trouvant dans le lieu ou le véhicule soumis à une perquisition soit à l'abri des fouilles personnelles, à moins qu'il n'existe des motifs raisonnables de croire qu'elle est elle-même en possession d'une chose saisissable. La question critique est celle de savoir qui, de l'agent de la paix ou de la personne qui a délivré le mandat de perquisition, devrait déterminer le caractère raisonnable des motifs.

284. Confier cette responsabilité à l'agent de la paix soulève certaines objections. En effet, cela revient à lui conférer le pouvoir de se livrer à des fouilles sans mandat, sans pour autant justifier l'exclusion des mécanismes de protection qu'offre le mandat. Pourtant, on peut invoquer plusieurs arguments contre l'exigence d'un *second* mandat, une fois que l'agent est sur les lieux de la perquisition: l'urgence éventuelle des circonstances, le redoublement de la tâche administrative, et l'intérêt limité de cette demande par rapport aux inconvénients qu'elle entraîne. En conséquence, cette décision ne devrait-elle pas revenir à la personne qui délivre le mandat lors de la présentation de la demande *initiale*?

285. Le problème fondamental tient au fait que la personne chargée de délivrer le mandat peut difficilement savoir s'il est possible que la personne trouvée dans le lieu ou le véhicule porte sur elle une chose saisissable. En effet, alors que l'agent de la paix a l'avantage de connaître les circonstances entourant l'exécution de la perquisition, la personne qui a initialement délivré le mandat ne peut, elle, qu'apprécier les faits qui sont connus au moment de la demande. Dans bien des cas, au stade de la demande, rien ne permet de savoir qui se trouve dans le lieu ou le véhicule, et qui a les objets recherchés en sa possession. Dans ces conditions, les hypothèses que l'on peut faire avant le début de la perquisition sont beaucoup trop aléatoires.

286. C'est donc dire que si l'on confère à la personne qui délivre le mandat le pouvoir d'autoriser des fouilles personnelles, l'on accepte que dans une certaine mesure, sa décision repose sur des conjectures. Ce problème particulièrement épineux a été soumis aux tribunaux américains. Il s'agissait notamment de déterminer s'il était valide d'autoriser la fouille des «occupants» d'un endroit donné. Il

semble que le mandat soit valide s'il existe des motifs raisonnables de croire que toutes les personnes se trouvant sur les lieux de la perquisition projetée sont impliquées dans la perpétration de l'infraction³⁴¹. Reconnaisant qu'aucune des personnes se trouvant sur les lieux ne pouvait être fouillée sans justification, ce qui est fort louable, les tribunaux ont considéré la question des motifs d'un point de vue collectif: dans la mesure où les motifs raisonnables invoqués concernent tous et chacun des occupants, il est valide d'autoriser qu'ils soient tous fouillés. Même s'il peut arriver que seulement quelques-uns des occupants soient ainsi impliqués, la personne qui délivre le mandat n'a d'autre choix que d'autoriser une fouille générale ou de défendre toute fouille.

287. Nous croyons que la meilleure solution à ce problème consiste à répartir entre l'agent de la paix et la personne qui délivre le mandat la responsabilité de trancher la question. Le rôle de celle-ci devrait consister à habilitier celui-là d'une façon générale. Si, lors de la délivrance du mandat initial, il semble possible que les choses saisissables spécifiées dans le mandat soient dissimulées sur les personnes se trouvant dans les lieux ou les véhicules où sera effectuée la perquisition, la personne chargée de la délivrance devrait avoir le pouvoir d'ajouter au mandat une clause autorisant l'agent à fouiller ces personnes. Le pouvoir de l'agent devrait cependant être limité à la fouille des personnes qu'il a des motifs raisonnables de soupçonner d'être en possession de choses saisissables. Non seulement cette solution offre un compromis entre le caractère «judiciaire» de la délivrance du mandat, et la situation privilégiée dans laquelle se trouve l'agent de la paix pour apprécier l'opportunité de la fouille, mais encore, elle atteste le pouvoir de l'agent de la paix aux yeux des occupants.

D. L'examen médical et la fouille de la bouche

288. Le caractère particulièrement attentatoire de l'examen des orifices corporels, des fouilles comportant des touchers sexuels intimes et des fouilles à nu est indiscutable. Si elles s'inscrivent dans le contexte général des fouilles, des perquisitions et des saisies, ces fouilles à caractère particulier peuvent également être utilisées à d'autres fins au cours d'une enquête, par exemple, en vue de prélever des substances corporelles d'un suspect sous garde. De toute façon, qu'elles constituent un aspect des fouilles, des perquisitions ou des

saisies, ou encore un aspect de ce que nous appelons les «méthodes d'investigation scientifiques», nous sommes d'avis que ces pratiques devraient être surveillées de près par la loi. Aux fins du présent document, ce type de fouille n'est visé par nos recommandations que dans l'optique des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie. Dans un document de travail ultérieur, nous examinerons les règles de procédure relatives aux méthodes d'investigation scientifiques. Il va sans dire, cependant, qu'il pourrait éventuellement être nécessaire de modifier les présentes recommandations afin qu'elles soient plus en rapport avec celles que contiendra notre document de travail sur les méthodes d'investigation scientifiques. Nous nous consacrerons à cette tâche dans les rapports qui seront présentés au Parlement, d'une part, sur les fouilles, les perquisitions et les saisies, et d'autre part, sur les méthodes d'investigation scientifiques.

289. La Commission de réforme du droit de l'Australie a reconnu la nécessité de règles particulières concernant la fouille et l'examen visuel des orifices corporels et des organes sexuels. Voici un résumé de sa position:

[TRADUCTION]

Le but de la Commission est de restreindre le pouvoir de fouille concomitant de l'arrestation aux fouilles corporelles superficielles, c'est-à-dire celles que l'on appelle «fouilles sommaires». Les fouilles plus complètes de la surface du corps ou des divers orifices corporels ne devraient avoir lieu que dans les conditions prévues par les dispositions régissant l'examen médical. Il est évident que dans bien des cas, il est difficile de déterminer si l'acte proposé constitue une fouille, ce qui est du registre d'un agent de police, ou un examen médical qui, selon notre recommandation, ne peut, sauf le consentement de la personne, être effectué que par un médecin, à la suite d'une ordonnance du tribunal. La Commission estime que l'examen de la surface du corps, même s'il ne s'agit que d'égratignures ou d'ecchymoses superficielles, doit être considéré comme un examen médical dès qu'il constitue une atteinte quelconque à la pudeur ou à la dignité de la personne concernée, par exemple s'il est nécessaire que la personne se dévête et ainsi de suite. Il est difficile de prévoir clairement une distinction de cette nature dans une disposition législative. Pour une grande part, il appartiendra aux tribunaux d'établir les distinctions appropriées, au fur et à mesure des décisions qu'ils auront à rendre. L'application de ces règles dépendra aussi dans une large mesure de la discipline des officiers supérieurs de police et de l'attitude des agents à l'égard de ce principe³⁴².

290. Essentiellement, les recommandations de la Commission australienne visent trois objectifs. Premièrement, elles sanctionnent l'importance de la dignité humaine en étendant la définition de

l'examen médical au-delà de l'examen du corps, de façon à englober les fouilles à nu en général. Ce principe ressort clairement des conclusions du rapport Pringle³⁴³ : dans le cas de fouilles à nu, l'atteinte principale réside moins dans l'examen des orifices corporels que dans le fait, pour la personne, de se dévêtir. C'est également ce qu'a soutenu la minorité des membres du "British Advisory Committee on Drug Dependence", qui préconisaient l'instauration de mécanismes de protection contre ce qu'ils appelaient l'examen «gênant» des sous-vêtements et du corps³⁴⁴. Nous souscrivons à cette position et nous recommandons que ce type d'examen soit effectué dans le respect de l'intimité de la personne.

291. Certes, on peut prétendre que quelle que soit la gravité de l'infraction, la violation de la dignité humaine que comporte l'examen du vagin ou du rectum est inadmissible dans une société où l'on se fait fort de protéger les droits individuels. Cependant, même les tenants de cette opinion reconnaissent que l'on peut avoir un intérêt légitime à rechercher certains objets dissimulés sur le corps d'une personne (par exemple, un condom contenant de l'héroïne). Ils recommandent l'adoption, par la police, d'autres méthodes comme l'incarcération et la surveillance de la personne, et l'examen constant de ses matières fécales. Or, nous voyons mal en quoi ces méthodes présentent un caractère plus noble que l'examen rectal ou vaginal pratiqué dans des conditions propices par un médecin. De fait, nous sommes enclins à penser tout le contraire. Somme toute, nous estimons que les règles énoncées dans notre recommandation sont, en l'occurrence, les plus satisfaisantes relativement à ce type de fouille particulièrement désagréable pour toutes les parties en cause.

292. Deuxièmement, aux termes de la proposition australienne, la fouille rectale ou vaginale doit, le cas échéant, être pratiquée par un médecin qualifié, de façon à réduire le plus possible la douleur et les risques de blessure qu'elle comporte. Au Canada, cette préoccupation a été formulée dans le rapport Pringle³⁴⁵, ainsi que dans un certain nombre de manuels de formation des policiers³⁴⁶. En n'autorisant que les «examens médicaux», la loi proposée prohibe clairement les opérations plus dangereuses du type de celles qui avaient été tentées dans l'affaire *Laporte*³⁴⁷, de même que les méthodes aussi brutales que l'administration par la force de substances émétiques, méthodes qui avaient provoqué les foudres de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Rochin*³⁴⁸.

293. Troisièmement, les dispositions proposées interdisent l'examen médical à moins d'une ordonnance expresse d'un tribunal. En effet, nous sommes d'avis que ces atteintes sont tellement graves

qu'elles ne devraient pas être permises à moins que l'autorisation du tribunal n'ait été obtenue au préalable. En outre, il importe de souligner que lorsque des éléments de preuve sont placés dans les divers orifices corporels, c'est généralement en vue de les dissimuler et non de les détruire. Bien qu'il soit possible que certains stupéfiants soient absorbés par les surfaces internes du corps, et soient ainsi soustraits à la saisie³⁴⁹, habituellement, lorsque la police se livre à une fouille interne, c'est qu'elle croit que la substance a été soigneusement dissimulée dans le corps de la personne à des fins de transport, ce qui suppose que la personne entend préserver la substance. Par conséquent, en règle générale, on ne trouve pas dans de tels cas l'élément d'urgence justifiant le recours à une fouille sans mandat à moins, bien sûr, que la personne ne consente à être fouillée.

294. Par ailleurs, la fouille buccale constitue la principale exception aux principes que nous venons d'énumérer. Ce type de fouille est particulièrement fréquent en matière de stupéfiants. Dans l'affaire *Scott*, le juge Urie a fait le commentaire suivant au sujet de la fouille de la bouche du demandeur:

D'après les témoignages, il est bien connu des officiers de police chargés de l'application de la loi sur les stupéfiants que les suspects cachent souvent dans leur bouche des stupéfiants placés dans un ballon ou un condom. Il a été admis qu'en pratiquant la pression sur la gorge, le sergent Siddle voulait vérifier si l'intimé dissimulait des stupéfiants dans sa bouche. En d'autres termes, il procédait à une fouille autorisée par les lois. Puisque les témoignages ont indiqué que la pression sur la gorge constitue la seule méthode satisfaisante pour récupérer les stupéfiants dissimulés dans la bouche d'un suspect et l'empêcher de les avaler pour les faire disparaître, il appert qu'il s'agit d'un acte légal, sous réserve de preuve démontrant un abus de force. À mon avis, conclure différemment rendrait dérisoire à toutes fins pratiques la recherche de stupéfiants et nuirait considérablement à l'application des articles 10(1) et 37(1)³⁵⁰.

295. Effectivement, il arrive souvent qu'un suspect avale des stupéfiants pour en empêcher la saisie. Toutefois, la décision rendue dans l'affaire *Scott* n'en est pas moins inquiétante dans la mesure où elle donne caution aux fouilles buccales et ce, d'une façon générale. Pourtant, en l'espèce, on avait conclu qu'il n'existait pas de motifs raisonnables de croire que le demandeur cachait des stupéfiants dans sa bouche. La fouille avait donc été effectuée à seule fin de «vérifier» si des stupéfiants s'y trouvaient. Or, cette attitude permissive pêche contre le principe mis en évidence dans le présent document, et suivant lequel une personne ne devrait pas être soumise à une fouille à moins qu'il n'existe des motifs justifiant qu'une telle atteinte soit

portée contre elle³⁵¹. Et une fois ces conditions remplies, encore faut-il déterminer si cette fouille devrait être visée par les dispositions relatives à l'examen médical, étant donné la douleur et le danger qu'elle peut comporter, ou si au contraire, l'intérêt de l'application de la loi ne justifie pas, en quelque sorte, une exception à l'exception.

296. La fouille buccale constitue une méthode assez brutale, cela ne fait aucun doute. Cependant, elle peut parfois être nécessaire pour empêcher la destruction d'un élément de preuve. De plus, même si elle présente le caractère attentatoire de tout autre acte de violence, elle n'est jamais aussi humiliante que les fouilles à nu et autres fouilles internes. C'est pourquoi nous recommandons que la fouille buccale ne soit pas visée par les exigences relatives à l'examen médical, c'est-à-dire être autorisée par un mandat et pratiquée par un médecin qualifié. En revanche, afin de compenser l'exclusion de ces mesures de protection, un rapport devrait être dressé après la fouille, et celle-ci ne devrait pas être exécutée dans des conditions dangereuses pour la vie humaine ou la sécurité.

297. La grande faiblesse de la proposition australienne concernant les examens médicaux réside dans le fait qu'à elle seule, la tenue de l'enquête justifie la fouille. Pour notre part, nous estimons que ce type de fouille doit être limité aux cas où l'intérêt de la société l'emporte sur la gravité de l'atteinte portée à la personne. Si les fouilles rectales, vaginales et buccales sont fréquentes en matière de stupéfiants et de drogues, il n'en reste pas moins qu'il existe une grande différence entre la fouille d'un possesseur de marijuana et celle d'un trafiquant d'héroïne. La Gendarmerie royale du Canada a elle-même reconnu cette distinction dans son manuel des opérations:

[TRADUCTION]

Lorsqu'il effectue une enquête portant sur de petites quantités de cannabis, le membre de la Gendarmerie ne doit pas avoir recours aux techniques d'enquête utilisées dans le cas d'infractions relatives à l'héroïne ou à d'autres stupéfiants du même type. On considérera normalement comme abusif le fait de saisir une personne par la gorge, ou de forcer un suspect à se dévêtir complètement ou à se soumettre à une fouille interne. Le membre de la Gendarmerie qui a recours à ces techniques doit être en mesure de justifier ses actes³⁵².

298. La Commission de réforme du droit du Canada s'emploie actuellement à revoir la classification des infractions au sein du *Code criminel*, et il est difficile, au regard de la législation pénale actuelle, de formuler un critère uniforme permettant de distinguer les infractions qui justifient le recours à l'examen médical, de celles qui ne le justifient pas. Par conséquent, il y a sans doute lieu de reprendre

la solution adoptée par les rédacteurs de la loi actuelle sur l'écoute électronique, c'est-à-dire restreindre l'application du régime aux seules infractions dont la liste est donnée par le Parlement dans une disposition définitoire particulière³⁵³. C'est là la position adoptée par le "Victoria Chief Justice's Law Reform Committee", et à laquelle nous nous rallions.

V. La divulgation de renseignements sur les fouilles, les perquisitions et les saisies

299. Une fois la fouille, la perquisition ou la saisie terminée, la police dispose censément de renseignements importants sur la personne visée. À tout le moins, la police sait pourquoi et comment la perquisition a été effectuée, et si quelque chose a effectivement été saisi. Si la fouille, la perquisition ou la saisie a été exécutée en vertu d'un mandat, la personne qui a délivré celui-ci devrait également être en possession des renseignements fournis dans la demande de mandat. Il va sans dire que les faits portés à la connaissance de la police ou de la personne qui a délivré le mandat, le cas échéant, ont un grand intérêt pour la personne qu'ils concernent. Ils peuvent également présenter un intérêt pour une institution comme la presse, qui n'est pas vraiment concernée par l'enquête. Et le fait que l'institution s'intéresse à ces renseignements peut également être important pour la personne: la diffusion d'informations par la police peut se traduire par la divulgation de renseignements personnels sur sa vie et ses activités. La police, de son côté, peut souhaiter ne pas divulguer ces renseignements, afin de préserver ses sources et de ne pas compromettre le succès de son enquête.

300. Les règles régissant la divulgation des renseignements concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies soulèvent principalement le problème de l'obligation de rendre compte. À cet égard, les différences entre, d'une part les fouilles, les perquisitions et les saisies avec mandat et, d'autre part, les fouilles, les perquisitions et les saisies sans mandat, sont d'une importance capitale. Dans le premier cas, le juge de paix devrait être responsable à partir du moment où il statue sur la demande qui lui a été présentée. Même si dans certaines régions, l'obtention du mandat est devenue une formalité soumise aux tractations de la police, il n'en reste pas

moins qu'en ce qui a trait à l'obligation de rendre compte, le dossier contenant la dénonciation et la demande de mandat fournit des renseignements importants en cas de contestation. En outre, le rapport qui, aux termes de l'article 443, doit être rédigé par suite de l'exécution du mandat contribue également à sanctionner cette obligation. Alors pourquoi la personne soumise à une fouille ou à une perquisition sans mandat ne pourrait-elle bénéficier de ces mécanismes de protection?

301. Dans une certaine mesure, la réponse à cette question réside dans les distinctions qui existent entre les sources des pouvoirs de l'agent de la paix dans chaque cas. Autrefois, le mandat était un document au moyen duquel le juge de paix déléguait à l'agent de la paix l'exécution de ses fonctions liées à l'application de la loi. De nos jours, il subsiste certains vestiges de cet usage, comme le rapport du mandat et des biens saisis au juge de paix, aux termes de l'article 443 du *Code criminel*. En revanche, lorsque l'agent de la paix agit sans mandat, il tient son pouvoir directement de la loi. En l'absence de toute disposition de la loi l'obligeant à rendre compte de l'exercice de ce pouvoir à un officier supérieur, soit sur le plan administratif, soit à l'intérieur du processus d'application de la loi, il n'est pas tenu de le faire. Mais la différence essentielle, sur le plan de l'obligation de rendre compte, réside dans le fait que seul le mécanisme du mandat comporte un caractère «judiciaire». C'est pourquoi on y retrouve plusieurs règles sanctionnant l'obligation de rendre compte. En revanche, il semble que l'on n'ait pas jugé opportun d'adopter des règles analogues dans le cas des fouilles et des perquisitions sans mandat.

302. Mais ce contraste est-il toujours justifié? Dans la réalité actuelle, l'agent de la paix n'est plus le subordonné chargé d'aller accomplir les fonctions que lui a confiées le juge de paix. Au contraire, l'agent est presque toujours celui qui met en branle le processus du mandat, vérifie le bien-fondé de la plainte qui en est la source, et prépare la demande de mandat, laquelle sera ensuite signée par le juge. En outre, il importe surtout de reconnaître que si le caractère «judiciaire» est essentiel au mécanisme du mandat, on aurait tort de considérer ce caractère comme le fondement du contrôle de l'exercice des pouvoirs de fouille, de perquisition ou de saisie avec mandat. En fait, les mécanismes de protection de nature «judiciaire» sont eux-mêmes accessoires. Ils ont été incorporés au mécanisme du mandat en raison de l'importance que l'on attache à la protection des citoyens contre l'exercice abusif de ces pouvoirs.

303. Lorsque nous avons élaboré les recommandations concernant la conservation et la divulgation des renseignements relatifs aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies, nous avons tenté d'établir l'équilibre entre les caractéristiques qui distinguent les fouilles et les perquisitions avec mandat de celles qui sont effectuées sans mandat. Sans nier l'importance des facteurs que nous avons décrits ci-dessus, nous avons voulu rendre uniformes les mécanismes de sanction de l'obligation de rendre compte dans les deux cas.

A. Les fouilles et les perquisitions avec mandat

RECOMMANDATIONS

34. La personne qui délivre un mandat de perquisition devrait avoir le pouvoir d'exclure certaines personnes lors de l'audition de la demande de mandat, s'il lui apparaît que les fins de la justice seront mieux servies ainsi.

35. La personne soumise à une fouille, à une perquisition ou à une saisie devrait pouvoir examiner le mandat et la dénonciation sous serment immédiatement après l'exécution du mandat. Toute autre personne devrait également avoir accès à ces documents, mais ne devrait pas pouvoir en publier ni en diffuser le contenu jusqu'à ce que:

- a) l'interdiction soit levée, à la demande de la personne visée, par un juge d'une cour supérieure, ou par un juge au sens des dispositions de l'article 482 du *Code criminel*,
- b) la personne visée soit libérée à l'issue de l'enquête préliminaire, ou
- c) le procès de la personne visée soit terminé.

36. Si la divulgation du contenu d'une dénonciation ou d'un mandat est susceptible de révéler l'existence d'un processus de surveillance électronique, la personne qui délivre le mandat devrait, à la demande de la Couronne ou d'un agent de la paix, avoir le pouvoir de garder secret tout numéro de téléphone mentionné dans le document, et d'y substituer un code. De même, si l'identité d'un informateur confidentiel risque d'être révélée, l'agent de la paix ou la personne qui délivre le mandat devrait avoir le pouvoir de garder secret le nom ou la désignation de l'informateur, et de les remplacer par un code. La personne qui délivre le mandat devrait alors certifier que les seuls

renseignements ainsi cachés sont soit les chiffres d'un numéro de téléphone, soit le nom ou la désignation d'un informateur, selon le cas.

304. Les recommandations qui précèdent reflètent en partie la décision rendue récemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *MacIntyre*, où il s'agissait principalement de déterminer si le public devait avoir accès aux dossiers relatifs à l'exécution d'un mandat de perquisition. Par une majorité de cinq contre quatre, la Cour a adopté une position prudente en faveur de l'accès du public à ces documents. Rendant jugement au nom de la majorité, le juge Dickson³⁵⁴ a décidé qu'une fois le mandat exécuté et les objets rapportés devant le juge de paix, toute personne est généralement en droit d'examiner le mandat et les renseignements fournis à l'appui de la demande. Dans sa dissidence, le juge Martland³⁵⁵ s'est dit d'avis que l'accès à ces documents devrait être réservé aux personnes ayant un intérêt direct et manifeste. Selon le juge Martland, l'intimé, qui était reporter, ne faisait pas partie de cette catégorie, dans la mesure où il ne détenait pas un intérêt supérieur à celui du public en général. Dans cette décision, la Cour suprême n'a fait que réaffirmer certains principes de common law. Il appartient au législateur de les modifier par voie législative s'il le juge opportun. Nous estimons que par souci de clarté, des dispositions législatives devraient être adoptées afin de répondre à trois questions soulevées par cette affaire. L'accès du public à l'audition de la demande devrait-il être restreint? La personne soumise à une fouille ou à une perquisition devrait-elle avoir le droit d'examiner le mandat et la dénonciation sous serment, et dans l'affirmative, à quelles conditions? Le public, la presse et les media devraient-ils avoir accès à ces mêmes documents, et dans l'affirmative, à quelles conditions?

305. Dans l'affaire *MacIntyre*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse avait décidé que la délivrance du mandat de perquisition était un acte judiciaire accompli en audience publique: [TRADUCTION] «Le public pourrait avoir droit d'être présent à ce moment-là et d'entendre la teneur de la dénonciation soumise au juge de paix quand on lui demande d'exercer le pouvoir qu'il possède de délivrer le mandat³⁵⁶». De façon unanime, la Cour suprême du Canada a rejeté cette position. Voici les commentaires du juge Dickson:

L'administration efficace de la justice justifie que le public soit exclu des procédures qui portent sur la délivrance même du mandat. Les procureurs généraux ont démontré, à ma satisfaction du moins, que si la demande de mandat se déroulait en audience publique, la recherche

d'objets relatifs au crime serait, au mieux, grandement entravée et, au pire, rendue tout à fait vaine³⁵⁷.

Nous souscrivons à cette position et en conséquence, nous recommandons que la loi confère à la personne qui délivre le mandat le pouvoir d'exclure toute personne de l'audition de la demande de mandat.

306. La nécessité de garder secrets les renseignements relatifs à l'audition de la demande de mandat est moins grande une fois terminée l'exécution du mandat. En effet, la personne concernée est désormais au fait de l'enquête de la police en raison de la perquisition elle-même, d'une part et, d'autre part, la police a déjà eu la possibilité d'effectuer la saisie autorisée. Dans l'affaire *MacIntyre*, la Cour suprême du Canada a reconnu unanimement qu'à ce stade, il était opportun de permettre à la personne visée d'avoir accès au mandat et à la dénonciation. Ce principe avait été formulé de façon plus concise dans l'affaire *Realty Renovations Ltd.*, qui a précédé l'affaire *MacIntyre*:

[TRADUCTION]

Il est absolument clair que toute partie intéressée a le droit de demander l'annulation d'un mandat de perquisition délivré par suite d'une dénonciation comportant des irrégularités. Pour être en mesure de faire une telle demande, le requérant doit pouvoir examiner la dénonciation et le mandat, et ce, immédiatement après l'exécution du mandat³⁵⁸.

Nous avons repris ce principe à la recommandation 35.

307. Permettre au grand public et aux institutions qui le représentent, comme la presse, l'accès aux documents relatifs au mandat comporte certains avantages qui peuvent aller de pair avec l'intérêt de la personne visée. Cependant, il n'en est pas toujours ainsi. Ainsi, comme dans l'affaire *MacIntyre*, il est possible que l'intention du journaliste soit autant de rendre publiques les activités de la personne visée que de vérifier la légalité de l'action policière. L'intérêt du public entre alors en conflit avec le droit de la personne à sa vie privée. Étant donné la portée tentaculaire des media, les renseignements relatifs à une fouille ou à une perquisition peuvent mettre la personne dans une situation très gênante. Du côté fédéral, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* interdit la divulgation de «renseignements relatifs [au] casier judiciaire» d'une personne³⁵⁹. Par ailleurs, le droit américain reconnaît explicitement que la divulgation de renseignements relatifs à une enquête criminelle peut constituer une atteinte à la vie privée³⁶⁰. Pourtant, le législateur n'en a pas moins soustrait les tribunaux à l'application de la législation relative aux renseignements personnels. Pour assurer le

sérieux et l'équité des procédures judiciaires, il est nécessaire de les soumettre au jugement du public, ce qui peut éventuellement impliquer la divulgation de faits compromettants pour certains citoyens³⁶¹.

308. Dans l'affaire *MacIntyre*, la majorité des juges ont répondu à cette question en se fondant sur le principe de la «protection de l'innocent». Ils ont décidé que lorsqu'un mandat de perquisition est délivré et exécuté sans que rien ne soit trouvé, la vie privée du citoyen devait l'emporter sur l'accès du public aux renseignements concernant la perquisition. En revanche, lorsque des choses sont saisies, l'intérêt du public pour ces renseignements devait prévaloir³⁶². Pour notre part, nous hésitons à établir un lien aussi direct entre les résultats d'une perquisition et l'innocence ou la culpabilité de la personne qui y est soumise. En effet, une personne coupable peut s'être débarrassée des choses saisissables, alors qu'un innocent peut être en possession d'éléments de preuve saisissables en vertu d'un mandat. Nous croyons qu'il est préférable d'établir une distinction entre, d'une part, l'accès au mandat et à la dénonciation et, d'autre part, la publication du contenu de ces documents.

309. Il importe de reconnaître que l'intérêt, pour le public, de la publication de ces renseignements augmente avec la venue du procès. En fait, la divulgation des renseignements relatifs à la procédure antérieure au procès pourrait aussi bien miner l'intégrité du système judiciaire que la renforcer. En effet, il est possible que des preuves rendues publiques ne soient pas utilisées au procès. En outre, la divulgation de ces renseignements peut faire croire à la culpabilité de la personne avant même qu'une accusation n'ait été portée. La première de ces préoccupations s'est traduite par l'adoption, dans les dispositions du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'une règle d'exclusion conditionnelle concernant les éléments de preuve illégalement obtenus³⁶³. Il convient également de noter que l'audition de la demande de mandat, bien qu'elle relève de la procédure pénale, n'a pas pour but de déterminer la culpabilité ou la responsabilité de l'accusé, contrairement au procès où la publicité constitue une garantie de justice et d'équité.

310. Le meilleur argument que l'on puisse invoquer à l'encontre de la restriction de la publicité est celui de la «liberté de presse». Sanctionné par la *Déclaration canadienne des droits*³⁶⁴, ce principe a été mis en application par la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *F.P. Publications*. La Cour a annulé une ordonnance interdisant à un journaliste d'assister à un procès, reconnaissant ainsi le droit du journaliste de divulguer le nom des témoins au procès,

malgré les ennuis que cela pouvait causer à ces derniers³⁶⁵. Toutefois, bien que les juges de la majorité aient défendu les droits de la presse avec une certaine vigueur, on aurait tort d'appliquer les principes formulés dans cette décision en dehors du contexte du procès proprement dit. D'ailleurs, deux dispositions du *Code criminel* énoncent clairement qu'avant le procès, la liberté de presse doit parfois être refrénée lorsque la personne ne souhaite pas que les renseignements concernant l'enquête dont elle fait l'objet soient rendus publics.

311. Lors de l'enquête préliminaire ou de l'enquête sur cautionnement, le juge de paix doit, à la demande de l'accusé, rendre une ordonnance de non-publication visant la preuve et les plaidoyers³⁶⁶. Cette ordonnance reste en vigueur, soit jusqu'à la libération de l'accusé à l'issue de l'enquête préliminaire, soit jusqu'à la fin du procès. Or, la perquisition effectuée en vertu d'un mandat précède généralement l'enquête préliminaire aussi bien que l'enquête sur cautionnement. En outre, lors de l'audition de la demande de mandat, contrairement à l'accusé, la personne dont le nom figure sur le mandat n'est pas toujours inculpée d'une infraction. Pourtant, en ce qui concerne l'intérêt public ou celui de la presse, la divulgation des faits relatifs à l'enquête des policiers, contre la volonté de la personne, n'est guère plus justifiée lors de l'audition de la demande de mandat que dans les cas où l'on a reconnu la nécessité d'imposer une ordonnance de non-publication.

312. L'audition de la demande de mandat se distingue des deux types d'enquêtes dont nous venons de parler dans la mesure où la personne visée, qui n'y assiste pas, ne peut demander la protection que le tribunal peut offrir à l'accusé. En conséquence, nous recommandons que lors de la délivrance du mandat de perquisition, la publication des renseignements relatifs à l'enquête soit automatiquement interdite, à des conditions semblables à celles de l'ordonnance qui peut être rendue dans le cas de l'enquête préliminaire ou de l'enquête sur cautionnement, cette interdiction pouvant être levée à la demande de la personne visée. Toutefois, le droit de la personne de faire lever l'interdiction ne devrait pas être absolu. Par exemple, l'examen du mandat ou de la dénonciation sous serment peut entraîner la divulgation de faits concernant d'autres personnes. S'il est possible que certaines d'entre elles désirent également que les renseignements soient publiés, il n'en est pas nécessairement de même pour toutes. Les questions complexes que poserait une situation semblable pourraient être tranchées avec la souplesse appropriée par un juge d'une cour supérieure.

313. Nous admettons que le fait de permettre au public, quoique à certaines conditions, d'avoir accès aux documents relatifs au mandat de perquisition comporte certains risques. Les représentants de la police et du ministère public prétendent qu'une telle mesure peut inciter les policiers à se montrer plus laconiques dans la rédaction de leurs demandes. Quoi qu'il en soit, il importe de replacer cet argument dans une juste perspective. Certains documents, notamment en matière de crimes économiques, sont préparés avec une minutie d'orfèvre. Il est donc normal que les personnes qui préparent ces documents voient d'un mauvais œil la divulgation des noms et des sources qui s'y trouvent. Cependant, bon nombre de ces détails sont vraisemblablement superflus au regard des critères juridiques qui régissent les demandes et les mandats. Dans les autres cas, les documents relatifs au mandat sont souvent insuffisants par rapport à ces critères. En effet, 58,9 pour cent des mandats examinés par le comité des juges ont été jugés non valables. Parmi ceux qui ont été jugés valides, la description des objets, des lieux, des infractions et des motifs était souvent à peine suffisante. La publication des documents pourrait avoir pour effet d'éliminer ces deux extrêmes: supprimer la prolixité, d'une part, et assurer le respect des critères, d'autre part. S'il devait en être ainsi, nous croyons que la réalisation du second objectif compenserait les inconvénients entraînés par la suppression des détails.

314. Par ailleurs, le fait de permettre au public d'avoir accès aux mandats de perquisition pourrait éventuellement avoir des conséquences fâcheuses dans le domaine de l'écoute électronique. Comme nous l'avons déjà souligné, lorsqu'il s'agit de statuer sur le bien-fondé d'une demande de mandat fondée sur des renseignements obtenus par l'écoute électronique, le facteur déterminant réside, non pas dans le fait de l'écoute électronique, mais bien dans les renseignements qu'elle révèle. Toutefois, il existe un type de perquisition dans lequel le fait de l'écoute électronique est inévitablement divulgué, tant dans la dénonciation que dans le mandat: la perquisition ayant pour objet des documents relatifs au numéro de téléphone lui-même. Ces perquisitions ont souvent lieu dans les locaux des sociétés de téléphone³⁶⁷. Si le fait de la perquisition était connu du public, la personne concernée pourrait être alertée. Afin d'éviter cette difficulté, on pourrait conférer aux fonctionnaires judiciaires le pouvoir d'effacer le numéro de téléphone et de le remplacer par un code, à la demande des policiers ou du ministère public. Dans la mesure où la personne qui délivre le mandat certifie que le code correspond à un numéro de téléphone particulier, le public n'est pas vraiment frustré de la possibilité de juger les

critères applicables au mécanisme du mandat. Nous recommandons l'adoption de règles semblables concernant l'identité des informateurs confidentiels.

315. Lorsque nous avons élaboré les recommandations 34, 35 et 36, nous avons tenu compte, d'une part, de la controverse que soulève la décision rendue dans l'affaire *MacIntyre*, et d'autre part, des difficultés qui peuvent survenir lorsque les policiers sont tenus de faire état d'enquêtes complexes et délicates lors d'une audience publique. Même si nous avons tenté, dans ces recommandations, d'établir un équilibre entre ces considérations antagoniques, nous sommes conscients que d'aucuns trouveront que nous n'avons pas mis suffisamment d'accent sur le caractère confidentiel, alors que d'autres jugeront nos propositions trop restrictives. Nous comptons sur les commentaires et les critiques que l'on voudra bien nous faire à propos de nos recommandations actuelles, en vue d'élaborer les dispositions définitives concernant la divulgation des renseignements relatifs aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies avec mandat. Ces dispositions feront partie de nos rapports définitifs sur les pouvoirs et les méthodes de la police.

B. Les fouilles et les perquisitions sans mandat

RECOMMANDATION

37. L'agent de la paix devrait être tenu de remplir un rapport postérieur à la fouille ou à la perquisition dans les cas suivants:

- a) **lorsque des choses ont été saisies sans mandat,**
- b) **lorsque des choses non spécifiées dans le mandat ont été saisies lors d'une perquisition autorisée par un mandat, conformément à la recommandation 24,**
- c) **lorsqu'une fouille buccale est effectuée, conformément à la recommandation 33.**

Le rapport devrait faire état de l'heure et du lieu de la fouille, de la perquisition ou de la saisie, des motifs qui y ont donné lieu, ainsi que des choses saisies. Toute personne visée par la fouille, la perquisition ou la saisie devrait avoir accès à ce rapport sur demande.

316. Le fait qu'une fouille, une perquisition ou une saisie ait lieu dans des circonstances qui justifient une dérogation à l'exigence

du mandat ne supprime par pour autant l'obligation de rendre compte. On pourrait même prétendre qu'il y a lieu de renforcer les mécanismes sanctionnant cette obligation, de façon à en faire des mesures de protection non plus *secondaires*, mais de *première importance*, contre les fouilles et les perquisitions abusives. Toutefois, nous ne croyons pas qu'il soit opportun que toutes les fouilles, les perquisitions et les saisies sans mandat soient, de façon systématique, consignées dans des rapports, de manière à constituer des dossiers aussi détaillés que dans le cas où les policiers ont agi en vertu d'un mandat. Notre position repose en partie sur l'importance qu'il faut accorder au caractère judiciaire, dans le cas du mandat. En outre, la règle contenue à la recommandation 27, concernant la divulgation des motifs de la fouille ou de la perquisition, contribue, dans une certaine mesure, à sanctionner l'obligation de rendre compte et à assurer l'accès à l'information. Par ailleurs, trois autres facteurs doivent être pris en considération: (1) les coûts qu'impliquerait le fait de constituer, dans tous les cas où une fouille, une perquisition ou une saisie est effectuée sans mandat, un dossier comportant toutes les caractéristiques de celui qui est établi lorsqu'il existe un mandat, (2) l'importance de l'atteinte aux droits privés que comportent les diverses formes de fouille, de perquisition et de saisie, et (3) les dangers qu'entraîne l'augmentation de telles exigences.

317. Nous n'étonnerons personne en disant que la rédaction de rapports alourdit la tâche de la police et constitue un gaspillage de ressources. En pratique, ce «gaspillage» a toujours correspondu à la paperasse dont chaque agent de la paix doit se charger. Or, récemment, des systèmes d'informatisation permettant le traitement et la conservation des renseignements obtenus par la police ont contribué à réduire ces pertes de temps et d'énergie. Le surcroît de travail qu'impliquerait, sur le plan administratif, la rédaction systématique de rapports concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies sans mandat dépend de la mesure dans laquelle les systèmes d'informatisation peuvent être mis à contribution. Quoi qu'il en soit, la mise en œuvre de telles exigences imposerait des contraintes supplémentaires aux forces de police dont la tâche administrative est déjà lourde. Nous croyons en effet que malgré la prééminence que nous donnons en principe à l'utilisation du mandat, et en dépit des améliorations du mécanisme du mandat que nous avons suggérées, les fouilles et les perquisitions sans mandat, surtout dans le cas des personnes et des véhicules, continueront d'être beaucoup plus fréquentes que les fouilles et les perquisitions effectuées en vertu d'un mandat.

318. Cette dépense de ressources est-elle justifiée par les avantages que comporte l'enregistrement systématique des renseignements? Il est juste de dire que toute atteinte à la liberté humaine ou à l'intégrité physique constitue une violation de valeurs auxquelles le droit canadien a toujours attaché une grande importance, comme en témoignent les dispositions de la nouvelle *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, il semble que dans bon nombre de cas, l'atteinte portée est assez limitée, notamment dans le cas de fouilles infructueuses de véhicules ou de personnes, où l'acte de la police peut n'avoir été qu'une atteinte légère et passagère aux droits de la personne: l'agent peut s'être livré à une fouille sommaire afin de s'assurer que la personne ne porte pas d'armes ou de biens volés, suite à quoi cette dernière peut passer son chemin. Même s'il est essentiel de restreindre de tels incidents aux cas qui le justifient vraiment, il est permis de se demander si la réalisation de cet objectif justifie que l'on impose d'aussi lourdes obligations administratives à la police dans tous les cas de fouilles, de perquisitions et de saisies.

319. Cet argument prend encore plus de poids lorsque l'on considère les effets qu'aurait la création d'un tel système d'enregistrement des renseignements sur la vie privée des citoyens. On peut déjà prévoir qu'il serait possible d'utiliser les ordinateurs pour le traitement et la conservation des renseignements concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies sans mandat. Les problèmes liés à l'invasion de la vie privée par les ordinateurs dépassent largement le contexte de l'application du droit pénal, et les controverses qu'ils ont suscitées sont loin d'être réglées³⁶⁸. En ce qui concerne les fouilles, les perquisitions et les saisies, la perspective de voir enregistré par un ordinateur tout incident au cours duquel une personne est fouillée par un agent de la paix se rapproche dangereusement de la vision d'Orwell, et n'a rien de rassurant pour le citoyen que les mécanismes de fouille, de perquisition et de saisie ont pour but ultime de protéger. Et si l'on devait même envisager la possibilité que le public ait accès à ces renseignements, ces dangers prendraient des proportions catastrophiques.

320. Dans nos recommandations, nous avons tenté de créer un équilibre acceptable entre les intérêts en cause et les arguments formulés ci-dessus. De façon générale, l'obligation de dresser un rapport ne devrait pas naître du seul fait de l'exécution d'une fouille ou d'une perquisition sans mandat, mais plutôt de l'existence de certaines circonstances. Premièrement, l'arrestation comporte ses propres exigences à cet égard, lesquelles font l'objet d'un autre document de travail de la Commission. Deuxièmement, sur le plan

administratif, la police devrait conserver l'autorisation écrite prévue à la recommandation 6 dans tous les cas où une fouille ou une perquisition est effectuée avec le consentement de la personne visée. Troisièmement, lorsqu'une fouille comporte un acte particulièrement attentatoire comme la fouille de la bouche, la rédaction d'un rapport postérieur à l'acte devrait être obligatoire³⁶⁹. Quatrièmement, un rapport devrait aussi être obligatoire dans les cas où des biens sont saisis sans mandat.

321. Les directives de la Gendarmerie royale du Canada concernant les mandats de main-forte énoncent de façon détaillée les exigences relatives aux rapports devant être rédigés après l'accomplissement d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. On en trouve un autre modèle dans le *Code de l'A.L.I.*:

[TRADUCTION]

Rapport de saisie: Dans tous les cas où une saisie est effectuée autrement qu'en vertu d'un mandat de perquisition, l'agent qui effectue la saisie doit, dès que la chose est raisonnablement possible, faire rapport par écrit des faits et des circonstances de la saisie, et fournir une liste des choses saisies [au juge d'un tribunal habilité à connaître de l'infraction dont la perpétration est révélée par la saisie]³⁷⁰.

Nous recommandons que soit adoptée en droit canadien une règle exigeant que l'agent de la paix rédige postérieurement à la fouille ou à la perquisition, un rapport faisant état de l'heure, de la date et du lieu de la fouille, de la perquisition ou de la saisie, des motifs qui y ont donné lieu, ainsi que des choses saisies, le cas échéant.