

AVANT-PROPOS

Le présent manuel de commentaires sur la Charte des droits et libertés a pour objet d'orienter et d'aider les avocats du ministère fédéral de la Justice lors de l'entrée en vigueur de la Charte, le 17 avril 1982.

Les divers éléments du manuel ont été réunis par les soins du Comité sur l'application de la Charte du ministère, et reflètent le travail de recherche et d'analyse d'un bon nombre d'avocats de la Justice. Si la plupart des commentaires sont l'oeuvre du ministère, certains sont toutefois inspirés de documents établis par les avocats des ministères provinciaux de la Justice pour la réunion fédérale-provinciale des fonctionnaires responsables de la justice pénale qui s'est tenue à Ottawa en février dernier.

Bien que le manuel couvre plusieurs articles de la Charte, vous noterez qu'il ne traite pas de certaines questions, telles que la liberté de circulation, les droits à l'égalité et les droits linguistiques, de même que de certaines dispositions générales. C'est que nous avons concentré nos efforts sur les points les plus susceptibles de créer immédiatement des problèmes juridiques en matière pénale ou civile. Des commentaires sur les autres aspects de la Charte seront préparés au cours des prochains mois.

Les commentaires ne prétendent pas prévoir toutes les questions qui pourront se présenter. Au surplus, les opinions exprimées ne sont dans de nombreux cas que provisoires. Le manuel tente simplement de définir les principales questions juridiques qui surgiront et la façon de les aborder.

Toutes les questions sur les commentaires du manuel et, d'une manière générale, sur la Charte des droits pourront être adressées à Martin Low, l'avocat général de la Section des droits de la personne et à Graham Garton, le coordonnateur du contentieux relatif à la Charte, à Ottawa.

Bien qu'aucune cote de sécurité n'ait été attribuée aux commentaires du manuel, ceux-ci ne sont destinés qu'aux avocats du ministère et non au public en général. Je vous demanderais donc d'agir en conséquence.

J'ose espérer que le manuel vous sera utile dans la tâche exigeante d'appliquer et d'interpréter les dispositions de la Charte des droits au cours des semaines et des mois à venir.

Roger Tassé
Sous-ministre de la Justice
et sous-procureur général du Canada

Le 12 juillet 1982

MINISTÈRE DE LA JUSTICE

MANUEL DE COMMENTAIRES SUR LA CHARTE

DES DROITS ET LIBERTÉS

TABLE DES MATIÈRES

N° DE
SECTION

- 1 APERÇU GÉNÉRAL - ARTICLES 1, 32(1), 52 et 53
- 2 ARTICLE 2 - LIBERTÉS FONDAMENTALES
- LIBERTÉ DE RELIGION ET DE
CONSCIENCE
- 3 ARTICLE 3 - DROITS DÉMOCRATIQUES
- ÉLECTIONS FÉDÉRALES
- 4 ARTICLE 7 - VIE, LIBERTÉ ET SÉCURITÉ DE LA
PERSONNE
- 5 ARTICLE 8 - PERQUISITIONS ET SAISIES
- 6 ARTICLE 9 - DÉTENTION OU EMPRISONNEMENT
- 7 ARTICLE 10 - ARRESTATION OU DÉTENTION
- 8 ALINÉA 10 a) - DROIT D'ÊTRE INFORMÉ DANS LES
PLUS BREFS DÉLAIS DES MOTIFS
DE L'ARRESTATION OU DE LA
DÉTENTION
- 9 ALINÉA 10 b) - DROIT À UN AVOCAT
et 11 d)
- 10 ALINÉA 10 c) - HABEAS CORPUS
- 11 ARTICLE 11 - SENS DU TERME "INFRACTION"
- 12 ALINÉA 11 a) - LE DROIT DE CONNAÎTRE
L'INFRACTION PRÉCISE
REPROCHÉE
- 13 ALINÉA 11 b) - DROIT D'ÊTRE JUGÉ DANS UN
DÉLAI RAISONNABLE
- 14 ALINÉA 11 c) et 13 - INCONTRAIGNABILITÉ ET
AUTO-INCRIMINATION
- 15 ALINÉA 11 e) - CAUTIONNEMENT RAISONNABLE
- 16 ALINÉA 11 f) - PROCÈS AVEC JURY
- 17 ALINÉA 11 g) - INFRACTIONS D'APRÈS LES
PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT
- 18 ALINÉA 11 h) - DOUBLE INCRIMINATION

APERÇU GÉNÉRAL - ARTICLES 1, 32(1), 52 et 53

La Charte canadienne des droits et libertés, plus couramment appelée la Charte, figure à la Partie I, Annexe B de la Loi constitutionnelle de 1982.¹ La Loi constitutionnelle de 1982 est elle-même annexée à une Loi du Royaume-Uni dont le titre abrégé est la Loi sur le Canada de 1982, dont l'annexe A constitue la version française. La Loi constitutionnelle de 1982, bien qu'elle ait été adoptée au Royaume-Uni conformément à une résolution conjointe de la Chambre des Communes et du Sénat canadiens à la suite d'un accord entre le gouvernement fédéral et neuf gouvernements provinciaux, entrera en vigueur au Canada par proclamation de la Reine ou du Gouverneur général sous le Grand Sceau du Canada.³ À partir de ce moment, en vertu de l'article 2 de la Loi sur le Canada de 1982, le Royaume-Uni perdra toute compétence législative au Canada, notamment celle qu'il conservait en matière de modification à la Constitution du Canada.

À ce sujet, le paragraphe 52(2) de la Loi constitutionnelle de 1982 énonce que la Constitution du Canada comprend la Loi constitutionnelle de 1982 (c.-à-d., la loi du Royaume-Uni), de même que la Loi constitutionnelle de 1982, les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe (c.-à-d., les différents Actes de l'Amérique du Nord britannique⁴ et les autres textes législatifs et

1. À la demande du Canada, l'année "1981" a été remplacée par "1982" en Grande-Bretagne, après que le Parlement du Canada eut adopté cette résolution en décembre 1981; l'alinéa 52(2)(b) a également été modifié par la Grande-Bretagne et avec l'accord du Canada pour qu'on y lise "l'annexe" plutôt que "l'annexe 1".
2. Ch. 11; on a ajouté "1982" en Grande-Bretagne.
3. Art. 58 - il est prévu que la Reine se rendra devant le Sénat du Canada pour proclamer l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1982 le 17 avril 1982.
4. Dans l'annexe à la Loi constitutionnelle de 1982, le titre Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867 a été abrogé et remplacé par celui de Loi constitutionnelle de 1867.

décrets pertinents) ainsi que les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés plus haut. La partie V de la Loi constitutionnelle de 1982 prescrit à son tour les différentes procédures qui permettront au Canada de modifier sa Constitution. Ces procédures de modification sont beaucoup plus exigeantes que celles qui permettent de modifier les lois ordinaires. Ainsi, la Constitution du Canada sera à la fois canadienne et enchâssée, de même que la Charte canadienne des droits et libertés. Le but du présent document est de donner un aperçu général de la Charte.

APERÇU GÉNÉRAL DE LA CHARTE

Comme nous l'avons mentionné, la Charte figure à la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 et plus précisément aux articles 1 à 34 de cette loi. Outre les articles qui prévoient les droits et libertés, les articles 1, 24, 32, et 33, ainsi que l'article 52, qui figurent à la Partie VII de la loi ont une portée générale et méritent un examen particulier.

A) Article 52 - SUPRÉMATIE DU POUVOIR JUDICIAIRE

L'article 52 est un article fondamental de la Constitution du Canada, qui comprend la Charte; il énonce en effet que "la Constitution du Canada est la Loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit." Même si le principe de la souveraineté du Parlement s'est trouvée quelque peu atténuée au Canada par le fait que les tribunaux doivent décider de la répartition des pouvoirs législatifs entre le Parlement et les législatures provinciales, ainsi que de l'application de la Déclaration canadienne des droits aux lois fédérales, l'article 52 stipule clairement que le pouvoir judiciaire aura prééminence sur le Parlement, en ce qui concerne les questions constitutionnelles, ce qui comprend l'application de la Charte. Il est probable que les tribunaux canadiens hésiteront moins à déclarer invalides les lois incompatibles avec la Charte qu'ils ne l'ont fait avec la Déclaration canadienne des droits; en effet, les droits prévus dans cette Charte seront garantis et s'appliqueront à la fois aux

gouvernements fédéral et provinciaux, tandis que les droits protégés par la Déclaration canadienne des droits ne sont pas garantis⁵ et ne s'appliquent qu'au niveau fédéral.

Il est clair que l'article 52 permet de faire déclarer inopérantes les lois qui sont ultra vires. On peut par contre se demander si l'article 52 permet de faire déclarer une loi inopérante en raison d'une violation de la Charte ou si l'article 24 est l'unique article qui permette d'obtenir une réparation dans les cas de violation de la Charte. Nous aborderons ce problème ainsi que la question de la qualité pour agir lorsque nous examinerons l'article 24. Il est néanmoins clair que l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1982 aura pour effet de modifier le régime politique du Canada dans la mesure où les tribunaux auront le pouvoir de préciser et de définir la portée ainsi que l'application des droits et libertés énoncés dans la Charte. Ce nouveau régime différera davantage du modèle britannique de la souveraineté parlementaire et se rapprochera du modèle américain de la suprématie du pouvoir judiciaire.

B) Article 32 - APPLICATION AUX GOUVERNEMENTS FÉDÉRAL ET PROVINCIAUX

Le paragraphe 32(1) prévoit que la Charte s'appliquera au Parlement et au gouvernement du Canada et à la législature et au gouvernement de chaque province "pour tous les domaines relevant de leur autorité". Il semble clair que la Charte n'est pas destinée à s'appliquer aux personnes privées, qu'elles soient physiques ou morales, dans leurs rapports privés mais aux gouvernements et aux lois qui limitent les droits des particuliers, puisque le but fondamental de la Charte est de limiter les abus de pouvoir des gouvernements et non pas le comportement des particuliers. Cependant, on peut se demander si la Charte

5. Voir, Hogan c. la Reine, (1975) 2 RCS 574, 18 CCC (2d) 65

s'applique au pouvoir judiciaire selon que l'expression "gouvernement" que l'on trouve au paragraphe 32(1) désigne le gouvernement dans son sens le plus large, c.-à-d. les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire du gouvernement, ou selon que, le pouvoir législatif étant mentionné directement dans cet article, l'expression "gouvernement" désigne, par opposition, uniquement le pouvoir exécutif.

Quoiqu'il en soit, il semble clair que l'article 11 impose des devoirs aux tribunaux et que ces derniers ont l'obligation de s'en acquitter. On peut cependant se demander si un requérant pourra obtenir réparation contre un membre du pouvoir judiciaire dans le cas où son droit constitutionnel a été violé, p. ex. en refusant à un témoin, qui ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée dans les procédures, le droit à l'assistance d'un interprète prévu par l'article 14. La Cour Suprême du Canada a examiné une situation semblable dans l'affaire la Reine c. Reale.⁶ Dans cette situation, il est probable que le requérant obtiendrait réparation, p. ex. l'annulation d'une condamnation, mais non pas des dommages intérêts, p. ex. dans le cas d'un refus volontaire d'appliquer la Charte, qu'un juge, en particulier un juge d'une cour supérieure, devrait payer, même si ce juge a agi de mauvaise foi. Une décision différente ne respecterait pas le principe traditionnel de l'immunité judiciaire.

Même si, comme nous l'avons indiqué, la Charte ne s'applique pas aux relations privées mais uniquement aux relations entre un particulier et l'État, un particulier peut néanmoins invoquer la Charte lorsqu'un texte législatif s'applique à la situation en cause et que ce texte ne respecte pas un droit reconnu par la Charte, p. ex. en permettant une discrimination fondée sur l'âge.⁷ Cependant,

6. (1975) 2 RCS 624, 22 CCC (2d) 571

7. L'article 15, qui prévoit les droits à l'égalité, n'entrera en vigueur que trois ans après la proclamation de la Loi constitutionnelle de 1982, en raison du paragraphe 32(2). Mais l'article 28 qui garantit également aux personnes des deux sexes les droits reconnus par la Charte entrera en vigueur lors de la proclamation.

lorsqu'une personne privée, par ex. un employeur, exerce une discrimination quant à l'âge, la Charte ne pourra s'appliquer dans ce cas en raison de l'article 32, mais elle aura toutefois la possibilité d'autres recours non prévus dans la Charte, comme ceux des déclarations fédérale ou provinciale sur les droits de la personne.

Par ailleurs, dans le cas d'une poursuite criminelle privée, il se peut que cette affaire ne soit pas uniquement privée en ce sens qu'il est possible que le gouvernement soit impliqué indirectement soit en raison du comportement de policiers⁸, soit en raison des textes applicables. Si la conduite des policiers ou les textes applicables violent la Charte, il se peut fort bien que le requérant ait un recours en vertu des articles 24 ou 52. Cependant, il est fort douteux qu'en partant du principe que le but de la Charte est d'empêcher les abus de pouvoir du gouvernement, une personne dont l'automobile a été volée par un particulier puisse exercer le recours constitutionnel prévu à l'article 24, par ex. dans le but d'obtenir des dommages et intérêts, en raison de la violation de son droit constitutionnel, prévu par l'article 8, "à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives." En toute éventualité, l'expression "gouvernement" lorsqu'elle s'applique au pouvoir exécutif, recevra certainement une interprétation très large qui visera tous les représentants du gouvernement aussi bien lorsqu'il s'agira d'un texte législatif que d'actes administratifs ou ministériels.

C. Article 33 - LA CLAUSE "NONOBTANT"

L'article 33 a été ajouté à la Charte en novembre 1980, pour en arriver à un compromis de dernière heure entre le gouvernement fédéral et les provinces sur le rapatriement

8. On peut en effet penser que les tribunaux décideront que les agents de police font partie de l'exécutif du gouvernement et ne constituent pas des officiers judiciaires indépendants: Re Bisailon et Keable (1982), 62 CCC (2d) 340 à la p. 351 (C.A. Qué.)

de la constitution canadienne. En vertu de l'article 33, le Parlement ou la législature d'une province peuvent adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou l'une de ses dispositions aura effet indépendamment de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la Charte. Ces articles comprennent les libertés fondamentales, les garanties juridiques et les droits à l'égalité contenus dans la Charte. Cependant, une telle déclaration cessera d'avoir effet, au plus tard, 5 ans après son entrée en vigueur, à moins qu'elle ne soit renouvelée.⁹

Cette clause "nonobstant" (ou dérogatoire) devrait être rarement utilisée. Recourir à l'article 33 attirerait l'attention sur le fait qu'un Parlement ou une législature provinciale s'apprête à retirer un droit ou une liberté constitutionnelle à ses citoyens ou à un groupe d'entre eux. Une telle mesure susciterait inévitablement les critiques de l'opposition ainsi que celles de la presse toujours vigilante.

À ce sujet, il convient de remarquer que, bien que l'article 2 de la Déclaration canadienne des droits stipule que le Parlement pourra déclarer expressément qu'une loi "aura effet nonobstant la Déclaration canadienne des droits", le Parlement n'a invoqué cet article qu'en une seule occasion¹⁰ depuis l'adoption de la Déclaration des droits Diefenbaker de 1960. Ceci indique qu'un recours à une clause "nonobstant" pour limiter les droits civils constitue une mesure politiquement délicate et qu'il est probable qu'elle continuera à être rarement utilisée. En fait, tant le gouvernement fédéral, que celui de l'Ontario et du Manitoba ont fait savoir qu'ils n'auraient recours à ce genre de clause qu'en raison de circonstances exceptionnelles.

9. Voici un exemple d'une disposition à durée limitée.

10. Loi de 1970 concernant l'ordre public (mesures provisoires) - S.C. 1970-71-72, Ch. 2, par. 12(1) - au moment de la "crise d'octobre" au Québec.

D. Article 1 - LIMITES RAISONNABLES

L'article 1 constitue une des dispositions fondamentales de la Charte. En plus de garantir les droits et libertés qui sont énoncés par la suite, cet article introduit la notion du "raisonnable", que l'on retrouve en common law et en droit civil, dans sa déclaration de principe selon laquelle ces droits et libertés "ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique." Ainsi, les libertés fondamentales, les droits démocratiques, le droit de circuler et de s'établir librement, les garanties juridiques, les droits à l'égalité, les droits en matière de langues officielles et les droits à l'instruction dans la langue de la minorité que reconnaît la Charte ne sont pas absolus mais peuvent être restreints dans des limites raisonnables.

Seule "une règle de droit" peut fixer ces limites raisonnables. Il est évident que cette expression vise entre autres les textes législatifs, les règlements, les décrets, ainsi que les décisions judiciaires. L'utilisation de l'expression "par une règle de droit" dans la version française de cet article confirme cette interprétation. Le mot "droit" vise à la fois les textes législatifs et les textes adoptés par le pouvoir exécutif ainsi que les décisions judiciaires, tandis que le mot "loi" vise uniquement la première catégorie.

L'interprétation qu'ont donnée les tribunaux de l'article 29 du Code criminel et du sous-alinéa 2(c)(i) de la Déclaration canadienne des droits, qui ont précédé l'alinéa 10(a) de la Charte, constitue un exemple d'une "limite raisonnable" fixée par une règle de droit. L'alinéa 10(a) énonce que "chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention." Il ne fait aucun doute que ce droit n'est plus un droit d'origine législative mais est passé au rang de droit constitutionnel. Néanmoins, rien ne nous permet de penser que les interprétations judiciaires antérieures

concernant la nature de ce droit vont subir des changements importants. Dans ce cas, les limites raisonnables qu'ont déjà fixé les décisions judiciaires, p. ex. que l'inculpé perd son droit à connaître les motifs de son arrestation s'il résiste à l'agent de la paix ou s'enfuit¹¹, continueront à s'appliquer.

Cet exemple indique que les tribunaux vont probablement examiner les droits reconnus par la Charte dans le contexte des droits semblables qui existaient auparavant et de leurs exigences en matière de procédures. Dans cette optique, les policiers ont reçu des instructions selon lesquelles le respect des dispositions actuellement en vigueur devrait normalement satisfaire aux exigences de la Charte, à moins que la loi appliquée ne soit, de toute évidence, arbitraire ou déraisonnable. Cependant, lorsqu'il n'existe pas de droit équivalent, p. ex. le droit de chacun, en vertu de l'alinéa 10(b) d'être informé en cas d'arrestation ou de détention de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, les tribunaux devront alors donner de nouvelles directives pour l'interprétation de ces articles. En ce qui concerne le droit énoncé à l'alinéa 10(b), le Commissaire de la Gendarmerie Royale a émis il y a plusieurs mois une directive générale selon laquelle il faut informer la personne que l'on arrête de son droit à l'assistance d'un avocat. De plus, on a rédigé des formules uniformes pour tous les corps de police du Canada afin de satisfaire aux exigences des alinéas 10(a) et 10(b) en matière d'avis à donner à l'inculpé en cas d'arrestation ou de détention.

Outre le droit canadien actuel, il serait également possible de se référer au Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par les Nations-Unies en 1966, signé par le gouvernement fédéral en 1976 et adopté par les provinces la même année, pour rechercher des principes d'interprétation.¹² On peut

11. R. c. George (1936), 67 CCC 33 (CSC); Christie v. Leachinsky, (1947) AC 573 (CL); R. c. Bain (1955), 111 CCC 281 (CA Man.)

12. Le Canada avait l'obligation d'appliquer les dispositions du Pacte. Le respect de cette obligation a sans aucun doute constitué une raison supplémentaire pour adopter la Charte, qui lie à la fois les gouvernements fédéral et provinciaux.

espérer que les interprétations qu'a donné le Comité des Nations-Unies sur les droits de l'homme des dispositions du Pacte qui ressemblent à celles de la Charte pourront servir à déterminer les exigences minimales qu'impose la Charte aux gouvernements fédéral et provinciaux. Il pourrait être également utile d'examiner les décisions qu'ont rendues la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de la Convention européenne sur les droits de l'homme. L'examen du Pacte et de la Convention européenne pourrait également servir à préciser le genre de limite que l'on pourrait raisonnablement imposer aux droits reconnus par la Charte, étant donné que ces deux documents donnent certaines précisions sur les limites qui peuvent être qualifiées de nécessaires dans une société démocratique.

L'article 1 de la Charte soulève une question difficile: cet article a-t-il pour effet d'imposer au gouvernement le fardeau de justifier le caractère raisonnable des limites apportées aux droits reconnus par la Charte. Nous reviendrons à cette importante question un peu plus tard lorsque nous examinerons les recours prévus par l'article 24. Quoiqu'il en soit, lorsque la Charte introduit la notion de "raisonnable" dans l'énoncé d'un droit, ce sera sans doute à la personne qui prétend qu'un de ses droits ou de ses libertés a été restreint ou violé d'établir que la loi ou les actions du gouvernement n'étaient pas raisonnables. Ce raisonnement pourrait s'appliquer à l'article 8, "chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives."¹³ À l'alinéa 11(a), "tout inculpé a le droit

13. Une disposition législative peut être qualifiée de déraisonnable si elle ne précise pas de critères permettant d'évaluer ce qui est raisonnable: l'émission d'un mandat de perquisition peut être déraisonnable en l'absence de motifs raisonnables; et l'exécution d'une perquisition (avec ou sans mandat) peut être déraisonnable dans certaines circonstances. Lorsqu'une disposition législative n'est pas raisonnable, les preuves obtenues grâce à celle-ci peuvent néanmoins être admissibles s'il existe des motifs raisonnables ou si l'utilisation de ces preuves ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice conformément à l'article 24.

de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté grâce à un cautionnement raisonnable."

Que le gouvernement ait ou non le fardeau de justifier une limite apportée à un droit reconnu par la Charte, il demeure qu'il devra dans certains cas justifier, pour des raisons tactiques, cette limitation lorsqu'un requérant aura fait la preuve de la limitation. Dans un tel cas, le procureur de la Couronne pourra-t-il se contenter de présenter des arguments? Ceci nous amène à distinguer comme le font les auteurs américains entre les faits sur lesquels se fonde la décision ("adjudicative facts") et sur lesquels se fondent la loi ("legislative facts"¹⁴). Les premiers visant les faits passés et les seconds des considérations de politique. Pour les faits passés, la Couronne pourra-t-elle appeler des experts, p. ex. économistes, statisticiens, criminologues entre autres, pour justifier une limitation?¹⁵ La Couronne pourra-t-elle se référer aux comptes rendus et débats parlementaires pour faire ressortir la justification de la limitation?¹⁶ Ou le procureur de la Couronne pourra-t-il se contenter d'exposer dans son argumentation les considérations de politique qui justifient la limitation en question?

Pour répondre à ces questions, il est probable que les tribunaux permettront l'utilisation de ces trois méthodes, selon la nature de l'affaire, puisque la justification d'une limitation apportée à la Charte doit nécessairement dépendre de considérations de politique, qui peuvent être expliquées en utilisant les méthodes

14. Voir, Davis, "Judicial Notice" (1955), 55 Col. L.R. 945

15. Peut-être la couronne ira-t-elle jusqu'à produire un "mémoire Brandeis" qui contient des études économiques ou sociales. Voir, Muller v. Oregon (1908), 208 U.S. 412 à la p. 416. Dans cette affaire, le mémoire mentionnait la législation qui existait dans un certain nombre d'états et de pays ainsi qu'un résumé de plus de 90 rapports sociaux et économiques concernant les heures de travail des femmes.

16. Voir la décision Questions sur la loi anti-inflation (1976) 2 C.R.S. 373 aux, pp. 422-3 dans laquelle la Cour a examiné un livre blanc fédéral, parmi d'autres éléments de preuve extra-légaux. Voir également les décisions Home Oil c. P.G./C.B., (1940) R.C.S. 444 à la p. 447 et P.G. Canada c. Readers Digest, (1961) R.C.S. 775 à la p. 796.

mentionnées plus haut. Il reviendra, bien sûr, aux tribunaux de décider en dernier lieu, si la justification du texte législatif ou des actions du gouvernement "peut se démontrer". Cependant, les tribunaux n'auront pas à décider s'ils auraient choisi une autre solution, mais plutôt si la justification des actes du gouvernement peut se démontrer. L'emploi du verbe "pouvoir" laisse penser que d'autres solutions peuvent être justifiées.

L'article 1 contient une dernière expression qu'il convient d'examiner: "société libre et démocratique". L'emploi de cette expression laisse entendre, de manière évidente, qu'il est normal qu'un gouvernement représentatif, qu'il s'agisse d'un régime parlementaire ou républicain, choisisse d'apporter des limites raisonnables à des droits conférés par une Charte. Il pourrait donc être utile d'examiner les limites raisonnables que d'autres pays démocratiques ont pu imposer à des droits semblables. D'autre part, le préambule de la Charte déclare que "le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit"; par conséquent, rien n'empêche de penser que les tribunaux, à titre d'arbitre du droit, ne pourraient pas également imposer certaines limites raisonnables puisque le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire appartiennent tous au gouvernement "d'une société libre et démocratique."

Tout porte à croire que les tribunaux n'hésiteront pas à appliquer, par analogie, le principe d'interprétation par déduction¹⁷ pour l'interprétation des restrictions apportées à la Charte. Lorsque le Parlement ou une assemblée législative a validement adopté une loi, étant donné que cette loi a été, par définition, adoptée dans le cadre "d'une société libre et démocratique", on peut penser que les tribunaux hésiteront à invalider cette loi à moins qu'elle ne constitue clairement une violation déraisonnable des droits et libertés énoncés dans la Charte. Il est évident que ce raisonnement s'applique davantage aux textes

17. Valin c. Langlois (1879), 3 R.C.S. 1; et voir, P. Hogg, Constitutional Law of Canada, au sujet des doctrines constitutionnelles de sauvegarde concernant "l'interprétation atténuée" et "la disjonction".

législatifs adoptés après l'entrée en vigueur de la Charte et aux garanties juridiques, dont la plupart existent actuellement sous une forme analogue, qu'aux droits nouveaux conférés par la Charte. Quoiqu'il en soit, la Charte énonce des droits et libertés garantis par la constitution et accorde clairement aux tribunaux le pouvoir d'invalider les lois incompatibles avec la Charte et d'accorder d'autres réparations appropriées dans le cas de violation de la Charte. On peut donc s'attendre à ce que les tribunaux exercent une surveillance attentive lorsqu'ils auront à examiner des lois et des actions administratives qui semblent violer des droits conférés par la Charte.

E. QUESTIONS GÉNÉRALES

Une constitution doit nécessairement être rédigée en termes larges et généraux. Certaines critiques adressées au projet de Loi C-60, le premier projet de la constitution, concernaient sa précision, de nombreux articles commençant par "nonobstant", "sous réserve de", "en plus de" etc., ainsi que son approche très détaillée aux questions de procédure. C'était ainsi que la Loi constitutionnelle de 1982, et particulièrement les dispositions concernant la Charte, est rédigée dans un style moins détaillé et plus général, plus conforme à sa nature de texte constitutionnel.

Cependant, il est probable que les membres des professions juridiques manifesteront certaines réticences à ce dernier style. On demande souvent: "Qu'est-ce que cela veut dire?". La common law exige précision et exactitude tandis que le droit civil préfère la concision et les principes généraux, et non pas des règles détaillées, en matière de rédaction des lois.¹⁸ Le droit civil favorise ainsi la discrétion judiciaire et comporte une flexibilité qui facilite l'adaptation aux nouveaux besoins de la société.

18. Pour une discussion intéressante de ces conceptions différentes voir, L.P. Pigeon, Rédaction et interprétation des lois, aux pp. 6-9.

Il convient de remarquer à ce sujet qu'un document constitutionnel ne peut être gravé sur la pierre. Vu la complexité des procédures de modification prévue par notre Constitution, elle doit pouvoir se développer et changer. En fait, les paroles, souvent citées, de Lord Sankey à propos de l'interprétation de l'acte de l'Amérique du Nord britannique peuvent fort bien s'appliquer à l'interprétation qu'il faudrait donner à la Loi constitutionnelle de 1982. Sa Seigneurie a déclaré à la p. 136, "l'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre vivant capable de se développer et de grandir dans ses limites naturelles. Le but de cet acte était d'accorder une constitution au Canada...Leurs seigneuries ne pensent pas qu'il appartient à ce Comité - et ce n'est pas ce qu'elles souhaitent - de limiter les dispositions de cet acte en leur donnant une interprétation restrictive; il convient de leur donner plutôt une interprétation large et libérale..."¹⁹

Il faudra donc de la patience aux avocats de common law lorsqu'il s'agira d'analyser et d'étudier la Charte. Une première lecture de la Charte n'apportera pas toutes les réponses. Ce n'est qu'après plusieurs années d'interprétation judiciaire qu'on pourra connaître la portée exacte de la Charte dans différentes situations. Si l'on essayait d'apporter immédiatement des réponses définitives aux questions que pose la Charte, on étoufferait sans doute la croissance de cet instrument nécessaire à la vie de la société. La Charte est la grundnorm, c.-à-d. la norme fondamentale, sur laquelle se greffent toutes les autres lois canadiennes. Il faut que cette norme fondamentale puisse également croître et se développer.

Du point de vue formel, la Charte est un texte législatif du Royaume-Uni et l'on peut donc se demander quelle loi d'interprétation, s'il en est, lui est applicable? Le paragraphe 22(1) de la Loi d'interprétation de 1978²⁰ du Royaume-Uni prévoit que, (traduction) "la

19. Edwards v. A.G. Canada (1930) A.C. 124 (pc)

20. ch. 30

présente loi s'applique à ses propres dispositions, aux lois adoptées après la mise en vigueur de la présente loi..." D'après une interprétation littérale de cet article, la Loi d'interprétation du Royaume-Uni s'appliquerait à la Loi sur le Canada de 1982 et à la Loi constitutionnelle de 1982. Cependant, il paraît presque inconcevable que les tribunaux canadiens utilisent une loi britannique pour interpréter la Constitution du Canada. En vertu de l'article 2 de la Loi sur le Canada de 1982, le Royaume-Uni n'aura plus le pouvoir de légiférer pour le Canada. On peut donc se demander si sa Loi d'interprétation pourra s'appliquer par la suite à la Constitution canadienne. Il est clair que les lois d'interprétation fédérale et provinciale ne peuvent s'appliquer à la Loi sur le Canada puisqu'il s'agit d'une loi britannique. Il semble donc qu'aucune Loi d'interprétation ne lui sera applicable, qu'on adoptera la formule classique de Lord Sankey et que la Charte recevra une interprétation "large et libérale" de manière à favoriser la croissance et le développement de cet "arbre vivant", qu'est la nouvelle constitution. De toute façon, bien que l'ancienne Loi d'interprétation²¹ du Royaume-Uni ait été applicable aux divers Actes de l'Amérique du Nord britannique, elle a joué un rôle presque insignifiant quant à leur interprétation.

Il convient de faire une dernière remarque au sujet de l'interprétation de la Charte; elle concerne des différences qui semblent exister à certains endroits du texte, entre la version anglaise et la version française. Par exemple, le paragraphe 24(2) se lit en français, "...est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice" alors qu'il se lit en anglais "...would bring the administration of justice into disrepute". Il semble que la version française ait une portée plus large que celle du texte anglais. Quelle version aura force de loi? À ce sujet, l'article 57 stipule que, "les versions française et anglaise de la présente loi ont également force de loi". Pour déterminer la version applicable, les tribunaux adopteront sans doute l'approche qui prévaut en matière

21. Interpretation Act, 1889 (52 et 53 Vict. c. 63)

de texte constitutionnel, soit une approche libérale et "répartie", plutôt qu'une approche littérale et grammaticale ou positiviste utilisée pour les lois ordinaires. À titre de comparaison, le paragraphe 8(1) de la Loi sur les langues officielles²² prévoit que "dans l'interprétation d'un texte législatif, les versions des deux langues officielles font pareillement autorité". Et l'alinéa 8(2)(d) stipule que "s'il y a, entre les deux versions du texte législatif une différence..." on donnera la préférence à la version qui, selon l'esprit, l'intention et le sens véritable du texte, assure le mieux, la réalisation de ces objets". Le but de cette approche est d'en arriver à un "sens commun" aux deux versions.²³

CONCLUSION

La Charte annonce le début d'une nouvelle époque pour le droit canadien. Pour la première fois, le Canada aura une constitution qui ne pourra être modifiée qu'au Canada et selon la procédure prévue. Il aura une Charte qui garantit de nombreux droits qui, même s'ils existent déjà pour la plupart, ont désormais le rang de droits constitutionnels et comportent une disposition qui prévoit la réparation des violations de la Charte.

Elle est le reflet d'un art du compromis, particulier aux canadiens. Elle a mis fin à des négociations et des réunions interminables entre les Ministres et les fonctionnaires fédéraux et provinciaux. Elle est le fruit de discussions, de compromis et enfin d'un accord. Les articles 1 et 52 reflètent ce compromis: l'article 1 prévoit en effet que le pouvoir qu'ont les

22. SRC 1970, ch. 0-2

23. Voir les principes généraux R.M. Beaupré, Construing Bilingual Legislation in Canada. Voir également, La Reine c. Popovic, (1976) 2 R.C.S. 308, 25 CCC (2d) 161, R. v. O'Donnell (1979), 45 CCC (2d) 208 (CACB), et R. v. Woods and Gruener (1981), 57 CCC (2d) 220 à la p. 234 (CA Ont.)

tribunaux de déclarer certaines lois inopérantes en vertu de l'article 52 doit tenir compte du droit conféré au Parlement d'imposer des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer, aux droits reconnus par la Charte. Le pouvoir judiciaire n'a donc pas l'autorité suprême et ni le Parlement ni les législatures des provinces ne détiennent la souveraineté absolue.

Tous les commentaires que nous avons faits jusqu'ici au sujet de l'application de la Charte ne peuvent être que des hypothèses et des conjectures. Mais du côté positif, la Charte permettra de limiter les abus de l'État. Du côté négatif, la Charte donnera lieu à de nombreux litiges jusqu'à ce que les Cours d'appel aient formulé des règles fondamentales d'application. D'une manière générale, la Charte est un document canadien qui garantit la plupart des protections déjà prévues par la loi ou la common law, et qui peut s'appliquer dans le cadre des règles et des procédures existantes. En ce sens, la Charte proclame un certain nombre de droits nouveaux et confirme les droits existants. Il faudrait donc voir en elle un moyen de protéger des valeurs fondamentales et non pas un moyen de détruire l'ancien système. La Charte pourra donc contribuer à l'avantage mutuel de tous les canadiens et elle y parviendra si elle reçoit une interprétation fondée sur la bonne volonté et sur la conciliation des intérêts de tous.

Vive la Charte!

Long live the charter!

ARTICLE 2 - LIBERTÉ DE RELIGION

Portée du document

Il y a quelque temps déjà, le Comité décidait que la présente section porterait principalement sur la Loi sur le dimanche. Toutefois, d'autres questions ayant trait à la liberté de conscience et de religion ont depuis été soulevées.

Textes pertinents

L'article 2 de la Charte canadienne des droits et libertés prévoit que:

"Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

- a) liberté de conscience et de religion;..."

Selon l'article 1 de ladite Charte, ces libertés ne peuvent être restreintes "que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique."

Le premier amendement à la Constitution des États-Unis se lit comme suit:

"Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice;..."

Dans l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, on peut lire:

"1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

Il convient de tenir compte des différences entre les différents textes qui viennent d'être cités au moment d'évaluer la pertinence des causes jugées par la Cour suprême des États-Unis et de celles pour lesquelles on a invoqué la Convention européenne.

Il est également possible de consulter le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont l'article 18 prévoit ce qui suit:

"1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

4. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions."

Le Canada est l'un des États parties au Pacte et du Protocole facultatif s'y rapportant, qui garantit à toute personne le droit de faire appel au Comité des droits de l'homme établi en vertu dudit Pacte. Il est à prévoir que le Comité en question se verra appelé un jour ou l'autre à donner une interprétation de l'article 18.

Lois interdisant le travail le dimanche

- Canada

Afin de déterminer dans quelle mesure la Loi sur le dimanche est conforme ou non aux dispositions de la Charte, il convient de s'attarder surtout sur l'affaire Robertson and Rosetanni v. The Queen, (1963) S.C.R. 651, qui fut jugée sous le régime de la Déclaration canadienne des droits. Les appelants avaient été reconnus coupables d'avoir illégalement ouvert leur salle de quilles un

dimanche, contrairement à l'article 4 de la Loi sur le dimanche. En défense, ils ont invoqué l'alinéa 1 c) de la Déclaration canadienne des droits qui, selon eux, rendait la Loi sur le dimanche inopérante. Cet alinéa se lit comme suit:

"1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada...:

c) liberté de religion;..."

Parlant au nom des juges Fauteux, Abbott et Taschereau, le juge Ritchie a rejeté cet argument pour plusieurs raisons. En premier lieu, la Loi sur le dimanche n'a jamais, par le passé, été considéré comme une attaque à la liberté de religion au Canada. Au besoin, les premiers mots de l'article 1 pourrait appuyer un tel raisonnement. En second lieu, et cette observation du juge Ritchie est plus importante encore, rien dans ladite loi n'empêchait de quelque façon les non-chrétiens de pratiquer librement leur religion. Selon le juge Ritchie, c'étaient les effets de la loi, et non son objet (dont le caractère religieux est cependant indéniable) qui devaient être examinés afin de déterminer s'il y avait vraiment eu atteinte du principe de la liberté de religion. En fait, les non-chrétiens n'étaient nullement touchés dans leur croyance. Un juif ou un musulman, par exemple, pouvait observer en toute liberté les jours saints prévus par sa foi.

Toutefois, dans sa dissidence le juge Cartwright a soutenu que l'application de ladite loi avait un caractère religieux au même titre que son objet. Il considérait qu'une loi obligeant à un certain comportement pour des fins purement religieuses constituait une attaque à la liberté de religion et il rejetait le raisonnement du juge Ritchie fondé sur l'interprétation historique de l'alinéa 1 c) de la Déclaration canadienne des droits.

Dans un commentaire paru dans la Revue du Barreau canadien (1964) 42 Revue du Barreau canadien 147, celui qui était encore, à l'époque, le "professeur" Laskin, critique sévèrement l'affaire Robertson. Afin de comparer l'attitude adoptée par les tribunaux canadiens et américains dans des

circonstances similaires, il est intéressant de lire l'article du professeur Jerome A. Barron intitulé Sunday in North America, (1965) 79 Harv. L. Rev. 42.

Plus près de nous, une affaire jugée par la Cour d'appel fédérale, ReFardella and The Queen, (1974) 47 D.L.R. (3d) 689, mettait en lumière l'absence d'une séparation stricte entre l'Église et l'État, contrairement à ce qui existe aux États-Unis. Cette affaire a fait ressortir que le fait de tenir un service religieux dans une institution fédérale ne constituait en rien une attaque au principe de la liberté de religion énoncé dans la Déclaration canadienne des droits.

- États-Unis

Comme nous venons de le voir, la situation aux États-Unis est différente. En effet, le premier amendement à la Constitution prévoit que le Congrès ne peut faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou en interdisant le libre exercice. Malgré tout, dans l'affaire Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599 (1961), la Cour suprême des États-Unis a reconnu la constitutionnalité d'une loi de la Pennsylvanie interdisant l'ouverture, le dimanche, de tout type d'entreprise. Selon les personnes en cause, des marchands juifs orthodoxes, l'application du statut en question combinée avec leur observance du sabbat constituait une entrave à la bonne marche de leurs affaires de même qu'une attaque à la liberté de religion garantie par la Constitution. Afin de déterminer s'il y avait ou non, dans ce cas, violation de ce principe, la Cour suprême a formulé un critère visant à établir s'il s'agissait d'un empêchement direct ou indirect au libre exercice de la religion. Il a été décidé que la législation interdisant à toute entreprise d'ouvrir ses portes un dimanche ne constituait qu'un empêchement indirect (M. le juge en chef Warren). Dans la cause West Virginia Board of Education v. Barnette, (1943) 319 U.S. 624, la Cour suprême a déclaré que la loi obligeant le salut au drapeau dans les écoles était inconstitutionnelle lorsqu'elle s'appliquait à des enfants dont la religion interdisait ce salut au drapeau. Selon les juges, la loi en question constituait clairement un empêchement "direct" puisqu'elle forçait des enfants à commettre un acte contraire à leur foi.

Il faut souligner que le premier amendement ne vise, en principe, que le gouvernement fédéral. Toutefois, de l'avis de la Cour suprême, le principe de la liberté de religion énoncé dans le premier amendement se retrouve également dans le quatorzième, et doit donc, à ce titre, être respecté par le gouvernement des États. Cela n'a pas empêché, dans l'affaire Brown v. Braunfeld, de n'invoquer que le premier amendement alors que c'était la loi d'un État en particulier qui était visée.

Conclusions

Il est à prévoir que tôt ou tard, la Loi sur le dimanche sera contestée en vertu de l'article 2 de la Charte canadienne des droits et libertés. Le cas échéant, les conclusions de l'affaire Robertson se révéleront peut-être utiles. La Charte renforce le principe de la liberté de religion du fait qu'elle le considère comme un droit, sans donner d'autres précisions (si l'on oublie, pour le moment, les dispositions de l'article 1). Dans l'affaire Robertson, le juge Ritchie pouvait se fonder sur le préambule de l'article 1 de la Déclaration canadienne des droits pour donner une interprétation historique de la liberté de religion. Dans le but de maintenir la Loi sur le dimanche, la Cour suprême pourrait toujours avoir recours à la distinction qu'avait faite le juge Ritchie dans le cadre de l'affaire susmentionnée, entre l'objet et les effets de ladite loi. Toutefois, le fait d'affirmer que la Loi sur le dimanche n'a aucun effet sur le plan religieux n'a rien de convaincant. Le critère adopté par la Cour suprême des États-Unis, permettant de déterminer s'il s'agit d'un empêchement direct ou indirect à la liberté d'une personne de pratiquer sa religion, offre de meilleures possibilités.

Si la Cour suprême du Canada préférerait retenir les objections formulées par le juge Cartwright dissident dans l'affaire Robertson, une telle position n'annulerait pas pour autant la Loi sur le dimanche. Il resterait encore à prendre en considération les dispositions de l'article 1 de la Charte. Bien que nous ignorions la démarche que prendra le gouvernement pour démontrer la justification de cette limite au libre exercice d'une religion dans le cadre d'une société libre et démocratique, il nous semble possible d'invoquer la nécessité d'établir un jour de repos pour l'ensemble de la société. Le fait d'accorder à certaine

personne le droit de prendre le vendredi, le samedi ou le dimanche, selon ce que leur permet leur religion, sèmerait la confusion et encouragerait certaines personnes à changer de religion pour des raisons professionnelles. C'est là l'argument invoqué par le juge en chef Warren dans le cadre de l'affaire Braunfeld v. Brown. Toutefois, un tel argument n'est pas à toute épreuve. Il est toujours possible d'en arriver à un arrangement administratif permettant à des particuliers de fermer leur entreprise le vendredi, le samedi ou le dimanche. Cependant, certains problèmes seraient à prévoir. Par exemple, un homme d'affaire musulman pourrait décider de fermer le vendredi alors que ses employés juifs ou chrétiens préféreraient avoir congé le samedi ou le dimanche. Par ailleurs, il serait facile d'invoquer le fait que dans les pays d'Europe de l'ouest de même qu'au Canada et aux États-Unis, le dimanche a été décrété jour de repos sans que cela ne soit perçu comme une attaque au principe de la liberté de religion.

Lois sur la sécurité sociale

- États-Unis

Il est arrivé, aux États-Unis, que certaines personnes ont préféré réclamer des prestations de sécurité sociale plutôt de se voir obligées de travailler le samedi alors que leur religion le leur interdisait. Dans l'affaire Sherbert v. Verner, (1963) 374 U.S. 398, une adventiste du septième jour se plaignait de s'être vue refuser des prestations d'assurance-chômage parce qu'elle avait refusé un emploi convenant à ses aptitudes mais qui l'aurait obligée à travailler le samedi, que sa religion considérait comme au jour saint. La loi l'empêchant de toucher les prestations qu'elle demandait a été déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle agissait directement contre sa liberté de pratiquer librement sa religion. En effet, elle avait le choix entre accepter le poste même si cela la forçait à ne pas respecter l'un des préceptes de sa foi, ou se voir refuser les prestations.

Une affaire plus récente, Thomas v. Review Board of the Indians Security Division, 67 L. Ed. (2d) 624 (jugée le 6 avril 1981) portait sur une question de même nature. Un témoin de Jehovah s'était vu muter dans un département où l'on fabriquait des tourelles pour chars d'assaut. Or, sa

religion lui défendait de travailler à la fabrication d'armement. Par conséquent, il avait quitté son emploi et réclamé qu'on lui versât des prestations tel que le prévoyait l'Indiana Unemployment Insurance Act (loi de l'Indiana sur l'assurance-chômage). Il s'était vu refuser lesdites prestations pour le motif qu'il avait quitté son emploi de son plein gré. La Cour suprême a jugé qu'un tel geste de l'État représentait une violation grave du premier amendement au chapitre de la liberté de religion et que sa justification n'avait pas été démontrée.

- Europe

Il est intéressant de prendre connaissance de la décision rendue par le contentieux de l'Office national de l'emploi de Bruxelles qui a permis à un artisan juif de recevoir les prestations d'assurance-chômage qui lui avaient été refusées, et qui est citée à la page 365 de l'Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme (1962). L'homme en question avait refusé de se présenter à l'Office les samedis. Ne pouvant prouver qu'il avait été en chômage pendant six jours consécutifs, il s'était vu refuser toute prestation. L'appelant a obtenu gain de cause. Même si la décision rendue ne reposait pas directement sur la Convention, on invoqua l'article 9 afin d'interpréter la loi belge conformément avec les obligations de la Belgique en tant que signataire. Le passage suivant, qui donne une interprétation de l'article 9, offre un certain intérêt:

"Attendu qu'il résulte d'une attestation délivrée par le rabbin de la communauté israélite orthodoxe de Bruxelles qu'il est strictement interdit à un israélite de faire quoi que ce soit le samedi, y compris de se rendre au pointage et que l'intéressé est un israélite orthodoxe qui assiste régulièrement aux services religieux du sabbat;

Attendu sans doute que l'intéressé s'interdit ainsi de travailler les samedis, mais attendu qu'il résulte du principe de la liberté des cultes proclamé par l'article 14 de la Constitution et de l'article 9, par 2 de la Convention des droits de l'homme ratifiée par la Loi du 14 juin 1955, que l'intéressé a le droit d'exercer son culte, légalement reconnu en Belgique, en dehors de toute entrave directe ou indirecte; que la réglementation relative à l'assurance-chômage doit nécessairement être interprétée dans un sens qui ne la mette pas en contradiction avec les dispositions tant constitutionnelles que légales reprises ci-dessus;

Attendu dès lors, que l'on ne peut considérer que l'intéressé, en s'interdisant de travailler le samedi, met à sa remise au travail des réserves qui le rendent indisponible pour le marché général de l'emploi;

Attendu d'ailleurs, que la décision du bureau régional a pour effet de faire pression sur la conscience de l'intéressé en le mettant en demeure de choisir entre les impératifs catégoriques de sa religion et la crainte de perdre son droit au bénéfice de l'indemnisation;..."

Dans le cadre d'une affaire jugée en Angleterre (Ahmad v. Inner London Educational Authority, (1978) 1 All E.R. 574), on a également invoqué l'article 9 de la Convention européenne. Bien que le Royaume-Uni y soit lié en vertu du droit international, ladite convention ne fait pas partie du droit britannique. L'affaire en question mettait en cause un professeur musulman qui se rendait à la mosquée chaque vendredi après-midi et qui, de cette façon, se voyait obligé d'abrégé sa période d'enseignement une fois la semaine. Devant la situation, l'employeur l'a sommé de mettre un terme à ces pratiques ou de prendre un poste à temps partiel, ce qui supposait également un traitement moins élevé. L'enseignant refusa, et l'affaire fut portée devant les tribunaux. L'essentiel du débat porta sur l'interprétation qu'il convenait de donner de l'une des dispositions de l'Education Act (loi sur l'éducation) de 1944. Le tribunal en vint à invoquer l'article 9 de la Convention européenne, afin que cette interprétation soit bel et bien conforme aux obligations du Royaume-Uni sur le plan international. Selon Lord Denning, m.r., certains beaux principes tendent souvent à s'éloigner de la réalité, et c'est dans cette catégorie qu'il rangea le droit de M. Ahmad de manifester sa religion par les pratiques et l'accomplissement des rites, droit qui, à son avis, ne doit pas entrer en contradiction avec ceux des autorités enseignantes dont il était l'employé et qui le payaient pour enseigner à des enfants. Le lord juge Orr vint renforcer ces propos en invoquant le paragraphe 2 de l'article 9. Toutefois, à la lumière des dispositions de la Convention, le lord juge Scarman critique le caractère restrictif du libellé de l'article de l'Education Act qui avait été discuté au cours de l'instruction de l'affaire, et conclut que M. Ahmad était en droit de pouvoir se rendre aux services religieux du vendredi si cela n'occasionnait pas de périodes d'absence dont la fréquence ou la longueur ne l'empêcherait d'occuper un poste d'enseignant à temps plein.

Après que la Cour d'appel eut rendu son verdict, une demande concernant l'affaire Ahmad fut présentée à la Commission européenne des droits de l'homme et déclarée irrecevable (1982) 4 E.H.R.R. 126).

Drogues

Dans l'affaire *The People v. Woody*, (1964) 394 P. 2d 813, des Indiens Navajo furent reconnus coupables au terme d'un procès intenté pour possession de peyotl contrairement à ce que prévoyait le Health and Safety Code (code de santé et de sécurité) de la Californie. Portant leur cause en appel, les accusés opposèrent avec succès au verdict rendu contre eux, les droits que leur garantissait le premier amendement en matière de religion; ils déclarèrent en outre que l'utilisation de la drogue en question faisait partie intégrante d'une cérémonie religieuse et que cette pratique ne constituait aucun danger pour l'État. Au Canada, les Rastafarians pourraient toujours essayer de justifier de la même façon l'utilisation qu'ils font de la marijuana. Toutefois, il serait permis de se demander si cette dernière est vraiment indispensable à l'accomplissement de leurs rites religieux.

Objecteurs de conscience

La présence du mot "conscience" dans l'article 2 de la Charte risque de faciliter la tâche des objecteurs de conscience désireux de s'opposer au service militaire obligatoire si jamais ce dernier venait à être rétabli au Canada. Dans d'autres pays, le statut de celles parmi ces personnes qui justifient leurs actes en faisant appel à des principes d'ordre moral plutôt qu'en la croyance à un être suprême, a quelquefois causé certains problèmes. Dans l'affaire U.S. v. Seeger, 380 U.S. 163 (1965), par exemple, la Cour suprême a dû interpréter l'alinéa 6 j) de la Universal Military Training and Combat Act (loi sur l'entraînement militaire et le combat), qui prévoit que ceux qui se refusent à participer de quelque façon à une guerre en raison de "leur religion ou de leurs croyances" peuvent être exemptés du service militaire. Dans cette affaire la Cour suprême a décidé ce qui suit (par M. le juge Clark):

(Traduction)

"Il convient d'abord de déterminer si cette croyance en un être suprême présente la même sincérité et a la même importance dans la vie de celui qui l'affirme, que la foi en Dieu de celui à qui la loi reconnaît le droit d'être exempté; si tel est le cas, le premier ne peut être traité différemment du second. Il ne pourrait en être autrement, en raison des principes qu'a toujours défendus le Congrès par le passé, de même que cela

irait à l'encontre de la position adoptée à ce sujet par le gouvernement des États-Unis depuis sa fondation. De plus, cette allusion à un être suprême ne fait que s'inscrire dans le cadre des définitions de plus en plus nombreuses que donnent de Dieu les adeptes des mouvements religieux modernes".

Dans l'affaire en question, la Cour suprême n'a pas eu à se prononcer quant aux droits que garantissait le premier amendement aux objecteurs de conscience dont le refus de faire leur service militaire ne reposait pas sur des motifs d'ordre religieux. Il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas question que de "religion" dans ce premier amendement. Il est toujours possible que ce concept soit pris au sens large par la Cour suprême. En comparaison, dans un cas semblable, un tribunal canadien n'aurait qu'à s'en remettre à l'alinéa 2 a) de la Charte, qui fait mention du mot "conscience".

L'affaire State ex rel. Swann v. Pack, (1975) 527 S.W. 2d 99, jugée par la Cour suprême du Tennessee, portait sur la possibilité qu'une personne puisse être exemptée des mesures législatives courantes en raison de ses croyances religieuses. Les personnes en cause appartenaient à un groupe religieux dont les rites comportaient, entre autres, le contact avec des serpents venimeux. Elles se sont vues interdire de se livrer à de tels actes, et la Cour suprême du Tennessee a ordonné que soit émise une injonction à cet effet. Cette affaire, le fait que la cour passe en revue la jurisprudence américaine concernant la liberté de mettre en pratique les préceptes d'une religion par rapport aux lois s'opposant à ce que de tels actes soient posés, ou de refuser tout traitement médical (par exemple, la vaccination, les transfusions de sang et les soins que requièrent un mourant) pour des motifs d'ordre religieux.

ARTICLE 3 - DROITS DÉMOCRATIQUES
ÉLECTIONS FÉDÉRALES

(Sera publié ultérieurement)

ARTICLE 7 - VIE, LIBERTÉ ET SÉCURITÉ DE LA PERSONNE

(Sera publié ultérieurement)



LOWE-MARTIN

L'ARTICLE 8 DE LA CHARTE CANADIENNE
DES DROITS ET LIBERTÉS

En vertu de l'article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés, "chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives". En rapprochant cet article du paragraphe 24(2), qui donne au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'écarter les éléments de preuve obtenus en contravention de l'article 8, on voit immédiatement que ces quelques mots auront un effet important sur l'administration de la justice en matière criminelle au Canada. Il y aura sans nul doute un grand nombre de procès où il sera demandé d'écarter des éléments de preuve saisis par le gouvernement. Les arguments de la défense seront certainement fondés sur les deux éléments suivants:

- i) l'insconstitutionnalité de la loi autorisant une fouille, perquisition ou saisie;
- ii) le fait que lesdites fouilles, perquisitions ou saisies n'ont pas été effectuées selon les normes de la Charte.

Bien qu'il soit préférable de ne pas trop se fier à l'expérience américaine en cette matière, il semble inévitable que la jurisprudence américaine jouera un rôle important dans l'évolution de notre droit, tant parce que les États-Unis ont une longue expérience de la règle d'exclusion (la nôtre est pratiquement nulle), que parce que les dispositions de l'article 8 semblent avoir été inspirées de la Constitution américaine. Le quatrième amendement de la Constitution américaine stipule que:

(Traduction)

Le droit des citoyens d'être protégés dans leurs personnes, leurs maisons, leurs papiers et leurs effets et d'être mis à l'abri de toutes perquisitions et saisies déraisonnables, ne pourra être violé, et il ne pourra être lancé de mandats de perquisition ou de saisie que pour une cause plausible, appuyée par le serment ou l'affirmation des plaignants; le mandat devra toujours contenir la description du lieu où doit se faire la perquisition, ainsi que celle des personnes ou des choses qui doivent être saisies.

Il y a, évidemment, des différences importantes entre le quatrième amendement et l'article 8 et il importe de ne pas les oublier.

Le quatrième amendement concerne la fouille d'une personne, de sa maison et de ses possessions. L'article 8, par contre, ne fait qu'assurer le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. En raison de sa portée plus générale, il est possible que cet article confère une protection plus grande que celle du quatrième amendement, bien que je ne puisse imaginer un exemple concret qui permettrait d'appuyer cette hypothèse.

Le quatrième amendement prévoit également en détail les exigences relatives aux mandats de perquisition. Cette précision est sans aucun doute due à la Guerre d'Indépendance américaine, pendant laquelle les Américains avaient fait un usage arbitraire des mandats généraux, et plus particulièrement des brefs de main-forte. (cf. Boyd v. U.S., 116 U.S. 616 (1886) et Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967)). Comme il n'existe pas de telles dispositions dans l'article 8, les législateurs canadiens auront une plus grande latitude dans l'élaboration des pouvoirs raisonnables de fouille, de perquisition et de saisie.

I. CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS AUTORISANT LES
FOUILLES, PERQUISITIONS ET SAISIES

Même si la contestation des fouilles, perquisitions et saisies ne sera vraisemblablement pas fondée sur des lacunes de la loi habilitante, il existe néanmoins certains points faibles évidents. Le plus important est le bref de main-forte qui peut être délivré en

vertu de la Loi sur les stupéfiants et d'autres lois fédérales. Le bref de main-forte émis en vertu de la Loi sur les stupéfiants serait une violation évidente du quatrième amendement, puisqu'il ne précise pas quels sont les endroits à fouiller ou les objets à saisir. Avant la Constitution américaine, les hautes autorités d'Angleterre avaient condamné le mandat général, soutenant qu'il s'agissait d'une "loi en vertu de laquelle aucun Anglais digne de ce nom ne souhaiterait vivre". (cf. Huckle v. Money (1765), 97 E.R. 1050). Toutefois, les mandats en question permettraient apparemment de procéder à des fouilles ou à des perquisitions en se fondant sur de simples soupçons. Par contre, dans le cas du bref émis en vertu de la Loi sur les stupéfiants, il faut avoir des motifs raisonnables de croire qu'il se trouve des narcotiques dans une maison d'habitation avant de pouvoir y pénétrer et effectuer une perquisition. On peut soutenir que ce genre de fouille est raisonnable. Par contre, même ce bref de main-forte peut ne pas répondre aux exigences de la Charte, si l'on en juge par un commentaire fait dans l'arrêt Leach v. Money: "Il n'est pas souhaitable de laisser au policier la responsabilité d'interpréter la dénonciation. C'est au magistrat de le faire et de donner certaines instructions à l'agent." Si l'on veut justifier l'existence du bref, il peut être nécessaire de démontrer que le bref impose des "limites raisonnables" à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives (article 1 de la Charte). Il serait plus facile de justifier l'existence de ce bref si son détenteur ne pouvait l'utiliser que lorsque l'urgence de la situation ne lui permet pas d'obtenir un mandat ordinaire (cf. Levitz v. Ryan (1972), 9 C.C.C. (2d) 182 (O.C.A.)).

L'autorisation d'entrer ailleurs que dans une maison d'habitation sans mandat (alinéa 10(1)a), Loi sur les stupéfiants) et celle de fouiller toute personne qui s'y trouve au moment d'une perquisition faite en vertu de l'alinéa 10(1)a) (alinéa 10(1)b), Loi sur les stupéfiants) peuvent également être contestées. (Cf. par exemple Ybarra v. Illinois, 444 U.S. 85 (1979)). (Voir également Levitz v. Ryan, ci-dessus, sur la façon dont ces personnes reçoivent l'ordre de ne pas bouger).

Devant toutes ces constatations, il convient de déterminer ce qu'est exactement une fouille, une perquisition ou une saisie abusive. Il est évident qu'une fouille ou une perquisition illégale, c'est-à-dire qui n'est pas autorisée par la loi ou la jurisprudence, serait abusive *prima facie*. Il est toutefois impossible de prévoir dans quelle mesure les tribunaux seront disposés à admettre qu'une loi du Parlement a créé une fouille ou une perquisition abusive.

Enfin, il faudra déterminer si la conduite de l'auteur d'une fouille ou d'une perquisition légale peut rendre une saisie abusive. Je suppose que le résultat dépendra en grande partie de deux facteurs: premièrement, si la conduite du détenteur est contraire à la loi et, deuxièmement, s'il y a un lien entre sa conduite et les saisies effectuées.

II. LA FOUILLE OU LA PERQUISITION EN CAUSE
RESPECTE-T-ELLE LES NORMES DE LA CHARTE?

Pour établir si une fouille ou une perquisition est contraire à la Charte, il faut poser deux questions fondamentales: premièrement, l'article 8 s'applique-t-il dans ce cas? Si oui, l'article 8 a-t-il été respecté?

A. PREMIÈRE QUESTION: INAPPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 8

1. INAPPLICABILITÉ PAR SUITE DU LIEU
PERQUISITIONNÉ

Certains lieux pourraient ne pas être visés par les dispositions de l'article 8 parce qu'ils ne font pas partie de la zone où, en vertu de la Charte, chacun a "droit à la protection". Compte tenu de l'article 1 de la Charte, il existe également un certain nombre de lieux où la notion de "raisonnable" peut être élargie.

Voici une liste de lieux qui pourraient ne pas être visés par l'article 8, ainsi que quelques arrêts américains, dont les motifs pourraient être d'une certaine utilité:

- a) les lieux abandonnés, comme une chambre d'hôtel qui n'est plus occupée (Abel v. U.S., 362 U.S., 217 (1960));
- b) les objets exposés en public (Katz v. U.S., 389 u.S. 347 (1967));
- c) les terrains vagues (Hester v. U.S., 265 U.S. 57 (1924); Katz v. U.S., 389 U.S. 347 (1967); Air Pollution Variance Board v. Western Alfalfa Corp., 416 U.S. 861 (1974));
- d) l'extérieur des automobiles, comme les éraflures de peinture ou le degré d'usure une chape de pneu à (Cardwell v. Lewis, 417 U.S. (1974));
- e) les fouilles et perquisitions effectuées dans des pays étrangers (Burlay v. U.S., 383 F2d 345 (9th Cir. 1967));
- f) les institutions pénitentiaires (U.S. v. Kelly, 393 F. Supp. 755 (W.D. Okla. 1975); Lanza v. N.Y., 370 U.S. 139 (1962); Gettleman v. Werner, 377 F. Supp. 445 (W.D. Pa. 1974); U.S. v. Hitchcock, 467 F2d 1107 (9th Cir. 1972));
- g) les fouilles ou perquisitions effectuées à la douane (voir les articles 133 à 151 de la Loi sur les douanes); ces articles pourraient être défendus particulièrement en vertu de l'article 1 de la Charte et de la jurisprudence américaine).

Aux États-Unis, les fouilles des personnes qui passent une frontière (ou dans le cas d'une situation équivalente sur le plan technique), ainsi que celles de leurs bagages et de leurs effets personnels, sont

considérées comme convenables d'après le quatrième amendement. Dans ces cas, il n'est pas nécessaire d'avoir un mandat ou des motifs raisonnables. Cette exception est légitime parce que le détenteur de la souveraineté a le droit de contrôler l'accès au pays. (U.S. v. Ramsay, 431 U.S. 606 (1977); Carroll v. U.S., ci-dessus; U.S. v. Thirty-Seven Photographs, 402 U.S. 363 (1971)). Ce droit concerne également l'ouverture du courrier qui traverse la frontière (U.S. v. Ramsay, ci-dessus). Pour fouiller une personne en la faisant se déshabiller (y compris en lui faisant écarter les fesses) il faut de sérieuses présomptions contre ladite personne"; pour procéder à une fouille à nu approfondie, il faut une indication évidente que la personne transporte de la marchandise en contrebande (U.S. v. Hotz, 479 F2d 89 (1973) (9th C.C.A.); U.S. v. Mathews, 453 F2d 1237 (1972) (9th C.C.A.)). Même la fouille sans mandat du contenu d'un estomac, au moyen d'un émétique, est jugée convenable s'il y a des motifs valables de croire que le sujet fait de la contrebande en cachant de l'héroïne dans son estomac (U.S. v. Briones, 423 F2d 742 (1970) (5th C.C.A.)).

Il est possible de procéder à des fouilles sans mandat à quelque distance de la frontière, mais seulement lorsqu'il existe une cause probable et qu'il a été possible de surveiller le suspect entre la frontière et l'endroit où sera exécutée la fouille (U.S. v. Bilir, 592 F2d 735 (1979) (4th C.C.A.); U.S. v. Fogelman, 586 F2d 337 (1978) (5th C.C.A.); U.S. v. Martinez-Fuerte, 428 U.S. 543 (1976); U.S. v. Ortiz, 422 U.S. 891 (1975); Almeida Sanchez v. U.S., 413 U.S. 266 (1973)).

2. INAPPLICABILITÉ PAR SUITE DE LA PERSONNE QUI EXÉCUTE LA FOUILLE

Aux États-Unis, la protection garantie par le quatrième amendement se limite aux fouilles effectuées par les agents du gouvernement ou en leur nom, et ne s'étend pas aux fouilles effectuées par des particuliers. Cette disposition vise à restreindre uniquement "les activités de l'autorité souveraine" (Burdeau v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921); Irvine v. California, 347 U.S. 128 (1954); Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971); Smith v. Maryland, 442 U.S. 736 (1979); Herbert v. Stale, 269 A.2d 430 (1970)). Cependant, lorsqu'un particulier agit à la demande de la police, il est considéré comme son agent d'après le

quatrième amendement. On peut soutenir que ce raisonnement s'applique également à la Charte, particulièrement selon le paragraphe 32(1) qui en délimite l'application. On pourrait répondre cependant que, contrairement aux dispositions du quatrième amendement, l'article 24 de la Charte cherche à empêcher que l'administration de la justice ne soit déconsidérée, alors que la règle d'exclusion prévue par la constitution américaine ne cherche qu'à empêcher la police de violer la constitution. Toutefois, d'après ce qui précède, il est clair que la nature préventive de la règle d'exclusion ne sert pas à limiter l'application du quatrième amendement aux activités du gouvernement. (Cf. Stone v. Powell, 428 U.S. 465 (1976) et Walter v. U.S. (U.S.S.C., 1980)).

3. INAPPLICABILITÉ PAR SUITE DE LA VICTIME

Cette question concerne le droit de comparaître, et aurait avantage à être examinée dans le contexte de l'article 24 plutôt que de l'article 8 de la Charte.

Aux États-Unis, les droits énoncés au quatrième amendement sont considérés comme des droits de la personne. L'exclusion de preuves permettant de respecter ces droits ne peut ainsi se faire qu'à la demande d'une personne dont les droits ont été menacés par une fouille, une perquisition ou une saisie. (Simmons v. U.S., 390 U.S. 377 (1968)). Il fut un temps où l'intimé devait faire la preuve qu'il était le propriétaire du bien saisi, ou qu'il possédait des intérêts dans la propriété fouillée (Connolly v. Medatre, 58 F.2d 629 (2nd Cir. 1932)). Par la suite, le droit de comparaître fut conféré à toute personne dont la présence était légitime au moment d'une fouille, et lorsque celle-ci avait permis d'obtenir des éléments dont on désirait se servir contre elle (Jones v. U.S., 362 U.S. 257 (1960)). Pendant un certain temps, toute personne inculpée d'une infraction dont le principal élément de preuve avait été saisi au moment d'une fouille ou d'une perquisition avait automatiquement le droit de comparaître devant un tribunal (Jones v. U.S., ci-dessus; Brown v. U.S., 411 U.S. 223 (1973)). Cette situation n'existe plus aujourd'hui (Simmons v. U.S., ci-dessus; U.S., v. Salvucci, 448 U.S. (1980); Rawlings v. Kentucky, 448 U.S. (1980)).

Il est possible que cette méthode soit adoptée au Canada, particulièrement d'après les dispositions de l'article 24 de la Charte. Ces dispositions permettent en effet de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir réparation, mais ce droit se limite à "toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente Charte". La règle d'exclusion énoncée au paragraphe 24(2) résulte de l'application du paragraphe 24(1).

B. DEUXIÈME QUESTION: L'ARTICLE 8 A-T-IL ÉTÉ RESPECTÉ?

La contestation d'une perquisition pourrait généralement être fondée sur le fait de s'introduire dans une zone privée, ou sur l'étendue de la perquisition qui est ensuite faite. Aux États-Unis, les tribunaux ont fait remarquer que les pénétrations pour perquisition ou pour saisie sont une tare et qu'il ne doit pas y avoir de pénétration sans en avoir auparavant établi la nécessité. De plus, les pénétrations jugées nécessaires devraient être aussi limitées que possible (Coolidge v. New Hampshire, ci-dessus). Ainsi, une perquisition valable au départ peut enfreindre le quatrième amendement par son étendue (c'est-à-dire, lorsqu'il n'y a pas un lien raisonnable entre la perquisition et les circonstances premières qui l'ont provoquée). (Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968)). Je vais essayer d'expliquer l'application de cette approche au contexte canadien dans les lignes qui suivent.

1. INTRUSION INITIALE SANS MANDAT

Aux États-Unis, l'existence d'un mandat est capitale pour déterminer la question de savoir si la pénétration initiale est légale. Les tribunaux américains ont souligné l'importance de l'intervention d'un magistrat entre les particuliers et la police pour qu'une personne impartiale puisse juger de la nécessité de porter atteinte à la vie privée pour appliquer la loi. Cette décision ne doit pas être laissée à la police, à moins qu'il ne s'agisse d'une situation particulièrement urgente. (Jones v. U.S., 357 U.S. 493 (1958); McDonald v. U.S., 335 U.S. 451 (1948); U.S. v. Jeffers, 342 U.S. 48 (1951); Wong Sun v. U.S., 371 U.S. 471 (1963); Katz v. U.S., ci-dessus; Coolidge v. New

Hampshire, ci-dessus; Almeida-Sanchez v. U.S., 413 U.S. 266 (1973); U.S. v. Watson, 423 U.S. 411). Il est possible que les tribunaux canadiens donnent une interprétation similaire à l'article 8 de la Charte. Toutefois, contrairement au quatrième amendement, l'article 8 ne contient pas d'exigences particulières relativement aux mandats, ce qui pourrait amener les tribunaux à tirer des conclusions différentes. Cette position serait particulièrement contestable si une loi imposait des exigences raisonnables qui devraient être respectées avant qu'une perquisition sans mandat ne soit faite.

Il faut noter que, même aux États-Unis, il existe certaines "exceptions établies et bien précises" pour la délivrance d'un mandat lorsque la "situation exige" de procéder à une perquisition sans mandat (Coolidge v. New Hampshire, (ci-dessus)). On peut soutenir que ces cas pourraient ne pas être contestables en vertu de l'article 8. Dans les paragraphes qui vont suivre, je traiterai brièvement de certains de ces cas.

a) FOUILLE À LA SUITE D'UNE ARRESTATION

Selon la common law, il est légitime de fouiller une personne à la suite d'une arrestation. Après avoir procédé à une arrestation avec ou sans mandat, la loi permet à l'agent de la paix de fouiller le prévenu pour voir s'il détient un élément de preuve ayant un rapport avec l'infraction, ou toute arme ou instrument qui pourrait lui permettre de s'échapper en commettant un acte de violence. En vertu de ce pouvoir, il peut par exemple user de force pour voir si le prévenu cache des narcotiques dans sa bouche. Il peut même couper la respiration de la personne qu'il arrête s'il a des motifs raisonnables de croire qu'elle cache des narcotiques dans sa bouche (R.v. Brezach (1949), 96 C.C.C. 97 (O.C.A.); Scott v. The Queen (1974), 20 C.C.C. (2d) 26 (C.F., D.P.I.), aff'd 20 C.C.C. (2d) 65 (C.A.)). Ce pouvoir permet à l'agent de lui enlever ses vêtements et de saisir tout objet qu'il "croit de bonne foi être relié avec l'infraction imputée, ou qui peut servir de preuve contre lui (le détenu), ou qui peut servir d'indice, ou servir à identifier le criminel (Beck, J.A. dans Gottshalk v. Hutton (1922), 1 W.W.R. 59 at 63). Les tribunaux ont également décidé que les agents de police qui

ont arrêté quelqu'un parce qu'ils le soupçonnaient de cacher des narcotiques dans son rectum, pourraient amener le détenu à l'hôpital pour lui faire subir un examen du rectum par un médecin et lui enlever les narcotiques qu'il y cache (Reynen v. Antonenko et al. (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (Alta. S.C.)). La fouille d'une personne à la suite de son arrestation qui est permise par la common law est tolérée par le quatrième amendement de la constitution américaine (Weeks v. U.S., 232 U.S. 383 (1914)) et devrait l'être également selon l'article 8 de la Charte.

L'étendue de ce pouvoir soulève un problème plus difficile. Il semble que les autorités compétentes puissent saisir tout ce qu'elles trouvent en la possession du prévenu et tout ce qui est sous son contrôle (Carroll v. U.S., 267 U.S. 132 (1925)), et qu'elles puissent chercher ces objets "à l'endroit où s'effectue l'arrestation" (Agnelo v. U.S., 269 U.S. 20 (1925)). Selon certains arrêts britanniques, les biens contrôlés par l'accusé (y compris son véhicule) peuvent être fouillés (Ghani v. Jones, (1970) 1 Q.B. 693, et Jeffrey v. Black, (1977) 3 W.L.R. 895). Toutefois, il n'est pas certain, dans ces cas, que la possibilité de saisir les objets trouvés durant la fouille se limite aux objets qui ont un rapport avec le délit pour lequel le détenu a été arrêté. Comme ces questions ont été peu étudiées au Canada, nous ne pouvons qu'essayer d'imaginer les limites qui seraient imposées dans le cas des fouilles effectuées à la suite d'une arrestation.

Notons que la question de l'ampleur des fouilles a soulevé aux États-Unis de grandes controverses. Certains arrêts appuient l'idée de fouilles extensives: Marron v. U.S., 275 U.S. 192 (1927), Harris v. U.S., 331 U.S. 145 (1947), et U.S. v. Rabinowitz, 339 U.S. 56 (1950). D'autres appuient le principe de fouilles restreintes: Go-Bart Importing Co. v. U.S., 282 U.S. 344 (1931), U.S. v. Lefkowitz, 285 U.S. 452 (1932), Trupiano v. U.S., 334 U.S. 669 (1948), Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969), ainsi que les jugements dissidents de J. Fankfurter dans les arrêts Rabinowitz et Harris. Dans l'arrêt Chimel, le tribunal restreint le périmètre de fouille au détenu même ainsi qu'à la "zone qui se trouve sous son contrôle immédiat - c'est-à-dire la zone où il peut s'emparer d'une arme ou d'un élément de preuve pouvant être détruit" (notons

que "la perquisition visuelle", qui est discutée ci-dessous, peut également devenir possible au cours d'une fouille effectuée à la suite d'une arrestation).

La logique voudrait (comme cela s'est produit aux États-Unis) que la fouille effectuée à la suite d'une arrestation ne soit permise que dans les cas d'arrestations légitimes. Aux États-Unis, cette raison suffit si un agent détient un motif valable pour une arrestation, et qu'il l'exécute de façon légale. La probabilité de trouver des armes ou des éléments de preuve n'a aucun rapport. (U.S. v. Robinson, 414 U.S. 218 (1973); Gustafson v. Florida, 414 U.S. 260 (1973); Gustafson v. Florida, 414 U.S. 260 (1973)). Toutes ces dispositions pourraient s'appliquer à la Charte.

La Cour suprême des États-Unis a également statué que, lorsque la situation n'est pas urgente, il n'est pas permis d'entrer dans une maison privée pour y effectuer une arrestation sans mandat. Une arrestation effectuée en de telles circonstances est donc illégale et ne peut servir de prétexte à une fouille. On peut soutenir que cette situation ne s'appliquerait pas au Canada. Au Canada, en effet, un agent de la paix peut entrer dans une maison d'habitation même contre la volonté du propriétaire, s'il a des motifs raisonnables de croire que la personne qu'il veut arrêter se trouve sur les lieux et si, sauf dans le cas d'une situation urgente, on a donné un avertissement préliminaire avant d'entrer. Ce pouvoir existe même lorsque le propriétaire d'une maison est un étranger. (Eccles v. Borque, Simmons and Wise, (1975) 1 W.W.R. 609 (C.S.C.)). Cependant, lorsque l'agent de la paix n'a pas de mandat, la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Ontario sont d'avis qu'il ne lui est pas possible d'entrer dans une maison à moins que ce ne soit "pour empêcher une infraction pouvant causer un tort sérieux et immédiat, s'il a des motifs raisonnables de croire que cette infraction est sur le point d'être commise", ou bien "pour effectuer l'arrestation d'une personne déclarée coupable d'un crime grave, que l'on vient tout juste de poursuivre et qui cherche refuge dans ces lieux" (R. v. Landry, arrêt non publié, Cour d'appel de l'Ontario, 17 novembre 1981).

On peut prétendre que l'article 8 de la Charte ne modifie pas cette jurisprudence.

b) FOUILLE D'UNE AUTOMOBILE

Aux États-Unis, les tribunaux font une distinction entre la fouille d'un entrepôt, d'une maison d'habitation ou d'un autre édifice, pour laquelle il est facile d'obtenir un mandat et celle d'un navire, d'un bateau, d'un wagon ou d'une automobile pour y trouver de la marchandise de contrebande, pour laquelle il ne serait pas pratique de demander un mandat, parce que le véhicule pourrait quitter rapidement la localité ou la juridiction où le mandat doit être émis. (Carroll v. U.S., 276 U.S. 132 (1925)). Selon l'arrêt Carroll, la police peut, si elle a des motifs raisonnables, soit saisir l'automobile et obtenir un mandat pour pouvoir la fouiller, ou bien fouiller l'automobile immédiatement sans mandat. (Chambers v. Maroney, 399 U.S. 42 (1970); Coolidge v. New Hampshire, ci-dessus; Texas v. White, 423 U.S. 67 (1975)). Il convient de noter cependant que la fouille d'une automobile sans mandat n'est possible que lorsque la situation l'exige. S'il y a suffisamment de temps pour fouiller l'automobile, il est nécessaire d'obtenir un mandat (Coolidge v. New Hampshire, ci-dessus). Au Canada, les principes sur lesquels est fondé l'arrêt Carroll pourraient être très convaincants.

Il faut noter que les principes énoncés dans cet arrêt valent également dans les cas où la possibilité de déplacer le véhicule ou de détruire des éléments de preuve est très mince, parce que l'on ne s'attend pas à ce qu'une automobile offre beaucoup d'intimité (U.S. v. Chadwick, 433 U.S. 1 (1977)). Cette situation ne s'applique cependant pas dans le cas des bagages et autres objets personnels (U.S. v. Chadwick, ci-dessus; Arkansas v. Sanders, 442 U.S. 753 (1979)). Une valise peut être saisie sans mandat, mais il en faut un pour l'ouvrir ou la fouiller (ce qui ne vaut pas nécessairement dans le cas des douanes).

La Cour suprême des États-Unis a dû récemment faire face au problème évident qui découle de cette situation: la fouille sans mandat de bagages trouvés dans une automobile (New York v. ..., 1^{er} juillet 1981; California v. Robbins, 1^{er} juillet 1981). Ces décisions sont intéressantes, mais pas nécessairement convaincantes.

Le chevauchement de ces diverses doctrines aux États-Unis a fait que des fouilles ont été jugées illégales en tant que fouilles accessoires à une arrestation et jugées légales en vertu de l'arrêt Carroll et vice versa. Cette confusion pourrait amener les tribunaux canadiens à ne pas considérer les fouilles effectuées dans une automobile comme une exception, à moins que la loi ne l'autorise de façon explicite (voir à ce sujet R. v. Corrier (1972), 7 C.C.C. (2d) 461 (N.B.C.A.)). Évidemment, le pouvoir de fouiller une automobile sans mandat pour voir si elle contient des narcotiques existe déjà, s'il existe des motifs raisonnables.

c) POURSUITE D'UN SUSPECT

Aux États-Unis, certaines situations peuvent permettre d'entrer sans mandat dans une maison d'habitation et d'y effectuer une fouille et une saisie dans une certaine mesure. La poursuite d'un criminel armé qui vient d'entrer dans une maison donne droit d'y entrer sans mandat et de fouiller le criminel pour voir s'il possède des armes. Il est également légal de saisir les preuves qui sont trouvées au cours de cette fouille (Warden v. Heyden, 387 U.S. 294 (1967)). La poursuite d'un suspect a fait l'objet d'une analyse similaire, dans les cas où il est nécessaire d'agir rapidement pour empêcher la destruction de preuves (U.S. v. Santana, 427 U.S. 38 (1976)). De la même façon, un pompier qui entre sans mandat dans un édifice en flammes pour y éteindre le feu peut également saisir les éléments pouvant prouver qu'il y a eu incendie criminel (Michigan v. Tyler, 436 U.S. 499 (1978)). En pareil cas, une fois que la personne est légalement sur place, il est possible d'effectuer une saisie visuelle (Michigan v. Tyler, ci-dessus).

Il est probable qu'une approche semblable serait acceptée par les tribunaux canadiens. Le droit de pénétrer dans une résidence pour procéder à une arrestation avec mandat, ou sans mandat dans les cas, par exemple, où il s'agit d'empêcher qu'un crime grave ne soit commis ou dans les cas de poursuites immédiates, existe déjà au Canada (art. 449 et 450 du Code criminel du Canada; Eccles v. Borque, ci-dessus; R. v. Landry, ci-dessus); cette question a été discutée aux pages 17 et 18.

d) ARRESTATION ET FOUILLE

En 1968, la Cour suprême des États-Unis a eu pour la première fois à examiner deux affaires qui avaient trait au pouvoir de la police d'effectuer "l'arrestation et la fouille" de "suspects" (Terry v. Ohio, ci-dessus; Sibron v. New York, 392 U.S. 40). Le tribunal a déclaré qu'un agent de police pouvait arrêter un individu lorsqu'il avait un doute certain (fondé sur des faits précis) qu'un crime avait été commis ou était sur le point d'être commis. En pareilles circonstances, un agent peut aborder une personne pour enquêter au sujet d'un comportement criminel, même s'il n'existe aucune cause probable pour l'arrestation (Brown v. Texas, 443 U.S. 47 (1979)). L'arrestation doit être de durée limitée, et la personne ne peut être amenée en détention préventive. (Dunaway v. New York, 442 U.S. 200 (1979)).

La fouille d'une personne ne peut être faite que lorsque l'agent a raison de croire que l'individu soupçonné est armé et qu'il présente un danger immédiat pour lui-même ou pour d'autres personnes. Il n'est pas nécessaire qu'il soit certain que l'individu est armé; la question est de savoir si, dans ces circonstances, un homme raisonnablement prudent aurait raison de croire que sa sécurité ou celle d'autres personnes est menacée. Il doit être en mesure de décrire les faits précis à partir desquels il a pu logiquement conclure que l'individu était armé et dangereux. Cette fouille doit être strictement conforme aux exigences qui l'ont initialement justifiée. Elle doit se limiter aux mesures qui sont nécessaires pour trouver les armes. Il ne doit pas s'agir d'une fouille "complète".

Ce principe s'applique autant aux automobilistes qu'aux piétons (Adams v. Williams, 407 U.S. 143 (1972); U.S. v. Brignoni-Ponce, 422 U.S. 873 (1975)). Il n'est pas permis d'arrêter les automobilistes de façon arbitraire (Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648 (1979)). L'arrestation légale d'un automobiliste donne automatiquement le droit d'exiger que ce dernier sorte de son véhicule avant d'être questionné. (Pennsylvania v. Mimms, 434 U.S. 106 (1977)).

Il est tout à fait impossible de savoir quelle attitude les tribunaux canadiens adopteront face à cette analyse.

e) OBJETS APERÇUS

Un certain nombre d'arrêts américains ont porté sur des cas où, au cours d'une perquisition légale effectuée pour obtenir un objet précis, la police trouvait une autre pièce à conviction. Les objets aperçus par un agent qui a le droit d'être là où il se trouve peuvent également être saisis (Harris v. U.S., 390 U.S. 234 (1968)). La première pénétration légale peut être fondée sur un mandat, une fouille sans mandat valide, ce qui comprend une fouille accessoire à une arrestation (Chimel v. California, ci-dessus), ou sur une autre pénétration autorisée, comme l'entrée d'un pompier dans un édifice pour éteindre un incendie (Michigan v. Tyler, ci-dessus), ou l'entrée de la police, sans mandat, afin de protéger ou de sauver la vie d'une personne ou d'éviter des blessures graves (Mincey v. Arizona, 437 U.S. 385 (1978)). La découverte doit toutefois être accidentelle. De plus, il doit y avoir un motif probable de croire que la chose aperçue peut servir à prouver une infraction (Coolidge v. New Hampshire, ci-dessus; Warden v. Hayden, ci-dessus; Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969)); Shipman v. State, 282 So. 2d 700 (1973)).

Au Canada, l'article 445 du Code criminel vise à régir ce genre de situation:

Quiconque exécute un mandat décerné en vertu de l'article 443 peut saisir, outre ce qui est mentionné dans le mandat, toute chose qu'il croit, pour des motifs raisonnables, avoir été obtenue au moyen d'une infraction ou avoir été employée à la perpétration d'une infraction, et peut la transporter devant le juge de paix qui a décerné le mandat ou quelque autre juge de paix pour la même circonscription territoriale, afin qu'il en soit disposé conformément à l'article 446.

Il semble improbable qu'un tribunal décide qu'une saisie effectuée en vertu de l'article 445 est déraisonnable, ce qui rend la jurisprudence américaine inutile dans les cas où les prescriptions de l'article sont observées.

La jurisprudence américaine peut servir à démontrer le caractère raisonnable d'une saisie lors d'une première perquisition légale, sans mandat, ou d'une première perquisition exécutée avec un mandat émis en vertu d'une

loi, comme la Loi sur les stupéfiants, qui ne contient aucune disposition équivalente à celles de l'article 445. On peut également se fonder sur la jurisprudence anglaise, qui a élaboré en common law un droit de saisie dont la nature est très semblable à celui de l'article 445 (Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones, (1968) 2 Q.B. 299 (C.A.)).

Il peut se présenter une situation inhabituelle où il serait possible d'observer, par la fenêtre, l'intérieur d'une maison d'habitation où se trouvent des marchandises de contrebande. Selon la jurisprudence américaine, il n'est pas possible d'effectuer une perquisition sur la base d'une observation antérieure à une intrusion. Toutefois, au Canada, on peut soutenir que le fait d'apercevoir une personne en possession d'articles de contrebande donne le droit de procéder à une arrestation sans mandat (si le fait de posséder cette marchandise constitue une infraction criminelle), en vertu de l'alinéa 450(1)b) du Code criminel, qui confère, par voie de conséquence, le pouvoir de pénétrer sans mandat (Eccles v. Borque et al., ci-dessus) et de saisir la marchandise de contrebande accessoirement à l'arrestation.

f) CONSENTEMENT

Selon toute probabilité, les tribunaux concluront facilement qu'une fouille qui requerrait normalement un mandat n'est pas illégale ou déraisonnable si elle est effectuée avec le consentement d'une personne légalement autorisée à le donner. Aux États-Unis, les tribunaux ont exigé que ce consentement soit "volontaire", c'est-à-dire qu'il ne soit pas obtenu par la contrainte, explicite ou implicite. La connaissance du droit de refuser est considérée comme étant l'un des facteurs importants, mais n'a pas besoin d'être la condition sine qua non d'un consentement valide (Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973)). Il faut prendre en considération l'ensemble des circonstances. Le simple fait de la détention ne suffit pas à démontrer qu'il y a eu coercition (U.S. v. Watson, 423 U.S. 411 (1976)).

Il semble probable que les tribunaux canadiens exigeront également que le consentement soit volontaire. On peut prétendre toutefois que le critère ne sera pas le même que celui qui sert à établir si une déclaration a été faite volontairement ou non, mais plutôt celui qui a déjà été adopté par la Cour suprême du Canada relativement à l'acceptation de l'interception d'une communication privée. Il semble approprié de citer le juge Dickson qui a rendu jugement au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada, dans le procès Goldman v. The Queen (1979), 13 C.R. (3d) 228:

Un consentement donné en vertu de l'al. 178.11(2)a) doit être volontaire en ce qu'il doit être libre de contrainte. Il doit être donné sciemment en ce sens que celui qui consent doit être conscient de ce qu'il fait et de l'importance de son acte et de l'usage que la police peut faire du consentement. Le critère que l'on doit appliquer pour décider de l'admissibilité d'une déclaration ou d'une confession faite par un prévenu sous garde à des policiers ou à d'autres personnes ayant autorité n'est pas applicable en l'espèce. Le terme "volontaire" dans le sens où il s'applique à un consentement à une interception ou à l'admission en preuve en vertu de la Partie IV.1 du Code criminel ne doit pas être considéré dans le sens restreint de la règle énoncée dans l'arrêt Ibrahim. Un consentement donné en vertu de l'al. 178.11(2)a) est bon et valide s'il s'agit de l'acte conscient de celui qui le donne et qui le fait pour des raisons qu'il

considère suffisantes. Si le consentement qu'il donne est celui qu'il avait l'intention de donner et s'il le donne par suite de sa propre décision et sans être soumis à une coercition extérieure, le fait que ses motifs soient égoïstes et même répréhensibles selon certains critères ne l'invalide pas. À mon avis, compte tenu de la preuve soumise en l'espèce, le consentement était valide et avait l'effet juridique visé, soit l'obtention d'une preuve admissible utilisable au procès de Goldman.

Dans ce contexte, il faut définir le terme coercition. 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 d'une 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 différentes entrent en jeu cependant lorsqu'il s'agit d'un consentement de la nature de celui examiné ici. Je renvoie à l'arrêt Rosen c. La Reine dans lequel la question a été examinée et où j'ai dit, au nom de la Cour:

En pareil cas, des considérations très différentes s'appliquent. La personne qui consent, consent à l'utilisation en preuve de bandes magnétiques ou d'autres enregistrements qui existent déjà et qu'elle ne peut modifier. Elle ne convient pas de faire une déclaration qu'elle pourrait inventer ni de rendre un témoignage dans l'avenir qu'elle pourrait fausser dans l'espoir d'un avantage ou d'une récompense. La nature de la preuve qui sera admise par suite de son consentement est déjà fixée et déterminée et ne peut être touchée par les circonstances du consentement.

Pour la question de savoir si une personne est légalement autorisée à donner le consentement, voir People v. Adams, 422 N.E. 2d 537 (1981).

2. PÉNÉTRATION INITIALE SANS MANDAT

Lorsqu'une fouille est effectuée avec mandat, les tribunaux devront déterminer si cette fouille peut être considérée comme déraisonnable en raison du fait que la dénonciation sur laquelle se fonde le mandat ou le mandat lui-même, contient une irrégularité.

a) RENSEIGNEMENTS INADÉQUATS

Aux États-Unis, les tribunaux contrôlent régulièrement les "motifs probables" des fouilles, perquisitions et saisies, bien que le jugement des magistrats soit toujours maintenu lorsque la conclusion est "essentiellement justifiée". (U.S. v. Ventresca, 380 U.S. 102 (1965); Aguilar v. Texas, 378 U.S. 108 (1964)). Au Canada, il est probable que les tribunaux envisageront la question de façon différente, étant donné surtout que l'article 8 ne prévoit pas d'exigences relatives aux mandats comme le fait le quatrième amendement. Lorsqu'un agent effectue une perquisition après avoir obtenu un mandat qui semble valide à première vue et qui a été approuvé par un juge, on peut difficilement prétendre qu'il agi de façon déraisonnable. Au Canada, cette approche a été adoptée pour déterminer la légalité de l'interception de communications privées. Dans l'arrêt Welsh and Iannuzzi (No. 6) (1977), 32 C.C.C. (2d) 363, le juge d'appel Zuber a déclaré au nom de la Cour d'appel de l'Ontario:

(Traduction)

Le second élément à examiner en ce qui a trait à l'invalidité alléguée de l'autorisation, peut également être considéré comme une question fondamentale; et c'est la raison pour laquelle le problème est soulevé, puisque ce n'est pas le rôle du tribunal de première instance de réexaminer les motifs pour lesquels l'autorisation a été donnée. Cette autorisation, une fois donnée, permet aux autorités compétentes de procéder à une interception légale. Le fait que le juge de première instance réexamine les motifs sur lesquels se fonde l'autorisation, en essayant de voir si cette interception était légale ou non, ne correspond pas du tout à l'esprit de la partie IV.1 du Code. En arrivant à cette conclusion, je souscris ainsi aux motifs invoqués dans les arrêts Re Miller and Thomas and the Queen (1975), 23 C.C.C. (2d) 257, 59 D.L.R. (3d) 679, 32 C.R.N.S. 192, et Re Donnelly and Acheson and the Queen, ci-dessus, et rejette les motifs invoqués dans l'arrêt R. v. Kalo, Kalo and Vonschober (1975), 28 C.C.C. (2d)1.

Habituellement, le tribunal de première instance est obligé simplement d'accepter l'autorisation, telle qu'elle se présente. Les cas où le tribunal pourrait refuser d'accepter une autorisation seraient certainement très rares; sans vouloir en donner une liste exhaustive, il y aurait par exemple les cas où l'autorisation comporterait un

vice de forme apparent à la simple lecture ou lorsqu'elle a été obtenue par fraude. Toutefois, même une autorisation que l'on a jugée défectueuse peut faire l'objet des mesures correctrices énoncées à l'alinéa 178.16(2)b).

Si les tribunaux sont d'avis qu'un contrôle des "motifs probables" est justifié dans la détermination du caractère raisonnable d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie, il existe une jurisprudence considérable au Canada sur les mandats de perquisition fondés sur des dénonciations. Les paragraphes qui suivent donnent un bref résumé de la jurisprudence en la matière.

Pour obtenir un mandat de perquisition en vertu de l'article 443 du Code criminel, le dénonciateur doit prêter serment et donner les motifs raisonnables pour lesquels il croit que, dans un lieu, se trouve

- a) une chose sur laquelle ou concernant laquelle une infraction a été commise ou est soupçonnée avoir été commise,
- b) une chose, qui pour un motif raisonnable, porte à croire qu'elle fournira la preuve d'une infraction; ou
- c) une chose qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu'elle est destinée à servir à la perpétration d'une infraction.

L'article 443 implique nécessairement que la dénonciation doit être fondée sur une infraction qui y est précisée (Rex v. Solloway Mills and Co. (1930), 53 C.C.C. 261 (C.S. Alb., Div. d'appel)). Certains tribunaux sont d'avis que l'infraction doit être suffisamment précise pour que la personne dont la propriété doit être fouillée et l'agent autorisé puissent savoir quels seront les documents qui seront saisis (R. v. Athanase Vlahos, décision non publiée de Krever, J., C.S. Ont., 7 juillet 1977); voir également Re: Alder and The Queen (1977), 37 C.C.C. (2d) 234 (C.S. Alb.)). Toutefois, il a été décidé que, dans le mandat de perquisition, il n'est pas nécessaire de décrire l'infraction alléguée avec autant de précision que dans l'acte d'accusation (Royal American Shows Inc. v. The Queen, (1975) 6 W.W.R. 571 (C.S. Alb.); Re: P.S.I. Mind Development Institute Ltd. and The Queen (1977), 37 C.C.C. (2d) 263 (C.S. Ont.); Re: Flanagan et al. and Morand (1978), 43 C.C.C. (2d) 546 (C.S. Qué.)).

Il n'est pas nécessaire de préciser ni le nom du propriétaire de la pièce pour laquelle la perquisition a été autorisée ni celui du prévenu (Re: Lubell and The Queen (1973), 11 C.C.C. (2d) 189 (C.S. Ont.); Re: Abou-Assale (1978), 39 C.C.C. (2d) 546 (C.S. Qué.), et Re: Liberal Party of Quebec and Mierzwinski et al. (1978), 46 C.C.C. (2d) 118 (C.S. Qué.)).

Le lieu de perquisition doit être décrit avec précision dans la dénonciation, de façon à ce que cette description puisse être reproduite sur le mandat (Re: McAvoy (1970), 12 C.R.N.S. 56 (C.S.T.N.-O)). Les pièces qui doivent être saisies doivent également être décrites avec précision, pour la même raison. La description des pièces donnée dans le mandat doit permettre à l'agent qui exécute la perquisition de déterminer avec exactitude la pièce qu'il doit saisir (Re: Laborde and The Queen (1972), 7 C.C.C. (2d) 86 (C.B.R. Sask.)). Toutefois, il n'est pas nécessaire de décrire chaque document avec précision pourvu qu'il y ait au moins un résumé des catégories de documents (Re: Alder and the Queen, ci-dessus; Royal American Shows Inc. v. The Queen, ci-dessus; Re: Dare to be Great of Canada (1971) Ltd. and Attorney General of Alberta (1972), 6 C.C.C. (2d) 408 (C.S. Alb.)).

Les motifs raisonnables sur lesquels se fonde la dénonciation doivent être de nature à "permettre à un homme raisonnable de penser qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'allégation est fondée" (Rex v. Solloway and Mills (1930), 53 C.C.C. 271 (C.A. Ont.)). La dénonciation doit indiquer la nature et l'importance des soupçons du dénonciateur ainsi que les faits et les circonstances sur lesquels se fonde l'allégation (Imperial Tobacco Sales Co. v. Attorney General of Alberta et al. (1941), 76 C.C.C. 84 (Div. d'app., C.S. Alb.)). Le privilège de la Couronne qui a trait à la divulgation du nom des informateurs s'applique aux dénonciations pour mandat de perquisition (Re: Lubell and the Queen, ci-dessus, Newfoundland and Labrador Corporation Ltd. v. Attorney General of Newfoundland (1974), 7 N. et P.E.I.R. 178 (C.A. de T.-N.), et R. v. Blain (1960), 127 C.C.C. 267 (C.A. Sask.)). Il n'est donc pas inhabituel que, dans une dénonciation, il soit dit simplement que les renseignements viennent d'une "source digne de foi que, pour des raisons d'intérêt public, (le dénonciateur) ne peut pas divulguer".

Lorsqu'on invoque cette jurisprudence pour justifier les mandats de perquisition émis en vertu d'autres lois fédérales, il est important de remarquer que les exigences relatives aux mandats de perquisition varient grandement d'une loi à l'autre. Par exemple, les exigences relatives aux mandats de perquisition émis en vertu de la Loi sur les stupéfiants ou de la Loi des aliments et drogues sont très différentes de celles prévues par le Code criminel.

Aux États-Unis, la définition des "motifs probables" est semblable à celle que les tribunaux canadiens attribuent aux termes "motifs raisonnables" (Carroll v. U.S., ci-dessus; Brinegar v. U.S., 338 U.S. 160 (1949)). Un motif probable peut ne pas être fondé sur la "simple conclusion" de l'auteur d'une déclaration par écrit et sous serment (Nathanson v. U.S., 290 U.S. 41 (1933); Giordenello v. U.S., 357 U.S. 480 (1958)); il peut ne pas être fondé non plus sur la "simple conclusion" d'un dénonciateur (Jones v. U.S., ci-dessus; Aguilar v. Texas, ci-dessus). Il faut donner les faits sur lesquels se fonde l'allégation, et préciser les circonstances qui portent à croire que l'informateur est digne de foi et que sa dénonciation est digne de confiance (Spinelli v. U.S., 393 U.S. 410 (1969); Aguilar v. Texas, ci-dessus). Les règles s'appliquant aux citoyens témoins d'un crime et appelés à comparaître ne sont pas les mêmes que celles qui s'appliquent à un informateur secret (People v. Glaubman, 485 F2d 711 (1971); Schmidt v. State, 302 A2d 714 (1973)).

À l'occasion, l'accusé peut essayer de soutenir que la fouille ou la perquisition a été déraisonnable en contestant la véracité de l'exposé des faits donnés dans la dénonciation. Pour les raisons citées par le juge Zuber dans l'arrêt Welsh and Iannuzzi, cité précédemment, cette contestation ne devrait pas normalement être possible. Cette position a également été adoptée aux États-Unis (Franks v. Delaware, 438 U.S. 154 (1978)). Selon la Cour suprême, lorsque l'intimé fait une démonstration préliminaire substantielle du fait qu'une fausse déclaration a été faite sciemment ou sans aucun souci d'exactitude par l'auteur d'une déclaration par écrit et sous serment, et si la fausse déclaration est nécessaire pour déterminer l'existence de motifs probables, alors le quatrième

amendement exige qu'une audience soit tenue à la demande du défendeur. Pour justifier cette audience, la contestation doit être plus qu'une simple conclusion et doit se fonder sur autre chose que le simple désir de procéder à un contre-interrogatoire. Dans une allégation de mensonge délibéré ou de négligence flagrante, il faut indiquer de façon précise, avec motifs à l'appui, la partie de la déclaration que l'on prétend fausse. Il doit également y avoir une offre de faire la preuve, comprenant une déclaration écrite et sous serment, un serment ou d'autres déclarations de témoins dignes de foi, ou bien une explication satisfaisante sur les raisons de leur absence. Si les exigences relatives aux allégations et à l'offre de preuve sont remplies et si, lorsque le document faisant l'objet d'une allégation est mis de côté, le mandat contient suffisamment d'information pour permettre de découvrir les motifs probables, il n'est pas nécessaire de tenir une audience; toutefois, si le reste du contenu du mandat n'est pas suffisant, l'intimé a droit à une audience en vertu du quatrième amendement. Après l'audience, si l'intimé établit par prépondérance de preuve que l'auteur du mandat a fait une fausse déclaration de façon intentionnelle, ou par négligence flagrante, et que cette fausse déclaration était nécessaire pour trouver le motif probable, le mandat doit être annulé et les objets saisis durant la perquisition doivent être retirés du procès, comme si le mandat n'avait pas présenté de motif probable.

b) MANDATS COMPORTANT DES IRRÉGULARITÉS

On peut soutenir qu'un vice de forme ne rend pas un mandat de perquisition déraisonnable, surtout d'après le paragraphe 25(2) du Code criminel, à moins que ce vice de forme n'entraîne une diminution importante de la protection à laquelle une personne a droit en vertu de ce mandat. Le mandat a évidemment pour objet d'aider l'exécuteur à accomplir ses fonctions et d'informer l'occupant des lieux faisant l'objet d'une perquisition de l'autorité en vertu de laquelle il agit (Cf. Re Alder and The Queen (1977), 37 C.C.C. (2d) 234 (C.S. Alb.)).

Les paragraphes suivants résument brièvement les exigences qui sont nécessaires à l'exécution d'un mandat au Canada.

La juridiction du juge qui émet le mandat doit être indiquée sur le mandat (c'est-à-dire, le nom de son bureau) (Re Black and The Queen (1973), 13 C.C.C. (2d) 446 (C.S.C.-B.); voir aussi Sleeth v. Hurlburt (1896) 3 C.C.C. 197 (C.S.C.) et Re Abou-Assale and Pollack and The Queen (1978), 39 C.C.C. (2d) 546 (C.S. Qué.)).

Il faut indiquer le nom de l'exécuteur s'il ne s'agit pas d'un agent de la paix (voir Re Purdy and The Queen (1972), 8 C.C.C. (2d) 52 (C.S.N.-B); R. v. Solway Mills (1930), 53 C.C.C. 271 (C. d'app. Ont.); Re Flanagan et al. and Morand et al. (1978), 43 C.C.C. (2d) 546 (C.S. Qué.)).

Le mandat doit décrire l'infraction avec suffisamment de précision "pour informer toute personne intéressée sur la nature de l'infraction pour laquelle on recherche une preuve" (R. v. Solloway Mills & Co. (1930), 53 C.C.C. 261 (C.A. Alb.); R. v. La Vesque (1918), 30 C.C.C. 190 (C.A.N.-B); Royal American Shows Inc. v. The Queen, ci-dessus). Les objets à saisir doivent être décrits avec suffisamment de précision "pour permettre aux agents chargés de l'exécution du mandat d'identifier les objets et d'établir un lien avec l'infraction décrite dans la dénonciation et le mandat de perquisition." (Re Abou Assale, ci-dessus). La description de l'endroit à perquisitionner devrait être suffisamment précise pour permettre à la simple lecture de savoir "quels sont les lieux qui peuvent être perquisitionnés." R. v. Gibson (1919), 30 C.C.C. 308 (C.S. Alb.)).

Dans l'arrêt R. v. Goodbaum (1977), 1 C.R. (3d) 152, la Cour d'appel de l'Ontario a dû se prononcer sur un cas où un juge de paix a essayé d'utiliser un mandat de perquisition émis en vertu du Code criminel pour appliquer les dispositions de la Loi sur les stupéfiants. Les

différences entre les dispositions de la Loi sur les stupéfiants et celles du Code criminel sont apparues de façon évidente; en voici quelques exemples:

- 1) le mandat de perquisition prévu par le Code criminel peut être délivré à "une personne ci-nommée ou un agent de la paix". Il n'est donc pas nécessaire de nommer l'agent ou les agents de paix pour qui le mandat est émis (R. v. Solloway and Mills, ci-dessus). Toutefois, en vertu de la Loi sur les stupéfiants, seul "un agent de la paix ci-nommé" peut être autorisé à effectuer une perquisition. Comme le sens de cette définition peut signifier qu'il y a plus d'un agent de la paix, le nom de ces derniers doit être indiqué sur le mandat (R.v. Goodbaum, ci-dessus). Toutefois, l'agent désigné peut, au besoin, obtenir l'aide d'autres personnes.
- 2) En vertu du Code criminel, un mandat peut être émis pour trouver tout objet qui doit servir à commettre une infraction. Cette disposition n'existe pas dans la Loi sur les stupéfiants.
- 3) En vertu du Code criminel, un mandat peut être émis pour permettre une perquisition visant à obtenir des éléments de preuve. Un mandat émis en vertu de la Loi sur les stupéfiants permet de saisir ces éléments de preuve; dans le premier cas toutefois, le mandat ne peut être émis que s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant se trouve sur les lieux.
- 4) En vertu du Code criminel, un mandat peut être délivré pour faire une perquisition dans un bâtiment, un contenant ou un lieu. Dans le cas de la Loi sur les stupéfiants, le mandat ne peut être délivré que dans le cas d'une perquisition dans une maison

d'habitation. Il n'est pas nécessaire d'avoir un mandat pour effectuer une fouille en vue de trouver des narcotiques dans tout autre endroit.

- 5) Dans le cas d'un mandat émis en vertu du Code criminel, les choses saisies doivent être apportées devant un juge de paix. Le mandat émis en vertu de la Loi sur les stupéfiants ne prévoit aucune disposition de cette nature.
- 6) Contrairement aux dispositions d'un mandat émis en vertu du Code criminel, un agent de la paix est, expressément autorisé à forcer portes, fenêtres, serrures, targettes, à enfoncer les parquets, murs, plafonds, compartiments, et à briser les tuyauteries, boîtes et contenants pour exécuter un mandat de perquisition émis en vertu de la Loi sur les stupéfiants.
- 7) Lors de l'exécution d'un mandat de perquisition émis en vertu de la Loi sur les stupéfiants, un agent de la paix est autorisé à fouiller toute personne qui se trouve sur les lieux de la perquisition. Avec un mandat de perquisition émis en vertu du Code criminel, un agent de la paix n'est autorisé qu'à garder les personnes présentes sous "surveillance raisonnable". (Levitz v. Ryan (1972), 9 C.C.C. (2d) 182 (C.A. Ont.)).

3. IMPORTANCE DE LA PERQUISITION: L'EXÉCUTION DU MANDAT

Le fait que l'exécuteur du mandat outre passe les pouvoirs qui lui sont conférés par le mandat, constitue un solide argument pour établir que la perquisition est déraisonnable. Cet abus de pouvoir peut porter sur l'infraction, le lieu de perquisition ou les objets qui doivent être saisis. Aux États-Unis, lorsque la perquisition n'a pas de lien raisonnable avec les

circonstances suivant lesquelles elle avait été jugée nécessaire, la perquisition et la saisie sont jugées déraisonnables (Terry v. Ohio, ci-dessus).

Les tribunaux canadiens ont également exprimé l'avis qu'un mandat de perquisition n'est pas une carte blanche pour effectuer une perquisition et une saisie à volonté (Shumiatcher v. Attorney General of Saskatchewan (1960), 129 C.C.C. 270 (C.A. Sask.)); R. v. Fauteux, ex parte Morgentaler (1971), 3 C.C.C. (2d) 187 (C.B.R. Qué.); Re Bell Telephone Co. (1947), 89 C.C.C. 196 (H.C. Ont.); Re Purdy and The Queen, ci-dessus). L'étendue légitime d'une perquisition doit être examinée à la lumière des dispositions relatives à la perquisition, contenues dans le Code criminel et dans d'autres lois.

En vertu de l'article 445 du Code criminel, un agent de la paix peut saisir, en plus des choses précisées dans le mandat, "toute chose qu'il croit, pour des motifs raisonnables, avoir été obtenue au moyen d'une infraction ou avoir été employée à la perpétration d'une infraction". Lorsqu'il exécute un mandat de perquisition émis en vertu de la Loi sur les stupéfiants, un agent de la paix peut saisir tout stupéfiant qu'il y trouve, toute chose "dans laquelle il soupçonne en se fondant sur des motifs raisonnables qu'un stupéfiant est contenu ou caché, ou toute autre chose au moyen ou à l'égard de laquelle il croit en se fondant sur des motifs raisonnables qu'une infraction à la (Loi sur les stupéfiants) a été commise, ou qui peut constituer une preuve établissant qu'une semblable infraction a été commise" (Loi sur les stupéfiants, al. 10(1)c)). On peut prétendre que les perquisitions et les saisies qui respectent ces articles sont raisonnables.

En plus des limites imposées à l'étendue d'une fouille, les tribunaux ont également imposé des limites procédurales à l'exécution des mandats de perquisition. Dans l'arrêt Wah Kie v. Cuddy (1914), 23 C.C.C. 383, la Cour suprême de l'Alberta a établi la procédure à suivre par un agent de la paix qui exécute un mandat de perquisition émis en vertu du Code criminel. Ces "règles" sont les suivantes: l'agent de la paix doit avoir le mandat en sa possession

lorsqu'il exécute la perquisition; en général, lorsque l'endroit qui doit être perquisitionné est une maison d'habitation, il faut d'abord demander d'ouvrir avant d'entrer par la force. L'agent qui exécute la perquisition doit montrer son mandat sur demande pour qu'il en soit pris connaissance. L'agent ne doit employer que la force raisonnablement nécessaire dans les circonstances.

De plus, un mandat de perquisition émis en vertu du Code criminel ne doit être exécuté que durant le jour, à moins que le juge n'en autorise l'exécution durant la nuit (entre 21 h 00 et 6 h 00). Ces limites n'existent pas dans le cas de la Loi sur les stupéfiants et de la Loi des aliments et drogues.

Lorsqu'une saisie a été effectuée à l'aide d'un mandat de perquisition émis en vertu du Code criminel, l'agent de la paix doit apporter les objets saisis devant un juge. Cette exigence ne vaut pas dans le cas des mandats émis en vertu de la Loi sur les stupéfiants.

À mon avis, le seul fait de ne pas respecter les règles de procédure établies par le tribunal ne rend pas pour autant une perquisition déraisonnable (Cf. Levitz and Ryan (1972), 9 C.C.C. (2d) 182 (C.A.O.)). Il en va de même pour le fait de ne pas respecter les exigences après la saisie, comme celles d'apporter les objets saisis devant un juge. Par contre, le fait d'exécuter durant la nuit un mandat émis en vertu du Code criminel sans en avoir d'abord reçu l'autorisation, est susceptible de rendre la perquisition déraisonnable.

De même, l'usage d'une force excessive pour l'exécution d'un mandat, contrairement au paragraphe 25(1) du Code criminel, peut rendre une saisie déraisonnable, du moins lorsqu'il existe un lien entre l'emploi de la force et la saisie.

PREMIÈRE ANNEXE

INTERCEPTION DE COMMUNICATIONS PRIVÉES

Dans l'arrêt Olmstead v. U.S., 277 U.S. 438 (1928), une faible majorité des juges de la Cour suprême des États-Unis ont statué que l'écoute électronique n'était pas visée par le quatrième amendement, pour deux raisons:

- 1) comme il n'y a pas de perquisition (à moins qu'il n'y ait entrée non autorisée), l'écoute électronique n'est pas visée par le quatrième amendement, qui concerne la protection des citoyens dans leur maison;
- 2) comme les éléments de preuve sont constitués par l'enregistrement de conversations, ce qui n'est pas un objet tangible, il n'y a donc pas de saisie.

(voir également l'arrêt Goldman v. U.S., 316 U.S. 129 (1942)).

Dans l'arrêt Silverman v. U.S., 365 U.S. 505 (1961), le tribunal a statué qu'il y avait eu effectivement entrée non autorisée (un micro-aiguille avait été enfoncé dans un mur de la maison de l'intimé); l'affaire était donc visée par l'amendement (ce qui a renversé le deuxième raisonnement de l'arrêt Olmstead). (Voir également Clinton v. Virginia, 377 U.S. 158 (1964)).

La décision Olmstead a été complètement renversée par l'arrêt Berger v. N.Y., 388 U.S. 41 (1967), en vertu duquel toute écoute électronique doit respecter les exigences du quatrième amendement (motifs raisonnables, mandat, infraction précise, description des lieux à perquisitionner).

Le tribunal était également d'avis que la législation en question allait à l'encontre du quatrième amendement parce que le mandat était valide pour une période de deux mois, ce qui a entraîné une série de perquisitions exécutées en vertu d'une seule démonstration de motif probable, et qu'il n'était pas nécessaire de préciser l'objet de la perquisition!

Toutefois, l'arrêt Katz v. U.S., 389 U.S. 347 (1967), a modifié l'arrêt Berger. Ce dernier établit clairement que les deux raisonnements de l'arrêt Olmstead ont été renversés. Cependant, le tribunal était d'avis qu'un "magistrat dûment autorisé, conscient de la nécessité de l'investigation, bien informé de la façon avec laquelle doit être exécutée cette recherche, et pleinement conscient de la pénétration que cette recherche entraîne, pourrait selon la constitution" autoriser la surveillance électronique. Dans l'arrêt Berger, le problème de l'avis préalable a été réglé de façon sommaire.

Il me semble que notre législation, bien qu'elle ne se conforme pas précisément à la formulation de l'arrêt Katz, pourrait probablement permettre d'effectuer "une perquisition et une saisie raisonnables" (si la surveillance électronique conduit à une perquisition et à une saisie), ce qui n'irait pas à l'encontre de l'article 8 de la Charte. Notons qu'aux États-Unis, il est jugé légal et raisonnable d'entrer clandestinement pour installer de l'équipement de surveillance, bien que cette façon de faire ne soit pas autorisée par la loi (Dalia v. U.S., 441 U.S. 238 (1979)).

Il se pose une question plus difficile encore: celle de savoir comment les tribunaux doivent considérer les éléments de preuve obtenus à partir de l'écoute électronique, lesquels sont recueillis de façon non conforme à la loi ou à l'aide de documents comportant des vices de forme. En ce qui concerne l'interception de communications privées en soi, la règle d'exclusion énoncée au paragraphe 178.16(1) du Code criminel, même modifiée par le paragraphe 178.16(3), est plus sévère que celle du paragraphe 24(2) de la Charte, ce qui n'oblige pas la partie lésée à avoir recours à la Charte. Toutefois, les accusés essaieront sans aucun doute de faire valoir qu'en raison de la Charte, ils devraient avoir plus facilement accès à la déclaration sous serment à partir de laquelle a été prise l'ordonnance faisant l'objet d'un procès (paragraphe 178.14(1), Code criminel du Canada; R. v. Welsh and Iannuzzi (n° 6), (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A.O.); cf. R. v. Gill (1980), 56 C.C.C. (2d) 169 (C.A.B.C.)) de façon à vérifier les motifs raisonnables qui sont invoqués

pour la perquisition. Il semble que ces documents font régulièrement l'objet d'un contrôle aux États-Unis; par exemple, dans l'arrêt U.S. v. Santora, 600 F.2d 1317 (1979), (C.A.C.), le tribunal a réexaminé la question de savoir si les documents prouvaient que les autres techniques de recherche n'auraient pas été efficaces pour atteindre tous les objectifs. Dans d'autres arrêts, il n'a pas été tenu compte de certains défauts. (U.S. v. Chavez, 416 U.S. 562 (1974); U.S. v. Donovan, 429 U.S. 413 (1977); U.S. v. Kahn, 415 U.S. 143 (1974)).

Les tribunaux des États-Unis obligent le gouvernement à se conformer à des exigences sévères, selon lesquelles il lui faut rapporter immédiatement tout nouvel objectif, afin qu'il puisse être examiné, sans toutefois invoquer les dispositions du quatrième amendement (U.S. v. Donovan, ci-dessus).

Dans le cas des preuves obtenues de façon directe ou indirecte à la suite de renseignements acquis au moyen d'une interception illégale, le paragraphe 178.16(2) du Code criminel prévoit qu'il est possible pour un juge ou un magistrat d'exclure ces preuves s'il "est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice". Ce paragraphe rendrait donc inutile la nécessité de recourir à la Charte. Toutefois, il est difficile de savoir comment les tribunaux accueilleraient une demande en ce sens.

Pour l'intimé, il existe apparemment un certain nombre d'avantages au paragraphe 178.16(2). Les dispositions de ce paragraphe ne concernent pas uniquement les personnes dont les droits ont été enfreints. Le paragraphe 178.16(2) se trouve remis en question par une interception illégitime, que cette interception soit abusive ou non. Selon ce paragraphe, il suffit que le juge soit "d'avis" que l'admission des preuves ternirait l'image de la justice.

ARTICLE 9

Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

QUESTION A

Arbitraire: C'est le mot clef de l'article 9. La Charte n'accorde pas le droit de ne pas être emprisonné ou détenu mais assure le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

I Sens ordinaire que les dictionnaires donnent au mot "arbitraire"

(a) Le Shorter Oxford English Dictionary (3^e éd.)

(traduction)

1. Dépendant de la volonté ou du bon plaisir.
2. Relatif à ou dépendant de la discrétion d'un arbitre; discrétionnaire, pas arrêté.
3. Fondé sur une simple opinion ou préférence; donc capricieux.
4. Outrancier dans l'exercice de la volonté; donc despotique.

(b) Le Funk and Wagnalls New Standard Dictionary of the English Language

(traduction)

1. Décidé ou fait capricieusement ou selon le bon plaisir; sans principe déterminant acceptable; ne fait pas partie de la nature des choses; irrationnel, comme des signes arbitraires.
2. Accompli contrairement à la raison ou au bon jugement; dépendant de la seule volonté; absolu quant au pouvoir, capricieux; comme une règle ou un gouvernement arbitraire.

3. Droit, non établi par une règle ou déterminé par une loi; discrétionnaire; comme une peine arbitraire.
4. Math. - choix d'une valeur ou d'une formule quelconque; comme une constante arbitraire qui peut avoir n'importe quelle valeur.

Synonymes: absolu, despotique, dominateur, autoritaire, sévère, impérieux, irresponsable, arrogant, péremptoire, tyrannique.

(c) Le Black's Law Dictionary (5^e éd.)

(traduction)

Arbitraire. Signifie d'une manière "arbitraire", établi ou fait selon le caprice ou le bon plaisir. Sans principe déterminant acceptable; non fondé dans la nature des choses; irrationnel; qui n'est pas fait ou qui n'agit pas en conformité de la raison ou du jugement; qui dépend de la seule volonté; absolument au pouvoir; capricieusement; tyrannique, despotique; *Cornell v. Swisher County, Tex. Civ. App., 78 S.W. 2e 1072, 1074.* Sans motif juste, valable ou important; c'est-à-dire sans motif fondé en droit, *U.S. v. Lotempio, D.C.N.Y., 58 F 2e 358, 359;* qui n'est pas régi par des règles ou des normes établies. Habituellement, "arbitraire" est synonyme de mauvaise foi ou du défaut d'exercer un jugement honnête et un geste arbitraire est un geste qui serait accompli sans détermination adéquate de principe et qui ne serait pas fondé dans la nature des choses. *Huey v. Davis, Tex. Civ. App., 556 S.W. 2e 860, 865.*

II Examen judiciaire au Canada

Levitz v. Ryan (1973) 29 D.L.R. (3e) 519 (C.A. de l'Ontario). Voici ce que déclare le juge d'appel Arnup aux pages 525 et 526 sur la question de savoir si la

Déclaration canadienne des droits rend l'article 10 de la Loi sur les stupéfiants inopérant parce qu'il autorise "la détention ou l'emprisonnement arbitraires".

(traduction) "L'avocat a reconnu que de nombreux arrêts américains font autorité en ce qui concerne ce qui est censé être 'arbitraire' et que ceux-ci ne sont pas en sa faveur, mais il prétend que je ne devrais pas m'appuyer sur ces autorités. Il me semble que peu importe où je tente d'obtenir quelques précisions sur le sens du mot 'arbitraire', que ce soit dans la jurisprudence ou dans les dictionnaires, j'arrive inévitablement à la conclusion que l'article 10 n'autorise pas la 'détention arbitraire'. Dans ce contexte, être "arbitraire" signifie être déraisonnable ou capricieux. Comme on l'a dit dans l'arrêt Nebbia supra, il y a un lien entre 'les voies de droit régulières' et les lois 'arbitraires'. Dans l'arrêt Isbrandsten Co. Inc. v. United States (96 F. Supp.) 883 à la page 889, le juge Frank a déclaré:

(traduction) 'Parce que conduite arbitraire signifie une conduite qui n'est ni raisonnée ni raisonnable, c'est-à-dire qu'elle n'est pas basée sur une norme ou un principe déterminant acceptable'.

À mon avis, l'alinéa 2a) de la Déclaration des droits ne rend pas l'article 10 de la Loi sur les stupéfiants inopérant".

Regina v. Roestadt [1972] 1 O.R. 814 (Cour de comté de l'Ontario). Cet arrêt a soulevé la question de savoir si l'entrée en vigueur des dispositions relatives aux accusés considérés comme des contrevenants dangereux en matière d'infractions d'ordre sexuel était contraire à l'alinéa 2a) de la Déclaration des droits.

Voir les commentaires du juge Graburn à la page 817:

(traduction) "En ce qui concerne le caractère arbitraire vu en rapport avec l'alinéa 2a) de la Déclaration des droits, je suis convaincu sans même consulter la jurisprudence que les articles du Code criminel qui traitent des infractions d'ordre sexuel dangereuses n'autorisent pas et n'entraînent pas plus la détention ou l'emprisonnement arbitraires de l'intimé que ne le

font, par exemple, les articles de ce Code qui prévoient des peines automatiques en imposant une peine déterminée et obligatoire lorsqu'un accusé est déclaré coupable de meurtre qualifié ou de meurtre non qualifié. Selon le Concise Oxford Dictionary, 'arbitraire' signifie 'fondé sur une simple opinion; capricieux; outrancier; despotique; ou discrétionnaire'. Ces mots ne décrivent pas une forme d'emprisonnement qui correspond à la volonté du Parlement..."

III Examen judiciaire au R.-U.

Mills v. Cannon Brewery Limited [1920] 2 chap. 38 à la page 45. Dans cet arrêt, il s'agissait de déterminer si la compagnie défenderesse avait agi arbitrairement en refusant de délivrer un permis au demandeur.

(traduction) "À mon avis, les expressions 'déraisonnable', 'tout à fait déraisonnable' et 'sans motif raisonnable' signifient à peu près la même chose. Je crois que chacune de ces expressions définit correctement le sens du mot 'arbitrairement' tel qu'employé dans le bail de sous-location. Lorsque j'emploierai ces expressions ci-après, je leur donnerai le même sens que leur ont donné les juges savants que j'ai cités et qui ont tous, à mon avis, voulu exprimer la même chose même s'ils ont employé des mots quelque peu différents."

Voir également Quinton v. Horne [1906] 1 Chap. 596, arrêt dans lequel le juge Farwell fait le rapprochement entre 'arbitrairement' et "sans motif raisonnable".

IV Examen judiciaire aux É.-U.

Voir Isenbrandtsen Co. Inc. v. U.S.A. 96 F. Supp. 883 tel que cité dans Levitz v. Ryan, supra.

U.S. v. Lotempio - 78 S.W. 2^e 1072, 1074, sans motif juste, valable ou important, c'est-à-dire sans motif fondé en droit.

Huey v. Davis 556 S.W. 2^e 860, 865 - arbitraire est synonyme de mauvaise foi ou du défaut d'exercer un jugement honnête.

Il semble que le mot 'arbitraire' tel qu'employé dans la Charte des droits viserait la détention ou l'emprisonnement imposé de manière capricieuse, déraisonnable ou excessive. Les tribunaux des trois pays semblent avoir donné un sens assez strict à ces mots.

QUESTION B

Détention: Il est difficile de traiter de ce mot dans ce contexte.

Sens ordinaire que les dictionnaires donnent au mot "détenir"

(a) Le Shorter Oxford English Dictionary (3^e éd.)

(traduction)

1. Garder en prison ou sous bonne garde.
2. Garder, retenir.
3. Empêcher de s'en aller, ne pas laisser aller, tenir, empêcher d'agir.
4. Empêcher de procéder, laisser attendre; arrêter.

(b) Le Funk and Wagnalls New Standard Dictionary of the English Language

(traduction)

1. Retenir ou empêcher de procéder; arrêter; entraver; comme dans détenu en prison.
2. Retenir (ce qui appartient à quelqu'un); garder.
3. Garder, tenir en sa possession.

(c) Le Black's Law Dictionary (5^e éd.)

(traduction)

Tenir en sa possession des biens meubles.
Arrêter, vérifier, retarder, gêner, retenir, ou garder en captivité, retenir ou empêcher de procéder; arrêter, entraver.

Si on s'en remet au sens ordinaire du mot détenir et à la jurisprudence canadienne il semble que ce mot vise toujours le cas de la personne qui est en état d'arrestation et qui a été constituée prisonnier. On peut toutefois présumer, puisque le Parlement a employé à la fois les mots "détention ou emprisonnement", que le mot "détention" à l'article 9 vise plus que le simple emprisonnement.

Comme ce mot est encore employé à l'article 10 dans le sens "d'arrestation ou de détention", il doit également viser plus que la simple arrestation.

Examen judiciaire au Canada

Chromiak c. La Reine (1980) 12 C.R.N.S. 300 R.C.S.

Dans ce cas, l'accusé a été arrêté par un policier qui lui a demandé de se soumettre à des épreuves de sobriété. Une fois les épreuves terminées, le policier l'a sommé de fournir un échantillon d'haleine au moyen d'un alcootest. L'accusé a refusé et le policier lui a remis une citation à comparaître et l'a autorisé à poursuivre son chemin avec son compagnon qui était sobre. Des accusations furent ensuite portées contre lui en vertu de l'article 234.1. L'accusé a prétendu que son refus était justifié parce qu'il avait été détenu et qu'il y avait eu atteinte à ses droits contrairement au sous-alinéa (2)c)(ii) de la Déclaration des droits.

Le tribunal a décidé (7-0) que l'accusé n'a pas été détenu au sens du sous-alinéa 2c)(ii) et voici ce que le juge Ritchie a déclaré à la page 307:

"Il me paraît évident que le mot "détention" ne comprend pas nécessairement l'arrestation, mais les mots "détenir" et "détention" employés à l'al. 2c) de la Déclaration canadienne des droits se rapportent, à mon avis, à une certaine forme de contrainte et je crois que le texte du sous-al. 2c)(iii), qui garantit à une personne le "recours par voie d'habeas corpus pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale", envisage clairement que la personne "détenue" que vise l'article l'est en vertu de l'application régulière de la loi."

C'est à l'unanimité que le tribunal a appuyé les commentaires faits par le juge Pigeon dans l'arrêt Brownridge c. R. [1972] R.C.S. 926, 7 C.C.C. (2e) 417 et plus particulièrement la déclaration suivante qui figure aux pages 943 et 944:

"La situation juridique de celui qui, sur demande, suit un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué ne diffère pas de celle d'un conducteur qui est tenu de laisser quelqu'un inspecter ses freins ou de se diriger vers une balance pour que soit pesé son véhicule en vertu du par. (6) de l'art. 39 ou du par. (3) de l'art. 78 du Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202. Il est tenu de se soumettre au test. S'il part, ou essaie de partir, pour éviter le test, il peut être arrêté et inculpé mais cela ne veut pas dire qu'il a été jusqu'à ce moment-là en état d'arrestation. Il n'a fait que se conformer à des directives que les agents de police sont autorisés à donner. Les automobilistes ne peuvent pas raisonnablement s'attendre à être autorisés à demander un avis juridique avant d'obtempérer à ces ordres. "Détenu" signifie gardé, comme il ressort de dispositions telles que l'art. 15 de la Loi sur l'immigration, S.R.C. 1970, c. I 2."

Dans l'arrêt R. v. Dedman (1981) 59 C.C.C. (2e) 97 (C.A. de l'Ont.), l'automobiliste accusé avait été arrêté lors d'un contrôle routinier (c'est-à-dire alors qu'il n'y avait aucun motif de croire qu'il conduisait avec des facultés affaiblies). Comme son haleine sentait l'alcool, on lui a demandé de se soumettre à l'alcootest. Des accusations furent portées contre lui lorsqu'il refusa de donner un échantillon approprié. Dedman a d'abord été acquitté pour le motif que le policier n'avait pas le pouvoir de l'arrêter. La Cour d'appel a accueilli l'appel pour le motif que l'accusé avait volontairement immobilisé son véhicule et qu'il n'avait pas été détenu illégalement. Cette décision a été portée en appel devant la Cour suprême du Canada (permission accordée le 19 octobre 1981).

Comparer Dedman avec l'arrêt R. v. MacDonald (1975) 22 C.C.C. (2e) 300 à la page 356 dans lequel le juge d'appel MacDonald déclare ce qui suit:

(traduction) "Il est évident que l'intimé n'était pas en état d'arrestation au moment où il a refusé d'obtempérer à la demande de l'agent Brown. Était-il, toutefois, détenu? À mon avis, la réponse qui s'impose est oui. Il a été arrêté par l'agent Brown alors qu'il conduisait sur la grande route. Ce qui est arrivé par la suite est une conséquence directe du fait qu'il a été arrêté. Une fois arrêté, il a, été je crois, détenu par l'agent Brown."

La définition de "détenu" qui ressort des arrêts Chromiak, Brownridge et Dedman est conforme à l'emploi que le Code criminel fait de ce mot, lequel ne vise pas que le simple arrêt ou retard. Par exemple:

1. l'article 30 - où quiconque est témoin d'une violation de la paix peut détenir toute personne s'il n'a recours qu'à la force absolument nécessaire.
2. l'alinéa 28(2)b) demandant à un gardien de prison de recevoir et de détenir une personne arrêtée aux termes d'un mandat.
3. l'alinéa 136a) où l'on parle d'aider un prisonnier de guerre à s'évader d'un endroit où il est détenu.
4. l'article 248 où il est question d'enlever ou retenir, contre son gré, une personne du sexe féminin.
5. l'article 250 où l'on parle d'enlever, d'entraîner ou de retenir ("detains" dans la version anglaise) un enfant.
6. les paragraphes 545(2)(3) et (5) où il est question, en ce qui concerne les aliénés mentaux, des mots "détenir" ou "détention" dans le sens de garde.
7. le paragraphe 457(5) où l'on dit "détenu sous garde" dans le contexte des mises en liberté provisoires.

8. l'article 454 où il est question de détention sous garde avant qu'une personne ne soit conduite devant un juge de paix.

Questions

Le fait d'arrêter des véhicules automobiles au hasard pour vérifier si le conducteur a les facultés affaiblies équivaut-il à une détention arbitraire?

- (A) Si les arrêts Chromiak et Dedman ont force de loi, bien que la décision d'arrêter puisse être arbitraire, il ne s'agit pas d'une détention et il n'est pas nécessaire de donner des directives spéciales aux policiers. Il n'est pas nécessaire non plus à ce moment-ci d'informer l'accusé de ses droits en conformité des alinéas 10a) et b).
- (B) Si on s'en remet aux définitions des dictionnaires et au raisonnement suivi par les tribunaux dans les arrêts MacDonald et Murphy et que l'on considère le fait que l'article 9 et l'ancien article 2 de la Déclaration des droits sont complètement séparés et qu'il est possible qu'une définition plus générale s'impose, il faudra peut-être décourager les policiers de procéder à l'immobilisation de véhicules automobiles sans motif - et même s'ils arrêtent les automobilistes pour un motif quelconque, ils seront peut-être tenus de se conformer avec la plus grande diligence aux exigences de l'article 10.

Ce sont là des questions complexes et c'est aux tribunaux qu'il appartiendra, en dernière analyse, de trancher.

QUESTION C

Emprisonnement

Sens ordinaire que les dictionnaires donnent au mot "emprisonner"

(a) Le Shorter Oxford English Dictionary (3^e éd.)

(traduction)

1. Mettre en prison, détenir sous garde, enfermer.
2. Enfermer, claustre, de diverses façons.

(b) Le Funk and Wagnals New Standard Dictionary of the English Language

(traduction)

1. Mettre dans une prison, enfermer dans une prison ou geôle, aussi arrêter et détenir sous garde.
2. Enfermer, priver de liberté, limiter ou confiner d'une manière quelconque; retenir.

Voir au Canada l'arrêt Pon Yin v. City of Edmonton
(1915) 24 C.C.C. 227 à la page 330 (Cour suprême de l'Alberta):

(traduction) "Il n'est pas nécessaire qu'il y ait contact réel pour qu'il y ait emprisonnement. Toute restriction imposée à la liberté d'une autre personne par une manifestation d'autorité ou de force équivaut à l'emprisonnement. Donc, si on empêche une personne de quitter une pièce ou une maison, même lorsque aucun policier n'est présent, on empiète sur la liberté de cette personne et il y a emprisonnement."

Voir aussi l'arrêt Bird v. Jones (1845) 115 E.R. 668 (Q.B.) dans lequel le juge Williams a conclu qu'une personne peut être emprisonnée par une autre sans que cette dernière use de violence et a établi la distinction entre l'emprisonnement implicite et l'emprisonnement réel. Voici ce qu'a déclaré le juge Coleridge.

(traduction) "Les limites d'une prison peuvent être vastes ou étroites, visibles et tangibles, ou bien que réelles, n'être encore qu'à l'état de concept. La prison peut être mobile ou fixe, mais elle doit avoir des limites; et la personne emprisonnée doit être dans l'impossibilité de franchir ces limites; elle doit être dans l'impossibilité de quitter cet endroit où la personne qui l'emprisonne la garde, sauf dans le cas d'évasion de prison. Le fait de confondre l'emprisonnement du corps et la simple perte de liberté semble créer une certaine confusion: le fait d'aller où bon nous semble ne constitue qu'un aspect de la liberté; mais l'emprisonnement représente plus que la simple perte de ce pouvoir. Il comprend l'idée de restriction imposée par une volonté ou un pouvoir qui n'est pas le nôtre."

Il semble que l'on pourrait et devrait considérer l'emprisonnement comme une restriction physique imposée sur la liberté de mouvement d'un individu et comme ayant un sens un peu plus fort que la simple détention.

Question

L'automobiliste arrêté par les policiers lors d'un contrôle fait au hasard et sommé de s'asseoir sur la banquette arrière de leur voiture avec les portières verrouillées peut-il prétendre qu'il y a eu atteinte à ses droits?

Réponse: Dans ce cas, l'accusé peut fort bien être emprisonné si l'on suppose que les portières sont verrouillées au moyen d'un mécanisme de commande situé ailleurs dans la voiture et qu'il ne peut pas sortir sans employer la force. En supposant qu'il y a eu contrôle fait au hasard, il se pourrait qu'il y ait eu atteinte à ses droits.

L'accusé arrêté lors d'un contrôle fait au hasard et sommé par les policiers de s'asseoir sur la banquette arrière de leur voiture et "d'y rester" peut-il prétendre qu'il a été emprisonné et qu'il y a eu atteinte à ses droits?

Réponse: Dans ce cas, l'accusé peut encore réussir à démontrer qu'il y a eu atteinte aux droits que lui garantit l'article 9.

Conclusion

Si l'on accepte le fait que l'emprisonnement signifie qu'une personne est privée de sa liberté par la force ou qu'elle est détenue sous garde d'une manière quelconque, le fait que ce mot est employé dans le sens de l'article 9, c'est-à-dire "détention ou emprisonnement", permettrait d'appuyer l'argument suivant lequel la détention doit vouloir dire autre chose que "gardé" comme l'ont déclaré les juges Pigeon et Ritchie dans les arrêts Brownridge et Chromiak.

QUESTION D

Comparaison avec la Déclaration des droits de 1960

Texte de l'alinéa 2a):

"Toute loi au Canada ... doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne supprimer, à ne restreindre ni à enfreindre aucun des droits ni aucune des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi au Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme a) autorisant ou prononçant la détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraires de qui que ce soit."

Les différences apparentes:

1. L'article 9 déclare beaucoup plus affirmativement l'existence d'un droit absolu.
2. L'article 9 s'applique à toutes les lois Canadiennes et non seulement aux lois fédérales.
3. L'article 9 ne traite pas de l'exil. Cette situation est prévue à l'article 6.
4. Les mots importants sont essentiellement les mêmes dans les deux cas - "détention", "emprisonnement". Toutefois, l'article 9 disjoint les concepts alors que l'alinéa 2a) ne le fait pas.
5. L'un des facteurs qui ont amené le juge Ritchie à déclarer dans l'arrêt Chromiak que le mot détention se rapporte à une certaine forme de contrainte était que les dispositions du sous-alinéa 2c)(ii) traitant des personnes détenues sont immédiatement suivies de celles du sous-alinéa 2c)(iii) qui prévoient le recours à l'habeas corpus. Ces dispositions sont maintenant comprises dans deux articles distincts même si elles sont encore liées entre elles à l'article 10.

Autres questions

Les pratiques suivies par les policiers et par la Couronne ont été particulièrement contestées dans les domaines suivants (cette liste n'est pas exhaustive):

- (a) Les contrôles des véhicules automobiles faits au hasard (dépend de l'interprétation donnée au mot "détenu").
- (b) Les peines d'emprisonnement minimum obligatoires (bien que cet aspect ait été examiné minutieusement dans l'arrêt Roestadt [1972] 1 O.R. 814 (Cour de comté de l'Ontario) et ne semble pas être interprété de manière à signifier "arbitraire").
- (c) Lorsqu'on prend les empreintes digitales d'un accusé et qu'on le photographie en vertu de la Loi sur l'identification des criminels parce qu'un procureur de la Couronne a choisi de procéder par voie de mise en accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité. L'interprétation donnée au mot arbitraire ne semble pas s'appliquer à cette situation non plus à moins que le plaignant ne prouve qu'il y a eu mauvaise foi ou caprice. Voir l'arrêt R. v. Smythe [1971] 2 O.R. 209 (C.A. de l'Ont.) où le jugement du juge en chef de la Cour supérieure l'honorable juge Wells, est confirmé et où l'on analyse minutieusement l'histoire et le rôle du bureau du procureur général.
- (d) Les ordonnances de garde indéterminées jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu - paragraphes 543(6) et 542(2). Ces articles ne semblent pas pécher contre l'idée de caprice ou de mauvaise foi tel qu'envisagée dans la définition du mot arbitraire. Toutefois, toute ordonnance de détention indéterminée comme celle-ci risque d'attirer une certaine attention en vertu de l'article 9. La même chose s'applique dans le cas de la détention indéterminée des délinquants dangereux que prévoit l'article 688.

- (e) L'article 544 - lorsqu'un accusé est amené devant une cour pour être élargi faute de poursuite, qu'il paraît atteint d'aliénation mentale et qu'il est ordonné qu'il soit tenu sous garde en vertu de l'article 543. Cet article est un article exceptionnel et il vaudrait mieux l'abroger puisque les lois provinciales en matière de santé mentale prévoient cette situation. Une personne qui est amenée devant un tribunal pour être élargie et traitée de cette façon peut attirer l'attention en vertu de l'article 9. On pourrait encore prétendre que cette incarcération est fondée en droit et que le geste n'était pas arbitraire.
- (f) L'article 546 - lorsque le lieutenant-gouverneur ordonne qu'une personne emprisonnée soit transférée en lieu sûr. Il suffit que le lieutenant-gouverneur soit convaincu, d'après la preuve qui lui est présentée, qu'une personne est aliénée, mentalement malade, déficiente ou faible d'esprit. La loi ne prévoit aucune norme quant à la valeur que cette preuve doit avoir ou quant au fardeau de la preuve. Il est évident que cet article envisage la possibilité d'une détention ou d'une garde d'une durée plus longue que la peine d'emprisonnement que le tribunal a imposé.
- (g) La détention arbitraire à l'intérieur d'une prison par suite du non-respect des règlements de la prison. Cette situation pourrait être contestée en vertu de l'article 9 mais aussi en vertu de l'article 12 - peines cruelles et inusitées.
- (h) Les demandes de renvoi sous garde pour trois jours prévues au paragraphe 457.1. La demande est présentée par le poursuivant et le juge de paix a un pouvoir discrétionnaire. Les demandes de renvoi devraient être présentées de bonne foi afin de permettre à la partie qui s'oppose à une mesure judiciaire, de se préparer à exposer ses raisons lors de l'audition et non dans le seul but de permettre aux policiers de terminer leurs enquêtes.

- (i) Le défaut d'amener un accusé devant le juge de paix dans un délai raisonnable posera sans doute des problèmes en vertu de cet article s'il peut être établi qu'il y a eu mauvaise foi de la part de la Couronne ou des policiers.
- (j) Cas où un agent de la paix omet de mettre en liberté un accusé décrit au paragraphe 452(1).
- (k) Cas où un fonctionnaire responsable omet de mettre en liberté une personne visée à l'article 453.

QUESTION G

Recommandations aux policiers

Résumé

- (A) Ne demander un renvoi de trois jours (457.1) que lorsque celui-ci est absolument essentiel pour permettre de recueillir des renseignements en vue d'exposer ses raisons.
- (B) Il faut répéter aux policiers qu'il est essentiel d'amener un accusé devant un juge de paix dans les plus brefs délais.
- (C) Conseiller les policiers en ce qui concerne l'exigence de mettre en liberté certains accusés et de les obliger à comparaître par voie de sommation ou de promesse de comparaître comme le prévoient les articles 452 et 453.

CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS, ART. 10 - ARRESTATION
OU DÉTENTION

Comme les droits prévus par l'article 10 ne trouvent application qu'en cas d'arrestation ou de détention, il est nécessaire de préciser le sens de ces termes. On définit l'"arrestation" comme suit:

(Traduction)

"Le fait de saisir physiquement une personne pour la forcer à respecter une ordonnance judiciaire, pour éviter la perpétration d'un crime ou pour s'assurer que la personne accusée d'un crime ou soupçonnée d'avoir commis un crime ne se soustraira pas à la justice."

(Wharton's Law Lexicon, 14^e édition, p. 81; Jowitt's Dictionary of English Law, p. 152 (ou 2^e édition, p. 135) - cité dans Re McLeod and Maksymowich (1973) 12 C.C.C. (2^e) 353 à la p. 365 (Cour territoriale des T.N.O.)).

On peut également lire dans Jowitt:

(Traduction)

"L'arrestation consiste habituellement à saisir physiquement la personne du défendeur mais le simple fait de toucher ce dernier, même très légèrement, est suffisant. L'arrestation ne consiste pas nécessairement à se saisir physiquement de la personne visée; les tribunaux ont décidé qu'il y avait arrestation légale lorsque l'agent, après avoir pénétré dans la pièce où se trouve le défendeur, informe ce dernier qu'il est en état d'arrestation et ferme la porte à clef."

"Il y a arrestation lorsque l'auteur de l'arrestation emploie des termes qui, dans les circonstances, visent à faire savoir au prévenu et font effectivement savoir à ce dernier qu'il est l'objet d'une contrainte physique et que ce dernier se soumet ensuite à cette contrainte. Il est important d'être très clair, surtout dans les cas où le prévenu, par suite d'absorption de drogue ou d'alcool, peut avoir les facultés affaiblies."

(Alderson v. Booth [1969] 2 C.B.R. 216
R. v. Inwood [1973] 1 W.L.R. 647).

Selon les arrêts canadiens mentionnés ci-après, il n'est pas nécessaire de toucher physiquement le prévenu à moins qu'il ne refuse d'obtempérer:

Higgins v. MacDonald [1928] 3 W.W.R.
115;
Alderich v. Humphrey [1898] 29 O.R. 427
(C.A.);
Kozak v. Beatty (1957) 7 D.L.R. (2^e) 88
(C.A.).

7
Dans McIntosh v. Demeray (1848) 5 U.C.Q.B., 343, il a été décidé qu'il y a arrestation lorsque le shérif insiste pour qu'une personne l'accompagne jusqu'à son bureau, que cette personne lui obéit et reste dans cet endroit, même volontairement.

Qu'est-ce donc que la détention?

Dans Chromiak v. La Reine (1979) 49 C.C.C. (2^e) 257 (R.C.S.) un agent a arrêté l'automobiliste inculpé parce qu'il croyait que ce dernier conduisait avec des facultés affaiblies et il a exigé qu'il donne un échantillon d'haleine dans un appareil qui se trouvait au bord de la route. Chromiak a refusé de donner l'échantillon hors de la présence de son avocat. Une accusation a été portée contre lui à la suite de son refus.

Au cours de son procès, il a prétendu que l'agent avait enfreint le sous-alinéa 2c)(ii) de la Déclaration canadienne des droits, qui accorde à toute personne détenue le droit de retenir un avocat et de le constituer sans délai. Selon lui, ce droit fournit l'"excuse raisonnable" qui constitue un moyen de défense statutaire contre l'accusation prévue par le paragraphe 234.1(2) du Code criminel.

La Cour suprême du Canada a décidé que Chromiak n'avait pas été "détenu" et que le fait que l'on ait refusé d'accéder à sa demande ne lui fournissait pas l'excuse raisonnable envisagée par la loi.

Le juge Ritchie a déclaré que la détention suppose "une certaine forme de contrainte". Il a cité d'autres dispositions de la Déclaration des droits et du Code

criminel ou le verbe "détenir" signifie clairement "détenir en vertu de l'application régulière de la loi" et "les mots 'to detain' sont constamment employés en rapport avec une véritable contrainte physique."

Il a souscrit aux observations suivantes faites par le juge Pigeon dans l'arrêt Brownridge:

"... celui de qui l'on a exigé qu'il suive un agent de la paix pour qu'un test de l'haleine soit effectué [n'a pas été détenu]. Il se peut fort bien que le test soit négatif, et en pareil cas, il serait bien erroné de dire que cette personne a été arrêtée ou détenue, puis libérée. "Détenu" signifie gardé..."

Dans R. v. Dedman (1981) 59 C.C.C. (2^e) 97 (C.A. de l'Ontario) l'automobiliste accusé avait été arrêté au cours d'une vérification routinière (c.-à.-d. qu'aucun motif préalable ne permettait de croire qu'il pouvait avoir les facultés affaiblies.) Vu que son haleine sentait l'alcool, on lui a demandé de fournir un échantillon. Il a refusé et une accusation a été portée contre lui. Dedman a d'abord été acquitté pour le motif que l'agent n'avait pas le pouvoir de l'arrêter. La Cour d'appel a accueilli l'appel pour le motif que l'accusé avait volontairement obéi à l'ordre de l'agent qui lui faisait signe d'arrêter, et qu'il n'avait pas été détenu illégalement.

Dans les motifs de cette décision, le juge Martin a déclaré:

(Traduction)

"... l'agent de police n'a pas le pouvoir de détenir une personne pour l'interroger ou pour effectuer son enquête. Nul ne peut exercer une contrainte physique sur un autre personne autrement que d'une manière conforme à la loi, et ce principe s'applique autant aux agents de police qu'aux autres personnes. L'agent de police peut s'adresser à une personne dans un endroit public pour lui poser des questions, mais si cette personne refuse de répondre, l'agent doit lui permettre de poursuivre son chemin, sauf si, évidemment, l'agent l'arrête pour une infraction précise ou l'arrête en vertu de l'article 450 du Code s'il a des motifs raisonnables et probables de croire que la personne en cause a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel..."

(Page 109 - soulignés de l'auteur).

Il faut toutefois souligner qu'une "détention" légale ne découle pas nécessairement d'une "arrestation". Les droits prévus par l'article 10 s'appliquent en matière civile et criminelle, de sorte qu'une personne détenue dans un hôpital psychiatrique en vertu d'une loi provinciale peut se prévaloir de ces droits, bien qu'elle n'ait pas été arrêtée.

Dans un article très intéressant "(The role of the Accused in the Criminal Process", décembre 1981), Ed Ratushny a donné des exemples qui illustrent comment les droits prévus par l'article 10 sont limités par le fait que la personne qui veut s'en prévaloir doit d'abord avoir été arrêtée ou détenue. "Supposons", dit-il, "qu'un suspect se présente volontairement à un interrogatoire et qu'il demande à plusieurs reprises qu'on lui laisse appeler son avocat. On refuse mais rien ne permet de croire qu'on l'empêcherait de partir. Je prétends que, à première vue, l'article 10 n'aurait pas d'application".

Si une déposition était prise en pareilles circonstances et qu'elle devait être déposée en preuve devant le tribunal, l'accusé devrait faire face à certains arrêts par exemple R. v. Emele (1940) 74 C.C.C. 76 à la page 81 (C.A. de la Sask.), qui dispose que:

(Traduction)

"[la question que le juge de première instance doit trancher] n'est pas de savoir ce qui serait arrivé si l'intimé avait pu voir son avocat, mais plutôt celle de savoir si les déclarations qui lui sont imputées ont été faites volontairement. Le refus opposé à sa demande ne constitue ... que l'une des circonstances à prendre en considération dans la détermination de cette question."



LOWE-MARTIN

ALINÉA 10a) - DROIT D'ÊTRE INFORMÉ DANS LES PLUS BREFS
DÉLAIS DES MOTIFS DE L'ARRESTATION OU DE
LA DÉTENTION

Le droit d'être informé promptement des motifs de son arrestation ou de sa détention remonte aux origines de la common law.

Dans Christie v. Leachinsky [1947] A.C. 573, il a été décidé que le fait, pour un agent de police, d'oublier ou de négliger d'informer une personne des motifs de son arrestation le rend passible de poursuites pour séquestration illégale. L'agent de police n'est cependant pas tenu d'informer la personne qu'il arrête des motifs de l'arrestation lorsque cette personne doit, d'après les circonstances, connaître la nature générale de l'infraction ou lorsqu'elle empêche l'agent de la lui faire connaître, par exemple, en l'attaquant ou en prenant la fuite. Il n'est pas nécessaire d'employer un vocabulaire spécialisé, pourvu que l'essentiel des motifs de l'arrestation soit communiqué à l'intéressé.

Le droit mentionné à l'alinéa 10a) a également été tiré de la Déclaration des droits. Dans Mitchell c. La Reine (1975) 24 C.C.C. (2e) 241, la Cour suprême du Canada a décidé que les exigences du sous-alinéa 2c)(i) de la Déclaration avaient été respectées par le fait qu'il a été dit à l'appelant que sa libération conditionnelle était suspendue, sans que les motifs de cette suspension lui soient donnés.

Le paragraphe 29(2) du Code criminel dit ce qui suit:

- (2) *Quiconque arrête une personne avec ou sans mandat est tenu de donner à cette personne, si la chose est possible, avis*
- a) de l'acte judiciaire ou du mandat aux termes duquel il opère l'arrestation, ou*
 - b) du motif de l'arrestation*

Dans l'affaire Gamracy c. La Reine [1974] R.C.S. 640, la Cour a décidé que ces conditions ne sont pas cumulatives, de sorte que, par exemple, si une personne est arrêtée en vertu d'un mandat que l'agent de police n'a pas en sa possession au moment de l'arrestation, l'agent s'acquitte adéquatement de ses obligations en affirmant simplement à la personne qu'il arrête qu'un mandat d'arrestation a été lancé contre elle.

Le paragraphe 29(3) du Code criminel dispose ce qui suit:

*"(3) L'omission de se conformer au paragraphe... (2) ne prive pas, d'elle-même, une personne qui exécute un acte judiciaire ou un mandat, ou une personne qui opère une arrestation de la protection contre la responsabilité criminelle."
(soulignés de l'auteur)*

Il semble donc qu'une accusation portée en vertu des articles 115 ou 117 du Code criminel (désobéissance à une loi et prévarication des fonctionnaires dans l'exécution d'actes judiciaires) ne pourrait être fondée uniquement sur le paragraphe 29(2). Est-il possible de recourir à l'alinéa 10a) et l'article 24 de la Charte pour contourner cet obstacle?

Si l'article 1 de la Charte avait permis que d'autres lois prescrivent des "limites...raisonnables" à l'exercice des droits (et non seulement aux droits eux-mêmes), et si le paragraphe 29(3) du Code criminel était interprété comme prévoyant des limites raisonnables "dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique", les policiers ne s'exposeraient pas à des poursuites criminelles dans de tels cas, mais ils seraient néanmoins susceptibles de poursuites civiles. Cependant, l'article 1 de la Charte prévoit uniquement que les droits et les libertés peuvent être restreints, mais ne prévoit rien en ce qui concerne les limites à l'exercice de ces droits et libertés. Par conséquent, un tribunal pourrait peut-être condamner un policier pour une infraction aux articles 115 ou 117 du Code criminel, nonobstant l'article 29(3). (Voir l'article 24 de la Charte).



LOWE-MARTIN



82-955

ALINÉAS 10 b) et 11d) - DROIT À UN AVOCAT

Le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, en cas d'arrestation ou de détention, est tiré du sous-alinéa 2c)(ii) de la Déclaration des droits.

Dans R. v. Ballegeer [1969] 3 C.C.C. 353 (C.A. du Man.), la Cour a dit que ce droit fait également partie de la common law.

La Charte va cependant plus loin que le droit actuel puisqu'elle ajoute le droit d'être informé du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. D'après certaines décisions antérieures, les policiers n'étaient pas tenus d'informer les prévenus de ce droit. (R. v Piper (1965) 51 D.L.R. (2e) 534 (C.A. du Man.); Re Vinarao (1968) 66 D.L.R. (2e) 736 (C.A. de la C.-B.))

Cette information doit être donnée "en cas d'arrestation ou de détention" (c'est-à-dire au moment où est effectuée l'arrestation ou la détention) pour que la personne qui en est l'objet puisse exercer efficacement son droit "d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat".

Cependant, l'article 1 de la Charte prévoit que des "limites ... raisonnables" peuvent être imposées aux droits prévus par l'alinéa 10b) uniquement "par une règle de droit" et "dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique." L'affaire Levitz v. Ryan (1971) 5 C.C.C. (2e) 417 (Cour des petites créances de l'Ontario - C.C.J.) illustre peut-être l'une de ces limites. Les policiers ont refusé de permettre à des personnes dont les locaux faisaient l'objet d'une perquisition en vertu d'un mandat de demander l'assistance d'un avocat. Dans une action civile intentée contre la police, par la suite, la cour a statué qu'il n'y avait pas eu infraction aux termes du sous-alinéa 2c)(ii) de la Déclaration canadienne. Elle a déclaré:

(traduction)

"... la détention, au sens de contrainte physique, et de l'impossibilité de communiquer avec qui que ce soit à l'extérieur d'un local est un complément nécessaire de ...la perquisition. ... L'impossibilité de communiquer avec un avocat pendant les vingt minutes qu'a duré la perquisition ne peut être interprétée...comme constituant une entrave dépassant les limites de ce qui est raisonnable et nécessaire."

La Charte ne garantit que le droit de recourir à l'assistance d'un avocat, et non le droit de recevoir automatiquement les services d'un avocat. (Voir: Re Ewing and Kearney and The Queen (1974) 18 C.C.C. (2e) 356 (C.A. de la C.-B.); R. v. Littlejohn and Tirabasso (1978) 41 C.C.C. (2e) 161 (C.A. de l'Ont.)). Il y a lieu de comparer ce droit avec celui qui est accordé par le sixième amendement de la Constitution des États-Unis, soit le droit (traduction) "à l'assistance d'un avocat" pour la défense. Cette disposition a été interprétée comme établissant le droit à l'aide juridique. Il existe toutefois au Canada des programmes d'aide juridique assez complets, et les tribunaux ont le pouvoir de commettre d'office des avocats aux accusés qui n'ont pas les moyens nécessaires (Voir: Re White and The Queen (1977) 32 C.C.C. (2e) 478 (Alta. S.C.T.D.)) Les violations du sous-alinéa 2c)(ii) de la Déclaration des droits ont abouti à des résultats variés.

Dans R. v. Gray (1962) 132 C.C.C. 337 (B.C.P.J.C.) un automobiliste soupçonné d'avoir conduit avec les facultés affaiblies a été amené de force au poste de police et n'a pu appeler un avocat avant qu'un médecin ne l'examine pour établir s'il avait les facultés affaiblies. Le prévenu s'est soumis volontairement à l'examen et lorsque le médecin eut confirmé les soupçons de l'agent de police, une accusation a été portée contre lui. Il a été par la suite acquitté pour le motif qu'il avait été porté atteinte à son droit de préparer une défense adéquate, car s'il avait pu appeler son avocat sans délai, et si celui-ci avait demandé à un autre médecin de l'examiner, son état aurait pu être expliqué autrement (lésion cérébrale ou empoisonnement, par exemple.)

Dans R. v. Ballegeer, précitée, l'accusé a été reconnu coupable après avoir admis sa culpabilité, mais en appel il a

1. prouvé qu'il avait fait une déclaration après qu'on lui eut "fermement et délibérément" refusé le droit de demander l'assistance d'un avocat;
2. affirmé qu'on lui avait arraché l'aveu;
3. établi que les faits écartaient sa culpabilité;
4. dit qu'il s'était cru obligé de plaider coupable parce qu'il avait signé une déclaration à cet effet.

La Cour d'appel du Manitoba a annulé la déclaration de culpabilité pour le motif que l'accusé avait été privé des services de son avocat.

Dans Brownridge c. La Reine (1972) 7 C.C.C. (2^e) 417, l'accusé a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies, et a ensuite refusé de donner un échantillon d'haleine parce que les policiers lui ont refusé le droit de consulter un avocat. La Cour suprême du Canada a décidé que la violation de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat lui donnait une "excuse raisonnable", et qu'il n'avait donc pas enfreint ce qui est devenu le paragraphe 235(2) du Code criminel.

Il y a cependant de nombreux cas où le refus de permettre au prévenu de consulter un avocat n'a pas abouti au rejet d'éléments de preuve ou à un acquittement.

On en trouve un exemple dans R. v. Chow, Tai and Limerick (1978) 43 C.C.C. (2^e) 215 (C.A. de la C.-B.). La prévenue a été arrêtée à son domicile et a demandé à ses parents d'appeler un avocat avant d'être conduite au poste de police. L'avocat a tenté à plusieurs reprises de la voir, mais on lui a répondu que c'était impossible avant la fin de

l'enquête. La déposition de la prévenue a été prise huit heures après son arrestation. Elle a dit qu'elle ne voulait pas parler sans son avocat. Les policiers lui ont dit qu'elle n'était pas obligée de répondre et qu'elle avait le droit de voir un avocat mais l'interrogatoire a continué et la prévenue a répondu aux questions. Sa déposition a été admise en preuve. La cour a décidé que, en supposant que le droit de l'accusé de consulter un avocat avait été violé, que cet élément est seulement l'un des facteurs à prendre en considération pour déterminer si la déposition a été faite volontairement, et que c'est cette caractéristique qui en a déterminé l'admissibilité. (Voir aussi: R. v. Emele (1940) 74 C.C.C. 76 à la p. 81 (C.A. de la Sask.); R. v. Letendre (1975) 25 C.C.C. (2^e) 180 (C.A. du Man.); R. v. Whynott (1975) 27 C.C.C. (2^e) 321 (C.S. de la N.-É., Div. d'appel); et R. v. Dinardo (1981) 01 C.C.C. (2^e) 52 (C.C. de l'Ont.)).

Dans Hogan c. R. (1974) 18 C.C.C. (2^e) (C.S.C.) on a demandé à l'accusé de fournir un échantillon d'haleine, et on lui a refusé le droit de consulter un avocat. L'échantillon qu'il a fourni indiquait un degré d'alcoolémie supérieur à .08. La Cour suprême a déclaré que l'accusé aurait pu refuser de donner un échantillon parce qu'on lui avait refusé le droit d'appeler un avocat mais que la preuve constituée par cet échantillon n'en était pas moins admissible. (Voir également: R. v. Wray [1971] R.C.S. 272).

À l'heure actuelle, l'article 24 de la Charte permet au tribunal de rejeter des éléments de preuve obtenus en violation du droit à l'assistance d'un avocat, s'il est établi que leur admission est susceptible de faire "déconsidérer l'administration de la justice". Si le refus du droit à l'assistance d'un avocat équivalait à la "conduite qui choque la collectivité" mentionnée par le juge Lamer dans R. c. Rothman (1981) 59 C.C.C. (2^e) 30 à la p. 74 (R.C.S.), les éléments de preuve obtenus par suite de cette violation seraient inadmissibles.

Plusieurs affaires relatives à l'ivressomètre portent sur la question de savoir si un accusé a été privé du droit à l'assistance d'un avocat (disposant ainsi d'une excuse raisonnable pour refuser de donner l'échantillon) dans les cas où l'accusé n'a pu atteindre son avocat ou dans les cas où il a pu lui parler au téléphone sans que la police accepte d'attendre l'arrivée de l'avocat. Dans R. v. Drouin (1972) 10 C.C.C. (2^e) 18 (C.S. de l'I.P.É.) et R. v. McDonald (1974) 22 C.C.C. (2^e) 350 (C.S. de la N.É. Div. d'appel), la Cour a décidé que lorsque l'accusé a la possibilité, à plusieurs reprises, de communiquer avec un avocat et que ses tentatives échouent, le droit que lui accorde le sous-alinéa 2c)(ii) de la Charte des droits est respecté. Dans R. v. Loutit (1974) 21 C.C.C. (2^e) 84, la Cour d'appel du Manitoba a dit, en obiter dictum, que si la police refusait à un détenu le droit de faire plus d'une tentative pour rejoindre un avocat, il y aurait violation de son droit. Le juge en chef Laskin, dans Brownridge c. La Reine [1972] R.C.S. 926 et la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Division d'appel) dans R. v. Bond (1973) 14 C.C.C. (2^e) 497, ont déclaré que lorsque l'accusé a rejoint son avocat au téléphone, il n'a pas le droit d'exiger que l'on attende l'arrivée de l'avocat pour prendre l'échantillon d'haleine.

L'accusé doit pouvoir parler avec son avocat en privé. (R. v. Balkan (1973) 13 C.C.C. (2^e) 482 (C.S. de l'Alberta, Division d'appel)), mais les policiers peuvent les observer (R. v. Walkington (1974) 17 C.C.C. (2^e) 553 (C.A. de la Sask.)). Dans R. v. Doherty (1974) 18 C.C.C. (2^e) 487 (C.C. N.-É.) cependant l'accusé a été finalement acquitté parce que, même si les policiers s'étaient tenus suffisamment loin et même s'ils n'avaient pas, en fait, entendu la conversation entre l'accusé et son avocat, ils étaient tout de même assez près pour que l'accusé pense qu'ils pouvaient les entendre. Dans Re Faid et La Reine (1978) 44 C.C.C. (2^e) 62 (C.S. de l'Alberta, Div. de 7^e instance), il a été décidé que lorsqu'un avocat s'entretient avec son client dans une institution pénitentiaire, il ne doit y avoir entre eux aucun obstacle matériel. Dans Solosky c. La Reine

(1979) 50 C.C.C. (2e) 495, la Cour suprême du Canada a décidé que le droit de recourir à un avocat n'est pas incompatible avec le droit qu'ont les autorités pénitentiaires de vérifier le courrier échangé entre un détenu et son avocat pour des raisons de sécurité, etc. mais les règlements qui permettent ces vérifications doivent être interprétés de façon à nuire le moins possible pour protéger le caractère confidentiel des communications entre un avocat et son client.

Dans R. v. Settee (1974) 22 C.C.C. (2e) 193 (C.A. de la Sask.) et dans R. v. Dinardo (1981) 61 C.C.C. (2) 52 (C.C. de l'Ont.), il a été prétendu que lorsqu'un avocat dit aux policiers de ne pas interroger l'accusé hors de sa présence et qu'ils n'accèdent pas à sa demande, il y a violation de l'alinéa 2c)(ii) de la Déclaration des droits. Dans Settee, la Cour a décidé que cet argument n'avait aucun fondement. Dans Dinardo, la Cour a suivi la décision du Juge Martland dans Rothman c. La Reine (1981) 59 C.C.C. (2e) 30 (R.C.S.), aux termes de laquelle le seul facteur à considérer est le caractère volontaire de la déposition de l'accusé. Aux termes de la Charte, le facteur déterminant sera de savoir si l'admission des éléments de preuve en question est susceptible de faire déconsidérer l'administration de la justice.

La Charte ne mentionne pas expressément le droit d'une personne d'être représentée par son avocat à son procès, mais cela se déduit logiquement du droit d'avoir un procès équitable (alinéa 11d) et au droit de n'être pas privé de liberté, etc. si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale (article 7).

Dans R. v. Johnson (1973) 11 C.C.C. (2e) 101 (C.A. de la C.-B.) l'accusé avait renvoyé son avocat immédiatement avant le procès en raison d'une divergence de vue fondamentale sur la conduite du procès. Le juge de première instance a refusé d'ajourner le procès pour permettre à l'accusé de trouver un autre avocat. Cette décision a été interprétée comme un déni de justice naturelle et une atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière.

Dans R. v. Butler (1973) 11 C.C.C. (2e) 381 (C.A. de l'Ont.) l'accusé n'a disposé que de l'assistance de l'avocat qui était de service pour enregistrer en plaidoyer de culpabilité, et non des services de l'avocat de son choix. La cour a ordonné un nouveau procès.

Dans R. v. Littlejohn and Tirabasso, précitée, l'avocat de l'accusé s'est retiré du dossier avant le procès, lorsque les honoraires qui lui avaient été versés se sont trouvés épuisés. L'aide juridique a été refusée à l'accusé et il a donc assuré sa propre défense. La Cour a pris grand soin de l'informer de son droit de citer des témoins, etc. La Cour d'appel a jugé que l'accusé avait eu un procès équitable.

Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction disciplinaire d'ordre interne, a-t-elle droit à l'assistance d'un avocat à l'audience? Dans Re McLeod and Maksymowich (1973) 12 C.C.C. (2e) 353 (C.T. des T.N.-O.) une audience disciplinaire a eu lieu en prison sans que l'accusé ait eu la possibilité de retenir les services d'un avocat. On a invoqué la Déclaration des droits. Le juge Morrow a dit (à la p. 364):

(traduction)

"J'estime qu'il importe de reconnaître le droit de se faire représenter (par un avocat, en l'occurrence) lorsqu'une personne risque de subir des pertes matérielles considérables ou de perdre sa liberté ou qu'elle risque qu'il soit porté atteinte à sa réputation. Mais je ne peux admettre... que ce droit soit étendu ... aux simples cas de discipline interne d'une institution où l'accusé avait été envoyé en détention à la suite d'un procès pour lequel il a bénéficié des services d'un avocat."

(Voir aussi Re Armstrong and Whitehead (1973) 11 C.C.C. (2e) 327 (C.A. de l'Ont.). Le juge Morrow a ajouté que:

(traduction)

"Le droit de retenir les services d'un avocat (dans la Déclaration) est qualifié par les termes 'arrestation ou détention'".

et a décidé que le prisonnier n'avait pas été arrêté et n'était pas détenu sous le chef d'accusation, bien qu'il ait été détenu pour d'autres raisons.

Cependant, à l'alinéa 11d), le droit à un procès équitable n'est pas qualifié par les termes "arrestation ou détention", et le point essentiel qui devra être déterminé dans le contexte de la Charte sera de savoir si le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat peut être restreint, dans des limites raisonnables, de façon à exclure ces circonstances. (Voir l'article 1 de la Charte).

Dans Re Walsh and Jordan (1961) 132 C.C.C. 1 (Haute Cour de l'Ont.) un agent de la G.R.C a été accusé d'une infraction disciplinaire, et s'était fait représenter par un autre agent de la Gendarmerie, comme le prévoit l'article 34 de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada. Les règlements ne donnaient pas aux agents le droit d'être représentés par un avocat. L'accusé a tenté d'obtenir un bref de certiorari pour faire annuler la déclaration de culpabilité pour le motif qu'on lui avait refusé l'assistance d'un avocat. La Cour a déclaré:

(traduction)

"...le requérant n'a pas été arrêté ni détenu au procès, et par conséquent, l'alinéa 2c)(ii) [de la Déclaration des droits] ne s'applique pas. J'estime également que l'impossibilité dans laquelle se trouve un agent de la G.R.C. de se faire représenter par un avocat dans des affaires de cette nature ne constitue pas une violation de [l'alinéa 2e), qui vise le droit à une audition impartiale]. Je n'ai donc pas à décider si le terme "avocat" à l'alinéa c)(ii) désigne une personne exerçant la profession d'avocat, mais il me semble que les agents de la G.R.C., faisant partie d'un organisme qui a des règles de disciplines particulières et des droits qui ont été limités par le Parlement en ce qui concerne la possibilité de faire représenter un agent par un avocat..., le mot "avocat" dans la Déclaration des droits doit avoir, à l'égard des agents de la G.R.C., le sens qui lui est donné au paragraphe 34(3) de la Loi sur la G.R.C."

Dans une affaire plus récente, Re Husted and Ridley c. La Reine (1981) 58 C.C.C. (2e) 156 (C.F. Div. de 7^e instance) la Cour a cependant déclaré ultra vires l'article des règlements de la G.R.C. qui interdit aux agents de cet organisme de recourir aux services d'un avocat lorsqu'ils sont accusés d'infractions graves commises dans l'exercice de leurs fonctions. Ce règlement outrepassa les pouvoirs que la loi a accordés au gouverneur en conseil. Il est donc

possible de prendre un recours extraordinaire lorsqu'un agent de la G.R.C. est privé du droit de recourir à l'assistance d'un avocat.

Dans Re Bachinsky, et al. and Sawyer (1973) 14 C.C.C. (2^e) 401 (C.S. de l'Alb., Div. de 1^{re} instance) des agents de la police municipale accusés d'une infraction au code de discipline n'ont pas eu droit à l'assistance d'un avocat, puisque celui-ci ne donnait aux agents que le droit d'être représentés par un autre agent. Le recours a été accordé. Bien que les accusés n'aient pas été arrêtés ou détenus, et que la Déclaration canadienne des droits ne s'applique pas aux matières relevant de la compétence législative des provinces (contrairement à la Charte), ils avaient droit à l'assistance d'un avocat en vertu des principes généraux, car le déni de justice naturelle ouvre la porte aux recours extraordinaires.

Dans le cas où l'alinéa 10a) de la Charte s'applique, nous croyons que le prévenu a le droit d'être assisté par un avocat, car la version française emploie précisément ce terme "avocat".

La situation des militaires a été résumée comme suit dans des notes sur la Charte:

En résumé, dans les procès sommaires tenus en conformité avec le code de discipline militaire, l'accusé n'est pas autorisé à recourir aux services d'un avocat proprement dit, mais le règlement prévoit l'assistance d'un officier, (qui peut par ailleurs avoir une formation juridique). Dans le cas d'une cour martiale, cependant, l'accusé reçoit gratuitement les services d'un avocat militaire ou bien peut retenir à ses frais les services d'un avocat privé.

Si, de prime abord, les articles 10 et 11 de la Charte semblent permettre aux avocats de représenter les soldats aux procès sommaires, il est peut-être possible de soutenir que le code de discipline militaire impose une limite raisonnable aux termes de l'article 1 de la Charte. Voir McKay c. The Queen (1980) 54 C.C.C. (2^e) 129 (R.C.S.) en ce qui concerne la nécessité de prévoir des règles spéciales pour les militaires.

Le droit à un procès équitable prévu par l'alinéa 11d) peut sans doute être revendiqué par des personnes assujetties à un code de discipline professionnelle, par exemple, les médecins, les dentistes, les avocats, etc., comme fondement du droit aux services d'un avocat, si la condition préalable, i.e. l'inculpation, est remplie.

La Charte ne mentionne pas l'un des droits visés par la Déclaration des droits. À l'alinéa 2d), la Déclaration prévoit que "...nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme...autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse le secours d'un avocat..." "Il y lieu de signaler que la Déclaration des droits restera en vigueur après l'adoption de la Charte. Dans R. v. Bechard (1975) 24 C.C.C. (2e) 177 (P.C.) on dit de l'alinéa 2d) qu'il:

(traduction)

"...n'accorde pas à un témoin dans une affaire criminelle le droit absolu de se faire représenter par un avocat au procès, mais lui garantit plutôt qu'il pourra consulter un avocat avant de témoigner. Le pouvoir discrétionnaire qu'a le juge de première instance de permettre au témoin de se faire représenter par un avocat ne devrait être exercé que dans les cas où, compte tenu de toutes les circonstances, le témoin risque à ce point d'être lésé en raison de son incapacité à se défendre, que la justice exige qu'il soit représenté."

(Voir aussi Vapour Canada Ltd. c. Macdonald et autres (1971) 22 D.L.R. (2e) 607 (C.F. Div de 1re instance)).

Il y a également lieu de souligner que les termes "cour, tribunal, commission, office, conseil ou autre autorité" ne comprennent pas les agents de la paix, de sorte que le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'alinéa 2d) ne s'applique pas aux interrogatoires d'agents de police. (Voir R. c. Curr 1972, R.C.S. 889).

L'ouvrage de Walter Tarnapolsky intitulé The Canadian Bill of Rights, deuxième édition, contient aux pages 252 et 253 un exposé intéressant sur les recours disponibles en cas de violation du droit à l'assistance d'un avocat.

L'ouvrage de Walter Tarnapolsky intitulé The Canadian Bill of Rights, deuxième édition, contient aux pages 252 et 253 un exposé intéressant sur les recours disponibles en cas de violation du droit à l'assistance d'un avocat.

ALINEA 10 (c) - HABEAS CORPUS

EFFET DE L'ALINEA 10 c) DE LA
CHARTRE DES DROITS ET LIBERTES SUR LES
LOIS ET LES PROCEDURES ACTUELLES ET
FUTURES DU GOUVERNEMENT FEDERAL

L'article 10 de la Charte des droits prévoit ce qui suit:

art. 10 Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

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

Seize articles des Statuts révisés du Canada traitent de l'habeas corpus. Dans la plupart des cas, ils en confirment l'existence et clarifient les procédures applicables. Voir notamment:

<u>Déclaration canadienne des droits</u>	art. 2
<u>Code criminel</u>	al. 438(2)c) art. 708 art. 716 par. 719(3)
<u>Loi sur la Cour fédérale</u>	par. 17(5)
<u>Loi sur l'extradition</u>	par. 9(2) art. 19 art. 23 art. 28
<u>Loi sur les criminels fugitifs</u>	art. 13 art. 15
<u>Loi sur la Cour Suprême</u>	art. 40 art. 69
<u>Loi canadienne sur la tempérance</u>	art. 148

A l'heure actuelle, l'habeas corpus n'est limité que par un seul article, l'article 459.1 du Code criminel, qui prévoit ce qui suit:

Pas de demande par voie d'habeas corpus.

459.1 Il ne peut être fait aucune demande par voie d'habeas corpus aux fins d'obtenir que soit rendue une ordonnance, en vertu de la présente Partie, de la Partie XVIII ou de la Partie XXIV, relative à la mise en liberté provisoire ni aux fins de réviser ou modifier une décision rendue sous leur régime et relative à la mise en liberté provisoire ou à la détention.

Il est prévu d'abroger cette disposition par la prochaine loi modifiant le droit criminel, car elle entre en conflit avec la Déclaration canadienne des droits et est également incompatible avec la Charte des droits.

La majorité des juges (2:1) de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué, dans l'arrêt Mitchell, qu'un prévenu peut se prévaloir de l'habeas corpus lorsque son gardien ne se conforme pas à l'article 459 et que l'article 459.1 entre directement en conflit avec le sous-alinéa 2c)(iii) de la Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, dont voici le passage pertinent:

"2. ...nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme...
(c) privant une personne arrêtée ou détenue
(iii) du recours par voie d'habeas corpus pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale;"

[Ex parte Mitchell 23 C.C.C. (2e) 473, (1975), 5 W.W.R. 178, 59 D.L.R. (3e) 425 (sub. nom R. v. Mitchell) (C.A.C.-B.). Cette décision a été suivie par la Cour suprême de l'Alberta dans R. v. McDiarmid (1975)].

L'article 459.1 remonte à la Loi sur la réforme du cautionnement, chapitre 2 des S.R.C. de 1970. Cette disposition visait à faire cesser la pratique de common law qui consistait à obtenir la liberté sous cautionnement par habeas corpus lorsqu'elle avait été refusée par un juge. Ce recours à l'habeas corpus était remplacé par les procédures d'appel et de révision complètes prévues par la nouvelle Loi

sur la réforme du cautionnement. La nécessité de l'article 459.1 est cependant contestable, étant donné que la pratique en question n'avait jamais été employée au Canada, pour faire réviser les cautionnements.

Malheureusement, certains tribunaux ont donné à cet article une portée tellement large qu'ils ont refusé d'entendre les demandes d'habeas corpus visant à contester la légalité d'une détention fondée sur la non observation de la Loi sur la réforme du cautionnement (R. v. Smith (1974)).

L'affaire récente R. v. Hicks, (1982) 63 C.C.C. (2^e) 547 (C.A. de l'Al.), illustre comment l'habeas corpus peut être employé pour obtenir une libération sous cautionnement lorsqu'il n'existe aucun autre moyen de l'obtenir en attendant un appel, dans un cas où une personne est détenue légalement, mais pendant une période de temps trop longue. En pareil cas, une solution équitable peut être obtenue par habeas corpus.

ARTICLE 11 DE LA CHARTE DES DROITS -
SENS DU TERME "INFRACTION"

Le champ d'application des droits reconnus par l'article 11 de la Charte des droits et libertés soulève certaines inquiétudes. En effet, on ne sait pas très bien à quelles procédures juridiques donnent lieu l'application de certains droits individuels, par exemple:

- i) art. 11c) - ne pas être contraint de témoigner contre soi-même;
- ii) art. 11d) - être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

Les droits reconnus dans l'article 11 ne s'appliquent qu'à un inculpé ("any person charged with an offence"). La question qui se pose est donc de savoir ce qu'est un "inculpé"? Nous avons donc commencé par rechercher dans la jurisprudence la définition du terme "infraction". Cela n'a pas donné grand résultat, très peu de décisions judiciaires ayant statué là-dessus. (Note: Le sens du terme "inculpé" est analysé dans les commentaires relatifs au paragraphe 11b).

Lorsque le sens du terme "offence" a été analysé, c'était toujours aux fins d'une loi donnée, le Code criminel par exemple. Ainsi, dans l'affaire R. v. Sommerville (1963) 43 W.W.R. 87, la Cour d'appel de la Saskatchewan s'est penchée sur la signification du terme "infraction" dans l'article du Code criminel (l'actuel article 109) portant sur la corruption des policiers. L'article 109 réprime l'offre d'argent à un policier pour qu'il ferme les yeux sur une "infraction" commise ou sur le point d'être commise. La cour a estimé que le terme "infraction", à l'article 109, comprenait toute contravention à une loi provinciale en vigueur comportant des conséquences pénales. Le terme "pénales" ne fut toutefois pas défini. La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire R. v. Howard (1972) 3 O.R. 119, adopta la même position relativement à l'article 128 du Code criminel (méfait public). Cet article dispose notamment qu'il est criminel de faire entreprendre une enquête à un policier en accomplissant un acte destiné à rendre une autre

personne suspecte d'une "infraction" qu'elle n'a pas commise. La cour a jugé que le terme "infraction" comprenait toute violation d'une loi (fédérale, provinciale ou autre) comportant une sanction pénale. La violation du code de la route provincial fut considérée comme comportant des sanctions pénales et tombant par conséquent dans le champ d'application de l'article 128 du Code criminel. Là non plus, on ne précise pas le sens du mot "pénal".

En fait, il ne peut être dégagé de ce genre de jugements que peu ou pas de principes qui soient de quelque utilité pour l'interprétation de l'article 11 de la Charte. C'est pourquoi nous envisagerons l'application de l'article 11 compte tenu du type de procédures judiciaires dans lesquelles une personne peut être impliquée, plutôt que de tenter de fournir une définition abstraite du terme "infraction". Il s'agira donc ici de démontrer que l'intention des rédacteurs de l'article 11 était que celui-ci s'applique uniquement aux procès portant sur des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, que ce soit en vertu de loi provinciale ou de la loi fédérale, et, à plus forte raison, aux infractions criminelles plus graves tombant sous le coup de la loi fédérale. Cette prise de position est importante afin de réfuter l'argument selon lequel les droits mentionnés à l'article 11 peuvent être invoqués devant les tribunaux spéciaux constitués en vertu de la Loi sur les pénitenciers, de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada et de la Loi sur la défense nationale, pour connaître des infractions dites "disciplinaires".

INFRACTIONS DISCIPLINAIRES

Il existe une certaine jurisprudence concernant les droits d'un accusé qui comparaît devant un tribunal administratif pour des infractions disciplinaires. Dès 1955, la Cour suprême du Canada a eu à se prononcer sur la nature des tribunaux disciplinaires constitués en vertu de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada et à décider si ceux-ci pouvaient être contrôlés par les tribunaux judiciaires au moyen de brefs de prérogative. Bien que le

pouvoir des tribunaux de droit commun de réviser les procédures d'un tribunal administratif soit nettement différent de celui que ces mêmes tribunaux exercent lors de l'application de la Charte des droits, la décision rendue dans l'affaire Regina et Archer c. White, (1956) 114 C.C.C. 77 est néanmoins digne d'intérêt en ce qu'elle a été prononcée sur la nature d'un tribunal disciplinaire de la G.R.C.:

(traduction) Il ne s'agit pas à proprement parler d'un procès mais simplement d'une enquête à des fins administratives; le simple fait que le Parlement ait autorisé la perception d'amendes ainsi que la condamnation à des peines d'emprisonnement ne change rien à cela: les normes de conduite des membres de la Gendarmerie se trouvent sanctionnées. (p. 82)

La Cour suprême a insisté sur le fait que la création de ce genre de tribunaux visait (Traduction) "l'administration de la discipline par des hommes qui partagent la même vie particulière que ceux qu'ils jugent". Ces tribunaux sont investis de pouvoirs disciplinaires, cette dernière expression étant interprétée comme incluant (traduction) "à tout le moins, les sanctions prévues à l'intérieur d'un groupe qui exerce une fonction d'intérêt public ou quasi-public, et où la sécurité et la sauvegarde du public exigent l'obéissance aux ordres ainsi que leur bonne exécution et imposé à chaque membre le devoir de respecter certaines normes". (p. 84) Étant donné la nature particulière de la vie au sein d'un groupe paramilitaire tel que la G.R.C. et l'intérêt primordial du maintien d'un système disciplinaire efficace, la cour fut d'avis qu'il n'y avait lieu d'intervenir, au moyen d'un bref de certiorari par exemple, que dans des cas exceptionnels. Il n'y aurait lieu d'exercer ce recours que dans les cas où le tribunal disciplinaire a outrepassé sa compétence ou bien a prononcé une condamnation portant sur des faits qui sont nettement hors de sa compétence.

Dans deux jugements récents, la Cour fédérale examine les infractions disciplinaires du point de vue de la procédure pénale et des recours administratifs qui s'offrent à la personne lésée. (Radey et le surintendant de la G.R.C., (1979) 47 C.C.C. (2d) 148; Husted et Ridley et La Reine, (1981) 58 C.C.C. (2d) 156.) Dans l'affaire Radey, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument selon lequel les

procédures de la Partie XXIV du Code criminel, relatives aux déclarations sommaires de culpabilité, s'appliquent à l'instruction des infractions disciplinaires relevant de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada. La Cour a statué que:

Evidemment, les infractions majeures ressortissant au service, spécifiées dans l'article 25 de la Loi, se rapportent à la discipline. De façon générale, il ne s'agit pas d'infractions punissables en vertu du Code criminel ou d'autres lois pénales, quoique, dans certains cas, elles peuvent donner lieu à des poursuites en vertu du droit pénal. (p. 150)

Par conséquent, la limite de six mois ne s'applique pas aux infractions disciplinaires dans le cas de la G.R.C.

Dans l'affaire Husted et al., la Division de première instance de la Cour fédérale a admis que les impératifs d'une procédure disciplinaire rapide, à la G.R.C., plaident en faveur d'audiences différentes de celles d'un procès en bonne et due forme. Le droit de se faire représenter par un avocat est un droit individuel inhérent à un véritable procès, mais non pas à une audience disciplinaire:

La common law ne reconnaît nullement le droit absolu de se faire représenter par un avocat à la personne d'une passible sanction. Les tribunaux ont toujours refusé d'intervenir dans les affaires de discipline interne où la représentation par conseil est refusée, lorsque, en raison de son objet ou de la nature de l'infraction reprochée, l'audition relève de l'administration interne et porte sur une question de discipline au sein d'un corps spécial comme une arme des forces armées ou une force de police. Dans ces cas, les pouvoirs de l'officier qui juge l'infraction sont généralement très limités et susceptibles de contrôle administratif par une autorité supérieure. En pareil cas, la faute disciplinaire reprochée est d'ordinaire instruite sans formalités, sans la présence d'un sténographe judiciaire pour la transcription des procès-verbaux, sans qu'interviennent des règles de preuve strictes et, comme un juge l'a dit, "d'homme à homme" entre l'officier

supérieur et le présumé contrevenant. Dans la plupart de ces cas, la coutume bien établie veut que les questions de discipline se règlent au sein du corps ou de l'organisme, sans formalités et sans intervention extérieure. Dans d'autres cas, la Loi interdit même expressément de recourir à des représentants ou avocats de l'extérieur. Le service exige une telle absence de formalités sans lequel le fonctionnement quotidien du corps considéré et le maintien de la discipline interne seraient si lourds et prendraient tellement de temps que l'efficacité du service en souffrirait. (pp. 159-160)

Le tribunal a précisé, cependant, que le droit de se faire représenter par un avocat n'est pas absolument exclu lorsqu'un agent de la G.R.C. est tenu de comparaître devant un tribunal disciplinaire:

En revanche, la common law reconnaît que lorsque la liberté d'une personne ou ses moyens d'existence sont en jeu dans un procès, celle-ci devrait avoir droit aux services d'un avocat compétent de son choix, à moins que le recours aux services d'un avocat donné ne retarde ou n'entrave indûment l'administration de la justice. C'est là un corollaire du principe qu'un accusé a droit à une défense pleine et entière. (p. 160)

Étant donné que le jugement d'une infraction majeure, ressortissant au service, peut aboutir à une peine d'emprisonnement, le tribunal a conclu qu'un règlement (adopté à des fins de "discipline, d'efficacité, d'administration et de bon gouvernement de la gendarmerie") interdisant le recours à un avocat était ultra vires de la loi pertinente, du moins en ce qui concerne le jugement des infractions majeures ressortissant au service. Bien qu'ils ne soient pas concluants, ces cas indiquent une tendance, de la part des tribunaux, à ne pas considérer les procédures administratives relatives à l'application des règles disciplinaires comme étant assujetties aux mêmes garanties juridiques qu'un procès en bonne et due forme. La nature paramilitaire de la force policière exige un processus disciplinaire efficace et simple. Ceci n'exclut pas la possibilité d'un contrôle judiciaire de la procédure disciplinaire, comme l'a amplement démontré l'affaire

Husted et al., mais indique que les tribunaux hésiteront davantage à intervenir dans ces procédures, même si les garanties juridiques inhérentes à un véritable procès n'ont pas été respectées.

TRIBUNAUX MILITAIRES

Si l'on admet que les procédures disciplinaires ne doivent pas être entravées par la panoplie des garanties juridiques dont bénéficie l'accusé subissant un procès en bonne et due forme, à plus forte raison ce principe doit-il s'appliquer aux Forces armées canadiennes. Mais en plus des infractions et des procédures purement disciplinaires dont s'occupent les tribunaux militaires, ils s'occupent également de la poursuite des militaires pour les crimes prévus par le Code criminel et d'autres lois fédérales. Dans ces derniers cas, il semblerait bien difficile de refuser ces garanties juridiques aux personnes qui comparaissent devant un tribunal militaire et, par conséquent, d'argumenter que les droits spécifiés à l'article 11 de la Charte des droits ne s'appliquent pas aux tribunaux militaires.

La Cour suprême du Canada a eu à examiner l'allégation selon laquelle les procès militaires pour actes criminels constituent non seulement une violation du principe de l'égalité devant la loi, mais en outre un déni du droit de tout individu à être jugé par un tribunal indépendant et impartial, tel que cela est garanti par la Déclaration canadienne des droits. Dans l'affaire R. c. MacKay, (1980) 33 N.R. 1, un militaire a été poursuivi et condamné par un tribunal militaire pour trafic de stupéfiants. Le juge Ritchie, énonçant l'opinion majoritaire, a statué que la décision d'une cour martiale n'était pas en soi viciée par un déni du droit à un procès juste et impartial. Il affirme:

Il faut, selon moi, faire remarquer que le tribunal qui a jugé l'appelant a été créé par le gouverneur en conseil (par. 154(1)) et que le président, qui a été nommé par le ministre de la Défense nationale, était un officier dont le rang indique qu'il avait nombre d'années de service et dont le poste au bureau du juge-avocat général témoigne de sa connaissance du droit militaire. Un officier comme celui-là, dont les

fonctions sont reliées d'aussi près à l'application du droit issu de la Loi sur la défense nationale et que sa carrière dans l'armée a dû rendre familier avec les exigences de la vie militaire, me paraît, avec égards pour les tenants d'un point de vue différent, être un candidat plus apte à la présidence d'une cour martiale qu'un avocat ou un juge qui a fait carrière dans le droit non militaire. Absolument rien au dossier du procès ne laisse entendre que le président ait agi autrement que d'une façon indépendante et non préjugée ou qu'il ait par ailleurs été inapte à s'acquitter de la tâche qu'on lui avait confiée. (pp. 11-12)

Bien que la décision n'ait pas d'incidence sur le champ d'application de l'article 11 de la Charte, ajoutons que le juge Ritchie a également statué que la création d'une Cour martiale n'allait pas à l'encontre du principe de l'égalité.

Le juge McIntyre, qui partageait l'opinion de la majorité quant à la décision à rendre sur cet appel, a donné des motifs distincts à l'appui de ses conclusions. En ce qui a trait à la question du "tribunal indépendant et impartial", il a formulé d'importantes observations:

Je passe au premier point soulevé par les avocats de l'appelant, savoir, que les dispositions de la Loi sur la défense nationale suivant lesquelles une cour martiale peut juger les membres des forces armées pour une infraction à la Loi sur les stupéfiants, contreviennent à la Déclaration canadienne des droits parce qu'elles privent le militaire de son droit à une audition impartiale par un tribunal indépendant et non préjugé, comme le prévoit l'al.(2f). Eu égard aux tenants de l'opinion contraire, je ne peux conclure qu'un procès en cour martiale conformément à la Loi sur la défense nationale, pour des infractions criminelles qui constituent également des infractions de droit commun, prive l'accusé d'une audition équitable par un tribunal indépendant. Depuis toujours, les officiers des forces armées ont rempli cette fonction judiciaire au Canada, et, selon moi, dans tous les pays civilisés. Il s'agissait d'une exigence d'ordre pratique et, à mon avis, il en est toujours de même. On dit qu'à cause de la nature de ses liens étroits avec la communauté militaire et

de son identification avec elle, l'officier est inapte à remplir cette fonction judiciaire. On ne peut nier qu'un officier est jusqu'à un certain point le représentant de la classe militaire dont il est issu; il ne serait pas humain si ce n'était le cas. Mais le même argument, en toute justice, vaut tout autant à l'égard des personnes nommées à des fonctions judiciaires dans la société civile. Nous sommes tous les produits de nos milieux respectifs et nous devons tous, dans l'exercice de la fonction judiciaire, veiller à ce que cette réalité n'entraîne aucune injustice. Je ne puis dire que les officiers, formés aux méthodes de la vie militaire et soucieux de préserver les normes requises d'efficacité et de discipline - ce qui inclut le bien-être de leurs hommes - sont moins aptes que d'autres à adapter leurs attitudes de façon à remplir l'obligation d'impartialité qui leur incombe dans cette tâche. De plus, il se peut qu'à l'occasion, les problèmes et besoins des forces armées qui sont à certains égards particuliers aux militaires, requièrent les connaissances spéciales d'officiers d'expérience qui, à cet égard, peuvent être plus aptes à remplir un rôle judiciaire dans des tribunaux militaires que leurs collègues civils. Il est admis que, dans les associations professionnelles, on peut accorder sans danger de larges pouvoirs disciplinaires aux membres chevronnés. Les organes de surveillance de la plupart des professions, notamment le droit, la médecine, la comptabilité, le génie civil, sont investis de ce pouvoir. Je ne peux pas dire que l'on ait déjà considéré que les liens étroits de ces organes disciplinaires avec la profession en cause et l'expérience dont jouissent leurs membres au sein de la profession, constituent un facteur d'exclusion pour cause de partialité ou autres causes. Il semble plutôt que l'on ait considéré que le besoin de connaissances spéciales et d'expérience des questions professionnelles justifiait la création de tribunaux disciplinaires au sein de chaque profession. (pp. 19-20)

À propos de la question de fond de savoir si un tribunal militaire est en soi un tribunal indépendant et impartial, sept juges de la Cour suprême se sont prononcés par l'affirmative. Par conséquent, même si l'article 11 s'appliquait aux cours martiales constituées en vertu de la Loi sur la défense nationale, celles-ci seraient cependant toujours conformes aux normes d'impartialité et d'indépendance. Il n'est pas étonnant qu'on ait conclu que l'article 11 de la Charte s'applique aux tribunaux militaires lors de procès pénaux, étant donné qu'il s'agit ici d'un véritable procès et non plus simplement d'une question de discipline interne. Lorsque les procédures se rapportent uniquement à des questions de disciplines, il n'est pas nécessaire de respecter les droits individuels comme dans un procès en bonne et due forme, et ce pour les mêmes raisons que dans le cas des procédures de ce genre sous le régime de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada.

Un jugement de la Cour suprême des États-Unis, Middendorf v. Henry, (1976) 425 U.S. 25, abonde dans ce sens. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis devait décider si le droit de l'accusé à être, aux termes du sixième amendement, assisté par son avocat dans toute poursuite pénale pouvait être invoqué par un militaire poursuivi en cour martiale pour s'être absenté sans autorisation. Bien qu'une telle infraction pût être punie par un mois d'emprisonnement avec travaux forcés, le tribunal estima que le militaire n'avait pas droit à être assisté par un avocat au cours de la procédure. La vie militaire fut considérée comme assujettie à un système de discipline et de devoir rendant tout à fait inapproprié de reconnaître à l'accusé le droit de se faire assister par un avocat devant une cour martiale. Et comme l'a expliqué la cour:

(traduction) En somme, la présence d'un avocat transformera une audience sommaire pouvant être rapidement convoquée et terminée, en une procédure qui épuise les ressources militaires à un point que le Congrès aura sans doute justement estimé dépasser ce qu'exige l'importance de la cause. Une procédure aussi longue est un véritable fardeau pour les forces armées, car presque tous

les participants, y compris le défendeur et son avocat, sont des militaires qui pourraient utiliser leur temps à meilleur escient qu'en disputes prolongées à propos de la discipline. (pp. 45-46)

PÉNITENCIERS FÉDÉRAUX - INFRACTIONS DISCIPLINAIRES

Certains craignent également que les procédures utilisées dans les pénitenciers fédéraux, lorsqu'il s'agit des infractions disciplinaires des prisonniers et des sanctions qui leur sont imposées, soient compromises par l'article 11 de la Charte. La Cour suprême a déjà examiné ces procédures à la lumière des principes généraux du droit administratif. Même si cet examen ne s'est pas fait au niveau du droit constitutionnel, l'attitude de la Cour suprême révèle cependant une tendance à envisager la procédure disciplinaire sous un autre angle que les décisions judiciaires. Le juge Pigeon (dans Martineau c. Matsqui (n° 2) (1979) 50 C.C.C. (2d) 353) a adopté le raisonnement du juge Lord Denning dans l'affaire Fraser v. Mudge et al., (1975) All E.R. 78, à la p. 79):

(traduction) Nous savons tous que lorsqu'un homme est amené devant son chef pour une violation des règles de discipline, que ce soit dans les forces armées ou sur un navire en mer, la pratique n'a jamais été d'accorder la représentation par avocat. Il est de première importance que ces affaires soient réglées rapidement. Si l'on permettait la représentation par avocat, des délais considérables s'ensuivraient. C'est aussi le cas des infractions aux règles de discipline carcérale. L'instruction doit avoir lieu rapidement. Ceux qui procèdent à l'instruction doivent, bien sûr, agir équitablement. Ils doivent informer l'homme de l'accusation et lui donner une possibilité raisonnable de faire valoir sa défense. Mais cela peut se faire et se fait sans que l'affaire soit retardée par la représentation par avocat. Je ne suis pas d'avis que nous devrions modifier la pratique existante. (p. 359)

Dans l'affaire Matsqui, le prisonnier soutenait qu'il n'avait pas été représenté par un avocat, et même qu'il n'était pas présent à l'audience lorsque les témoignages concernant des infractions disciplinaires très

graves avaient été entendus par le Conseil disciplinaire des prisonniers. Bien que la Cour suprême ait admis qu'il n'était pas interdit dans tous les cas à un prisonnier d'avoir recours à un bref de certiorari pour annuler un ordre d'un Conseil disciplinaire, elle a néanmoins conclu que les procédures de ces conseils étaient nettement différentes des procédures d'un tribunal exerçant des pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires et, par conséquent, qu'elles n'étaient pas assujetties aux règles traditionnelles de la justice civile. Les tribunaux disciplinaires ne sont tenus que de respecter la doctrine de l'"équité" énoncée par la Cour dans l'affaire Nicholson et Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 R.C.S. 311. Cette doctrine n'exige pas la protection procédurale de la justice civile traditionnelle. Elle exige simplement que le prisonnier soumis à des procédures disciplinaires soit informé de l'accusation qui est portée contre lui et qu'il lui soit permis d'y répondre. Le fait qu'il s'agissait de procédures disciplinaires internes n'exemptait pas ces procédures de tout contrôle judiciaire, même si les normes que le Conseil disciplinaire devait respecter étaient moins strictes que lors d'une procédure quasi-judiciaire. Il est intéressant de noter que le juge Dickson se soit déclaré d'accord avec l'attitude de la Cour suprême des États-Unis:

La Cour suprême des États-Unis, dans Wolff v. McDonnell [(1978) 418 U.S. 539], devait décider ce qu'exigeait "l'application régulière de la loi" garantie par le Quatorzième Amendement de la Constitution américaine, dans le milieu carcéral. La Cour, s'exprimant par l'intermédiaire du juge White, a statué que lorsqu'un détenu était menacé de perdre une réduction de peine ou d'être placé en isolement, il avait le droit de recevoir un avis écrit de l'accusation de fait, ainsi que le droit de citer des témoins et de produire une preuve documentaire lorsque cela ne risquait pas de mettre indûment en péril la sécurité de l'institution ou les objectifs correctionnels. Cependant, il n'y avait aucun droit constitutionnel de confronter ou de contre-interroger les témoins ni d'être représenté par un avocat. (p. 377)

L'application de la doctrine de l'"équité" au Conseil disciplinaire d'un pénitencier fut considérée comme donnant la souplesse nécessaire au fonctionnement efficace de cette institution.

Si la Cour suprême continue de statuer que seule la doctrine de l'"équité" s'applique aux conseils disciplinaires, on peut conclure que l'article 11d) de la Charte ne s'appliquera pas aux procédures devant ces conseils. Il ressort nettement de l'article 11d) que tous les tribunaux visés par cet article doivent respecter les normes minimales de la justice civile. Dans l'affaire Matsqui (n° 2), ces normes ont été jugées trop exigeantes pour s'appliquer au conseil disciplinaire d'un pénitencier. Les raisons d'appliquer uniquement la doctrine de l'"équité" à ces conseils n'ont rien perdu de leur pertinence. Par conséquent, il semble improbable que la Cour suprême change d'avis à ce sujet, compte tenu tout particulièrement de ce que le champ d'application de l'article 11d) n'a pas été clairement défini par le législateur.

CONCLUSION

L'examen des affaires mentionnées dans le présent mémoire démontre que les tribunaux seront probablement enclins à accepter que toute une gamme de procédures administratives ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 11 de la Charte des droits. Les cours ont estimé que les tribunaux établis en vertu de la Loi sur la défense nationale et de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada et dont la compétence est uniquement disciplinaire ne sont pas tenus au respect des mêmes garanties juridiques que les tribunaux judiciaires. Selon la jurisprudence actuelle, la G.R.C. et les Forces armées ont de bonnes raisons de vouloir préserver un système disciplinaire efficace et rapide. Évidemment, dans le cas des Forces armées, il est probable que la cour martiale soit tenue de respecter les droits individuels garantis par l'article 11. Il est certain que les principes énoncés au début du présent mémoire s'appliquent à une cour martiale: l'article 11 s'applique uniquement aux procès portant sur des infractions

punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, que ce soit sous le régime de la loi provinciale ou sous celui de la loi fédérale, et, à plus forte raison, aux infractions criminelles plus graves prévues par la loi fédérale.

Enfin, l'opinion de la Cour suprême dans Matsqui (n° 2) amène également à conclure que les procédures du conseil disciplinaire d'un pénitencier doivent être soumises à des normes plus souples que celles de la justice civile. Dans la mesure où la doctrine de l'"équité" continuera de s'imposer à ces conseils, ceux-ci ne devraient pas être assujettis aux normes plus exigeantes de l'article 11 de la Charte.

ALINÉA 11a) - DROIT DE CONNAÎTRE AVEC PRÉCISION
L'INFRACTION REPROCHEE

Ce droit n'est pas tiré de la Déclaration des droits. Il provient de l'article 14 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques.

Cet article assure que l'accusé connaît l'accusation portée contre lui, et qu'il ne sera pas soumis au genre d'enquête générale qui était souvent pratiquée par la "Star Chamber".

En fait, le droit d'être accusé d'une infraction précise est bien établi dans le Code criminel. Voir également Cotroni c. La Commission de police du Québec et autres (1977) 38 C.C.C. (2^e) 56 (R.C.S.), où le juge Pigeon dit à la p. 63: *"...une accusation imprécise est un vice radical...La précision est nécessaire pour que l'accusé puisse se défendre efficacement."*

Le droit prévu par la Charte est celui d'être informé "without unreasonable delay" dans la version anglaise. La version française emploie la formule "sans délai anormal." Si un délai anormal est proscrit, il semble bien que la pratique courante habituelle soit acceptable.

Actuellement, l'accusé est généralement informé de l'accusation précise portée contre lui lorsque le mandat d'assignation lui est signifié, s'il est arrêté en vertu d'un mandat, ou au moment de sa première comparution devant le tribunal.

Cependant, il peut être nécessaire d'informer plus tôt l'accusé de l'accusation portée contre lui, par exemple, lorsqu'il est accusé d'une infraction aux lois portant sur les poids et mesures et sur la qualité des aliments, car autrement, il y a un risque qu'il ne puisse pas identifier l'opération visée, puisqu'il s'occupe d'un grand nombre d'opération identiques; tout les jours.

Du point de vue de l'accusé, le problème de l'alinéa 11a) vient du fait que l'obligation de l'informer avec précision de l'accusation qu'on lui reproche commence seulement à partir du moment où il est inculpé; par conséquent, cette obligation ne lui est d'aucune utilité lorsqu'il s'écoule une longue période de temps avant que l'accusation ne soit portée, même s'il est alors promptement informé des détails.

Dans R. v. Acme Produce (1969) Co. Ltd.; et dans R. v. Muttner (1972) 8 C.C.C. (2^e) 14 (C.A. du Man.), le défendeur a été accusé d'avoir vendu des volailles en faussant le poids environ cinq mois après l'infraction; il s'est déclaré incapable de reconnaître l'opération incriminée, et a prétendu qu'il avait été privé de son droit à une audition impartiale (alinéa 2e) de la Déclaration des droits). Sa prétention a été rejetée, et l'alinéa 11a) de la Charte ne lui serait d'aucune utilité.

Après que l'accusation est portée, s'il s'écoule un délai anormal avant que l'accusé ne soit informé avec précision de l'accusation portée contre lui, et si, à ce moment, l'accusé est incapable d'identifier l'opération qu'on lui reproche et si la seule raison de cette incapacité est que l'opération reprochée fait partie d'une série d'opérations illégales semblables pratiquées par l'accusé, la Couronne peut faire obstacle à l'application de l'alinéa 11a) en se fondant sur le principe ex turpi causa (nul ne peut alléguer sa propre turpitude).

ALINÉA 11 b) - DROIT D'ÊTRE JUGÉ DANS UN DÉLAI RAISONNABLE

INDEX

	<u>Page</u>
A. ANALYSE DE L'ARTICLE	2
B. Article 459 du <u>Code criminel</u> - EXAMEN DE LA DÉTENTION QUAND LE PROCÈS EST RETARDÉ	11
C. Articles 732.1 et 508 du <u>Code criminel</u> - ARRÊT DES PROCÉDURES	15
D. MODIFICATIONS AU <u>CODE CRIMINEL</u> DESTINÉES À ACCÉLÉRER LES PROCÈS	17
E. RÉTROACTIVITÉ DE L'ALINÉA 11 b) DE LA CHARTE DES DROITS	17
F. CONCLUSION	19
G. PROBLÈMES ET RECOMMANDATIONS	20
H. DÉCISIONS RENDUES EN VERTU DE LA LÉGISLATION DE L'ÉTAT DE N.Y. DESTINÉE À ACCÉLÉRER LES PROCÈS	22

A: Comité spécial sur l'application de la Charte et de la
Constitution canadienne de 1981

DE: W.H. Corbett
Procureur général
Section des poursuites criminelles.

SUJET: Alinéa 11 b) de la Charte des droits

L'alinéa 11 b) de la Charte dispose que:

"11. Tout inculpé a le droit...

b) d'être jugé dans un délai raisonnable."

Pour l'essentiel, l'alinéa 11 b) de la Charte crée un droit nouveau qui n'existe ni dans la Déclaration des droits, ni dans d'autres lois. Les paragraphes 52(1) et 32(1) de la Charte indiquent clairement que ce droit, ainsi que les autres droits créés par la Charte, l'emporte sur toute loi provinciale ou fédérale incompatible. L'article 24 de la Charte prévoit que, dans le cas d'une violation de ce droit, un tribunal compétent peut accorder la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Grâce à cette possibilité d'obtenir une réparation efficace, qui pourrait prendre la forme d'un arrêt des procédures en raison d'un retard déraisonnable, ce droit aura des conséquences importantes sur le déroulement des procédures.

En vertu de l'art. 33 de la Charte, le Parlement ou une législature provinciale peut adopter une loi qui aura effet "indépendamment" de l'alinéa 11 b) de la Charte et fixer

ainsi des normes différentes en matière de délais dans le processus judiciaire, en vertu d'une loi qui écarte clairement l'application de la Charte.

Dès l'entrée en vigueur de la Charte, les procureurs de la défense n'hésiteront pas à invoquer ce droit ainsi que les autres articles prévoyant des garanties juridiques, particulièrement, dans les cas où il n'existe pas de défense à l'accusation. Le but visé serait alors de faire écarter des éléments de preuve incriminants ou d'obtenir le rejet de l'accusation pour retard déraisonnable.

A. ANALYSE DE L'ARTICLE

L'interprétation de cet article dépend de l'interprétation que recevront deux expressions.

"Inculpé".

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable existe lorsqu'une personne est "inculpée".

Aux fins de la présente analyse, j'ai pris pour acquis que l'expression "inculpé" utilisée dans cet article englobait toutes les personnes accusées d'une infraction au Code criminel, d'une infraction sommaire ou d'un acte criminel prévu par des lois fédérales ou provinciales. Il convient cependant de remarquer que ce terme a une acception plus large que l'expression personne "accusée d'une infraction criminelle" utilisée dans la Déclaration des droits et peut donc viser des infractions autres que celles de nature criminelle ou quasi-criminelle que prévoient les lois fédérales ou provinciales.

*Rourke c. La Reine (1977) 35 C.C.C. (2d) 129 (C.S.C.) M. le Juge Pigeon à la p. 145.

Les tribunaux canadiens n'ont pas eu à interpréter cette expression. Cependant, les mots "inculpation" ou "inculpé" utilisés en droit pénal ont reçu de nombreuses définitions

en droit anglais et américain. D'après ces droits, cette expression a deux sens: une personne est inculpée lorsqu'une dénonciation a été déposée contre elle ou bien lorsqu'elle comparait devant le tribunal et qu'on lui fait lecture de l'accusation:

(i) DÉFINITIONS JURIDIQUES DE CERTAINS TERMES ET EXPRESSIONS (R.U.)

p. 237 (Traduction) "J'estime qu'il faut donner au terme "inculpé" (dans le Metropolitan Police Court Act 1839, art. 29 (abrogé; voir maintenant la Police (Property) Act 1897, art. 1(1)) son sens juridique habituel, c'est-à-dire, l'acte solennel qui consiste à faire comparaître devant un tribunal un inculpé et à lui faire lecture de l'accusation portée contre lui, pour qu'il soit en mesure de préparer sa défense."

R. c. D'Eyncourt (1888), 21 Q.B.D. 109, D.C., par le Juge Field, à la p. 119.

p. 238 (Traduction) "En un sens, un détenu est inculpé au moment où un policier l'arrête sans mandat parce qu'il est soupçonné d'avoir commis un acte criminel (felony) et le policier a l'obligation d'informer la personne qu'il arrête des motifs de son arrestation. Il se peut que le policier prenne d'autres mesures une fois rendu au poste de police mais ceci ne veut pas dire que ces mesures préliminaires font de la personne arrêtée un inculpé au vrai sens du terme. D'après moi, l'inculpation s'effectue par le dépôt

d'une dénonciation qui constitue le point de départ des procédures. Je ne suis pas convaincu que l'on puisse dire qu'une personne est inculpée (au sens de l'art. 17 de la Indictable Offence Act 1848)... tant qu'une dénonciation n'a pas été déposée."

R. c. Norfolk Quarter Sessions, ex p. Brunson (1953) 1 All E.R. 346, par le Juge Pearson à la p. 349; rapporté également à (1953) 1 Q.B. 503, au pp. 510 et 511.

(ii) TERMES ET EXPRESSIONS (É.U.)

Pour qu'une personne soit "inculpée d'une infraction", il ne suffit pas que l'opinion ou la rumeur publique le soupçonne ou l'accuse d'avoir commis une infraction. Cela implique que l'infraction a été imputée conformément à la loi.

"Inculpation" désigne l'imputation par une personne compétente et dans les formes légales, d'un acte ou d'une omission à l'inculpé.

(iii) Voir également:

Il y a "inculpation" criminelle lorsque l'inculpé répond d'une accusation portée contre lui devant un tribunal compétent, même si sa comparution n'est pas effectuée dans les formes prévues.

R. c. Hughes, 4 Q.B.D., 614;

R. c. Maltby, 7 Q.B.D., 18;

R. c. Rider, (1954) 1 W.C.R. 463

(iv) On retrouve les expressions "inculpé" et "accusation" dans certains articles du Code criminel concernant la dénonciation ou l'acte d'accusation:

art. 518 Aucun chef d'accusation imputant une infraction autre que le meurtre ne peut être joint dans un acte d'accusation à un chef d'accusation de meurtre.

art. 522 (1) N'importe quel nombre de personnes peuvent être inculpées dans un même acte d'accusation, d'une infraction visée par l'article 312...

art. 724 (1) Dans les procédures auxquelles la présente Partie s'applique, la dénonciation

b) peut imputer plus d'une infraction ou viser plus d'un sujet de plainte, mais lorsque plus d'une infraction est imputée... chaque infraction... doit être énoncée sous un chef distinct.

Au Canada, toutes les infractions fédérales et provinciales de nature criminelle ou quasi-criminelle font l'objet de poursuites soit par voie de procédure sommaire soit par voie de mise en accusation, en vertu de l'art. 27 de la Loi sur l'interprétation ou du Code criminel ou d'une loi provinciale sur les infractions sommaires ou de la loi qui crée l'infraction. Les poursuites, sauf en matière d'outrage au tribunal, commencent toujours par le dépôt d'une dénonciation, suivi de la comparution de l'inculpé. Dans la plupart des cas, une personne est "inculpée" dans une affaire criminelle, quasi-criminelle ou réglementaire, à partir du moment où une dénonciation est déposée devant un

juge de paix. C'est à partir de ce moment qu'existe le droit d'être jugé dans un délai raisonnable en vertu de la Charte.

"Dans un délai raisonnable"

Cette expression n'a pas reçu d'interprétation juridique au Canada. Cependant d'autres expressions, comme "aussitôt que possible", "immédiatement", "sur-le-champ" et "délai déraisonnable" ont été interprétées et dans certains cas distinguées les unes des autres, en rapport avec cette expression:

- (i) - sur-le-champ - lorsque le mot "sur-le-champ" figure dans une loi, il a été décidé la plupart du temps qu'il voulait dire dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances de l'affaire et de la nature du sujet. Loi sur le contrôle des changes étrangers

R. c. Cuthbertson (1949) 4 D.L.R. 369
(C. Ech.)

- En vertu du Controverted Elections Act, C.S.N.B. 1903, ch. 4, art. 6, le shérif doit, dès qu'il reçoit une demande d'élection, la publier "sur-le-champ", c'est-à-dire dans un délai raisonnable compte tenu de la nature du sujet et des circonstances.

Owens c. Upham (1909) 39 N.B.R. 198 (C.A.)

- Le mandat de renvoi prévu au Code criminel exige des agents de la paix à qui il s'adresse de conduire le prisonnier "sur-le-champ" ("forthwith" dans la version anglaise) à la prison mentionnée dans le

mandat. Dans ce contexte, "sur-le-champ" veut dire aussitôt que possible étant donné les circonstances.

Voir la décision John Lewis et Co. Ltd. c. Tims (1952) A.C. 676, dans laquelle on a examiné l'expression "sur-le-champ" en rapport avec l'expression "dans un délai raisonnable". Il ne faudrait pas penser qu'un prisonnier doit toujours être conduit en prison immédiatement. Il est possible d'envisager des circonstances dans lesquelles un délai pourrait se justifier, comme par exemple lorsqu'on a besoin de l'inculpé pour trouver un enfant disparu ou pour rechercher une bombe dissimulée. On pourrait imaginer d'autres exemples du même genre et il est fort possible que des circonstances moins urgentes pourraient également justifier un délai raisonnable. La pratique qui consiste à détenir un prisonnier dans des cellules communiquant avec les salles d'audience jusqu'à ce que le cas des autres prisonniers ait été réglé, n'est pas contraire aux dispositions du Code criminel.

- Cependant, dans la présente affaire, le voir dire n'a fait apparaître aucune circonstance qui aurait pu expliquer le retard, sauf l'explication du sergent détective Lavergne suivant laquelle il ne savait pas que le mandat de renvoi exigeait que le prisonnier soit conduit sur-le-champ à la prison provinciale.

R. c. Precourt (1976), 18 O.R. (2d) 714
(C.A.)

- John Lewis & Co. c. Tims (1952) A.C. 676
(H.C.)

Une femme qui avait été arrêtée pour vol à l'étalage, a poursuivi les employés du magasin pour la raison qu'après son arrestation, elle n'avait pas été conduite devant un magistrat aussitôt qu'ils auraient pu raisonnablement le faire comme l'exige la loi. Il a été décidé qu'il fallait examiner les circonstances de chaque affaire et que la personne devait être conduite devant un magistrat dans un délai aussi court que possible mais pas nécessairement immédiatement. Lord Porter a déclaré à la p. 691: "Voici la question qu'il faut se poser: la personne qui a procédé à l'arrestation a-t-elle amené la personne arrêtée devant une personne compétente aussi rapidement qu'il est vraisemblablement possible de le faire? Mais pour décider si cette exigence a été respectée il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire. Le choix d'un itinéraire direct et une progression rapide constituent certainement des éléments dont il faut tenir compte, mais ce ne sont pas les seuls éléments à examiner."

- (ii) Dans l'affaire Ex Parte Cordes (1977) 31 C.C.C. (2d) 279 (C.A. A.) la cour a examiné l'expression "délai excessif" dans le contexte de l'art. 459(3) du Code criminel; M. le Juge Clement a déclaré à la p. 284: "L'audition d'une demande de bref d'habeas corpus vise donc à décider s'il faut mettre fin à une détention légale en raison d'un délai excessif pour faire subir son procès au prévenu, et si c'est le cas, il doit être alors

mis en liberté en attendant son procès. Si la présente demande avait invoqué l'existence d'un délai excessif, j'aurais été contraint de la rejeter, étant donné les circonstances que j'ai relatées.

L'article 459 s'applique également au cas d'une détention légale et a pour but de permettre à un prévenu de faire examiner son cas dans un délai limité, semblable à celui dont il aurait disposé s'il avait présenté une demande en habeas corpus. S'il avait invoqué cet article dans la présente affaire, j'en serais arrivé à la même conclusion. Le paragraphe (3) se lit comme suit:

459(3) Lors de l'audition visée au paragraphe (1), le juge peut, pour décider si le prévenu devrait être mis en liberté ou non, prendre en considération le fait que le poursuivant ou le prévenu a été responsable ou non de tout délai excessif dans le procès pour l'inculpation en question.

Il faut donc tenir compte du délai imputable au prévenu pour décider s'il s'agit d'un délai excessif. Mais même si les preuves établissaient l'existence d'un délai excessif, il n'en résulterait pas nécessairement la mise en liberté du prévenu. Le paragraphe (9) stipule:

459(9) lorsqu'un prévenu se trouve devant un juge en vertu du présent article, soit en raison d'une demande en vertu du paragraphe (1), soit autrement, le juge peut donner les instructions qu'il estime nécessaires pour hâter le procès du prévenu.

J'en conclurais que si un juge dans l'exercice de ce pouvoir est en mesure de mettre fin à ce délai excessif dans un intervalle acceptable, il aura

raison de refuser de mettre le prévenu en liberté. De plus, à l'occasion d'une telle demande, le juge ne doit pas se limiter uniquement à la situation du prévenu mais doit également tenir compte de l'intérêt public.
Le paragraphe (4) énonce:

459(4) Si, à la suite de l'audition visée au paragraphe (1), le juge n'est pas convaincu que la continuation de la détention du prévenu sous garde soit justifiée au sens du paragraphe 457(7), (qui contient deux séries de motifs pouvant justifier la détention), il doit ordonner que le prévenu soit mis en liberté en attendant le procès suivant l'inculpation,

- a) pourvu qu'il remette une promesse...
- b) pourvu qu'il contracte un engagement..."

D'après ces références, le droit prévu à l'article 11 b) de la Charte existe à partir du dépôt de la dénonciation. La demande peut être décidée à l'occasion d'un voir dire par le juge du procès à qui elle s'adresse. Lorsque l'existence d'un délai est établie, la Couronne doit apporter des preuves pour expliquer le délai. On peut soutenir que, lorsqu'il s'agit de décider s'il y a eu "délai excessif" pour commencer le procès, le tribunal doit tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire: la conduite du prévenu, la gravité de l'inculpation, le cautionnement, les difficultés à faire venir les témoins, la complexité des preuves, pour ensuite décider ce qui est raisonnable dans les circonstances. La Charte ne contient aucune disposition qui pourrait empêcher le tribunal de tenir compte d'un grand nombre d'éléments. Ce qui peut constituer un délai raisonnable dans un cas compliqué de fraude peut n'être pas raisonnable dans un

cas de vol. Ce qui peut être raisonnable pour une personne en liberté sous caution peut ne pas l'être pour une personne en détention. Il est également possible de soutenir que le droit du prévenu à un procès dans un délai raisonnable doit se concilier avec l'intérêt du public à ce que justice soit rendue.

Il convient de remarquer que ce droit s'applique uniquement au procès et non pas à l'enquête préliminaire:

Re Wong et Mar et La Reine
(1973) 14 C.C.C. (2d) 117 (C.S.C.B.),

Patterson c. La Reine
(1971) 2. C.C.C. (2d) 227 (C.S.C.).

Plusieurs articles du Code criminel, actuels et en projet traitent des délais dans le déroulement du procès. D'autres peuvent être affectés par le droit que crée l'art. 11 b) de la Charte.

B. Article 459 du Code criminel - EXAMEN DE LA DÉTENTION QUAND LE PROCÈS EST RETARDÉ

La disposition actuelle du Code qui traite des délais dans le déroulement du procès est l'article 459 du Code criminel:

459(1) Lorsqu'un prévenu qui a été inculpé d'une infraction autre qu'une infraction mentionnée au paragraphe 457.7 et dont la détention sous garde n'est pas requise relativement à une autre affaire, est détenu sous garde en attendant son procès pour cette infraction et que le procès n'est pas commencé,

a) dans le cas d'un acte criminel, dans les quatre-vingt dix jours

(i) à partir du jour où le prévenu a été conduit devant un juge de paix en vertu de l'article 454, ou,

(ii) lorsqu'une ordonnance enjoignant de détenir le prévenu sous garde a été rendue en vertu de l'article 457.6 ou 458, à partir du jour où il a été mis sous garde en vertu des ordonnances, ou,

b) dans le cas d'une infraction pour laquelle le prévenu est poursuivi dans des procédures par voie de déclaration sommaire de culpabilité, dans les trente jours

(i) à partir du jour où le prévenu a été conduit devant un juge de paix en vertu du paragraphe 454(1), ou,

(ii) lorsqu'une ordonnance enjoignant de détenir le prévenu sous garde a été rendue en vertu de l'article 457.6 ou 458, à partir du jour où il a été mis sous garde en vertu de cette ordonnance,

la personne ayant la garde du prévenu doit, dès l'expiration de ces quatre-vingt-dix jours ou trente jours, selon le cas, demander à un juge ayant juridiction à l'endroit où le prévenu est sous garde de fixer une date pour une audition aux fins de déterminer si le prévenu devrait être mis en liberté ou non.

(2) Sur réception d'une demande en vertu du paragraphe (1), le juge doit fixer une date pour l'audition de la question qui y est visée et

ordonner qu'avis de l'audition soit donné à telle personne, y compris le poursuivant et le prévenu, et de telle manière que le juge peut spécifier.

(3) Lors de l'audition visée au paragraphe (1), le juge peut, pour décider si le prévenu devrait être mis en liberté ou non, prendre en considération le fait que le poursuivant ou le prévenu a été responsable ou non de tout délai excessif dans le procès sur l'inculpation.

(4) Si, à la suite de l'audition visée au paragraphe (1), le juge n'est pas convaincu que la continuation de la détention du prévenu sous garde est justifiée au sens du paragraphe 457(7) (qui contient deux séries de motifs pouvant justifier la détention) il doit ordonner que le prévenu soit mis en liberté en attendant le procès suivant l'inculpation,

- a) pourvu qu'il remette une promesse dont les conditions sont fixées par le juge, ou
- b) pourvu qu'il contracte devant le juge, avec ou sans caution, un engagement dont le montant et les conditions, s'il en est, sont fixés par le juge, mais sans dépôt d'argent ni d'autre valeur.

(9) Lorsqu'un prévenu se trouve devant un juge en vertu du présent article, soit en raison d'une demande en vertu du paragraphe (1), soit autrement, le juge peut donner les instructions qu'il estime nécessaires pour hâter le procès du prévenu. S.R.C. 1970, ch. 2 (2^e Supp.), art. 5.

Étant donné que cet article s'applique uniquement aux affaires dans lesquelles un tribunal a émis une ordonnance de détention, son utilité comme moyen de hâter le déroulement du procès est fort limitée (R. c.

Chisholm, (1975) 18 C.C.C. (2d) 509 (C.Cté.)). Le tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner un arrêt des procédures ni celui d'entendre une demande d'annulation de l'acte d'accusation. Il ne peut que fixer une date pour le procès (Ex p. Gooden, (1975) 27 C.C.C. (2d) 161 (H.C. Ont.)). Les mesures prévues sont la fixation d'une date rapprochée du procès ou la remise en liberté. Cet article ne s'applique pas aux infractions mentionnées à l'art. 457.7 (trahison, sabotage, mutinerie, intimider le Parlement, infractions concernant les aéronefs, meurtre et complot pour commettre ces infractions, pour lesquelles une cour supérieure peut accorder un cautionnement). Le délai court dès la première comparution ou depuis la date du début de la détention sous garde.

Le Code ne contient aucune disposition générale qui permet aux parties d'imposer à l'autre la tenue du procès. Dans le cadre de leur pouvoir inhérent de contrôler leurs propres procédures, les tribunaux entendent souvent des demandes présentées en vue d'accélérer la tenue du procès ou de l'enquête préliminaire. Cependant, les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'arrêter les procédures ou de rejeter l'accusation dans le cas d'un délai excessif dans la tenue du procès ou d'une enquête préliminaire qui constituerait un abus de procédure.

Rourke c. la Reine

(1977), 35 C.C.C. (2d) 129 (C.S.C.).

Lorsque la Charte sera adoptée, il sera possible d'exercer les recours que prévoit l'alinéa 11 b), soit seuls, soit joints à d'autres recours. (art. 26 de la Charte).

Dans les affaires où le prévenu est détenu sous garde, l'alinéa 11 b) pourra être utilisé là où l'art. 459 ne peut l'être, pour les infractions mentionnées au paragraphe 457.7. La réparation demandée, dans le cas d'un délai excessif, peut s'ajouter aux autres

réparations déjà mentionnées, comme la mise en liberté en attendant le procès pour une infraction énumérée au paragraphe 457.7.

Une demande présentée en vertu de l'art. 459 peut invoquer l'alinéa 11 b) de la Charte. En conjuguant ces deux dispositions, le requérant peut prétendre que le délai raisonnable pour le procès des personnes détenues est fixé par le paragraphe 459(1) a) et b), pour les actes criminels et pour les infractions sommaires, comme étant de 90 et de 30 jours respectivement. Lorsque ces délais n'ont pas été respectés, le requérant peut demander non seulement sa mise en liberté ou la fixation d'une date rapprochée du procès mais également, en utilisant les articles 11 b) et 24 de la Charte, le rejet des accusations ou l'arrêt des procédures.

La Couronne pourra demander la division de cette demande, en s'appuyant sur l'affaire Ex p. Gooden (supra), d'après laquelle l'art. 459 ne peut être utilisé pour attaquer la dénonciation et vise uniquement la question du cautionnement. Par contre, une demande présentée en vertu de la Charte permettrait un examen beaucoup plus large des motifs du délai.

C. Articles 732.1 et 508 du Code criminel - ARRÊT DES PROCÉDURES

Deux articles du Code criminel déterminent le droit en matière d'arrêt des procédures:

Art. 732.1(1) Le procureur général ou l'avocat à qui il a donné des instructions à cette fin, peut, à tout moment après que des procédures ont été engagées et avant jugement, ordonner au greffier de la cour de mentionner au dossier que les procédures sont arrêtées par son ordre et, dès que cette mention a été faite, les procédures sont suspendues en conséquence et tout engagement relatif à ces procédures est annulé.

(2) Le procureur général ou un avocat à qui il a donné des instructions à cette fin peut reprendre des procédures arrêtées conformément au paragraphe (1) sans qu'une nouvelle dénonciation soit formulée, en donnant avis de la reprise au greffier de la cour où l'arrêt des procédures a été mentionné, mais lorsqu'un tel avis n'est pas donné dans l'année qui suit l'inscription de cette mention ou avant l'expiration du délai dans lequel les procédures auraient pu être engagées, si ce délai expire le premier, les procédures sont réputées n'avoir jamais été entamées.

Art. 508(1) Le procureur général, ou l'avocat à qui il a donné des instructions à cette fin, peut, à tout moment après qu'une mise en accusation a été faite et avant jugement, ordonner au greffier de la cour de mentionner au dossier que les procédures sont arrêtées par son ordre et, dès que cette mention a été faite, toutes procédures sur l'acte d'accusation sont suspendues en conséquence et tout engagement relatif à ces procédures est annulé.

Le poursuivant a le pouvoir d'arrêter les procédures dans le cas d'actes criminels et d'infractions sommaires sans avoir à obtenir l'autorisation du tribunal. R. c. Osborne (1975) 25 C.C.C. (2d) 405 (C.A.N.B.). D'après le Code, les mêmes "procédures" peuvent être recommencées dans l'année qui suit, sans qu'il y ait dépôt d'une nouvelle dénonciation. En pratique, la première dénonciation est produite devant le tribunal qui émet une nouvelle sommation.

Puisque le droit d'être jugé dans un délai raisonnable commence à partir du dépôt de la dénonciation, on pourrait soutenir que le délai causé par l'arrêt des procédures, recommencées conformément à la même dénonciation est déraisonnable étant donné les circonstances. Puisque le poursuivant n'a pas à donner

de raisons au tribunal pour demander l'arrêt des procédures, et qu'il peut refuser d'en donner, une telle demande pourrait être acceptée. Lorsqu'il y a eu un arrêt des procédures, il peut s'écouler plus d'un an avant que la partie poursuivante n'en soit au stade de l'enquête préliminaire ou du procès. Je pense qu'on pourrait attaquer, avec de bonnes chances de succès, la reprise de procédures arrêtées en utilisant l'alinéa 11 b) de la Charte, avec comme conséquence possible le rejet de l'accusation.

Par ailleurs, la partie poursuivante pourrait retirer l'accusation plutôt que demander l'arrêt des procédures. Dans le cas des actes criminels, il serait possible de déposer une nouvelle dénonciation par la suite, puisqu'il n'y a pas de délai de prescription pour les infractions de ce genre. Cependant, dans le cas des infractions sommaires, la dénonciation doit normalement être déposée dans les six mois et il faudrait donc déposer une dénonciation à l'intérieur de ce délai. De toute façon, il se peut fort bien que l'arrêt des procédures dans le cas des infractions sommaires prévues au paragraphe 732.1 ne survive pas à l'adoption du Projet de loi polyvalente.

D. MODIFICATIONS AU CODE CRIMINEL DESTINÉES À ACCÉLÉRER LE PROCÈS

Les modifications proposées au Code criminel prévoient des délais préfixés dans lesquels l'enquête préliminaire et le procès doivent être tenus - les accusations devant être rejetées si les procédures ne sont pas commencées en temps utile. Ces délais pourront être utilisés par les tribunaux pour déterminer ce qui constitue un délai "raisonnable" au sens de l'alinéa 11 b) de la Charte.

E. LA RÉTROACTIVITÉ DE L'ALINÉA 11 b) DE LA CHARTE DES DROITS*

Lorsque la Charte sera en vigueur, un prévenu qui a été inculpé il y a plus d'un an et qui n'a pas encore reçu son procès, pourra-t-il présenter une demande en vertu des art. 11 b) et 24 de la Charte pour obtenir le rejet des accusations ou l'arrêt des procédures en raison de la violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable?

Comme nous l'avons mentionné, l'alinéa 11 b) crée un droit nouveau qui n'existait pas auparavant. Comme Richard Goreham l'a remarqué dans son article, la question de la rétroactivité dépend au Canada de la portée de la loi nouvelle. Si elle affecte des droits substantifs, elle n'a pas d'effet rétroactif; si elle affecte des droits procéduraux, elle a un effet rétroactif.

On peut voir dans le droit prévu à l'alinéa 11 b), un nouveau droit de voir certaines procédures, en particulier un procès, commencer dans un délai raisonnable après le dépôt de la dénonciation. Dans le cas d'un délai excessif, on pourrait demander à titre de réparation en vertu de l'art. 24, non pas le rejet de certaines preuves mais plutôt une ordonnance fixant la date du procès, le retrait de l'accusation ou l'arrêt des procédures. Le rejet de certaines preuves n'étant pas une réparation que l'on peut demander dans le cadre d'une demande de ce genre, il n'est pas possible de relier ce droit à des questions de procédure en utilisant l'art. 24. La violation de ce droit n'affecte ni l'admissibilité ni l'exclusion de certaines preuves.

* Voir Issue of Retroactivity de R. Goreham

On peut soutenir qu'il s'agit d'un droit substantif en s'appuyant sur les termes utilisés dans la Charte. Il fait partie des garanties juridiques et l'art. 11 précise qu'il s'agit d'un droit. Puisque ce droit n'existait pas auparavant, il ne peut être question de modification. Il n'a pas pour effet de modifier une procédure faisant partie du processus du droit pénal. Il serait donc difficile de soutenir que cet article traite d'une pure question de procédure.

Si l'on utilise le critère élaboré par les tribunaux américains et dont l'article de Richard Goreham fait mention, (Johnson v. New Jersey, (1966) 384 U.S. 719), on peut prétendre que le droit prévu à l'alinéa 11 b) n'affecte pas la qualité du processus de découverte des faits ni la découverte de la vérité. Il n'améliore pas la qualité des normes en matière de preuve. Il vise davantage à protéger la dignité et l'intégrité de la personne et ne devrait donc pas avoir un effet rétroactif. Il ne devrait donc pas s'appliquer aux affaires dans lesquelles la dénonciation a été déposée avant que la Charte n'entre en vigueur.

F. CONCLUSION

1. L'alinéa 11 b) de la Charte crée un droit nouveau, celui d'être jugé dans un délai raisonnable. Son importance découle de l'art. 24 qui prévoit des réparations largement définies dans les cas de violation ou de négation des droits de la Charte. Ces réparations pourraient prendre la forme d'un rejet définitif des accusations, si le cas s'y prêtait, ou d'un arrêt des procédures. La décision dans l'affaire R. c. Rourke (supra) d'après laquelle les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'arrêter les procédures en raison d'un retard, ne fait donc plus autorité.

2. L'alinéa 11 b) de la Charte n'est pas incompatible avec l'art. 459 du Code criminel. Au contraire, ils peuvent être utilisés ensemble pour élaborer un raisonnement qui permettrait d'obtenir le rejet des accusations lorsqu'une personne en détention n'a pas subi son procès dans les délais fixés.
3. L'alinéa 11 b) de la Charte permettra d'attaquer la reprise de procédures arrêtées en vertu des paragraphes 732.1(2) et 508(2) du Code criminel, dans le cas d'un délai déraisonnable inexplicable et d'obtenir le rejet des accusations.
4. Une demande en vertu de l'alinéa 11 b) peut être présentée à l'occasion d'un voir dire, devant le juge de première instance, et demander que la Couronne apporte des preuves et démontre le caractère raisonnable du délai.
5. Il se peut que la Couronne ne puisse en appeler de la décision d'arrêter les procédures, puisque cette décision du tribunal porte sur une question de fait et implique, semble-t-il, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui lui appartient.

Les cours d'appel hésitent à substituer leur opinion sur ce qui est raisonnable à ce qu'a décidé le juge de première instance, lorsqu'il existe des éléments de preuve qui justifient sa décision. Il se peut fort que la Couronne ne puisse attaquer la décision d'un juge qui a entendu toutes les preuves concernant le caractère raisonnable du délai et examiné toutes les circonstances.

G. PROBLÈMES ET RECOMMANDATIONS

L'ALINÉA 11 b) DE LA CHARTE DES DROITS

1. Le fardeau de la preuve, quel qu'il soit, doit reposer sur le requérant. On peut soutenir qu'il faut faire connaître au tribunal toutes les circonstances entourant le délai. Des preuves peuvent être apportées lors de l'audition de cette demande. Les procureurs de la Couronne devront tenir compte de ce genre de demande, lorsqu'ils conseillent les agents de police et préparent leurs dossiers. Il faudrait informer les policiers de la nécessité de prendre en note les raisons des délais. Ils devraient également informer la Couronne, aussitôt que possible, des délais qu'ils prévoient, pour que la Couronne ne soit pas surprise. Le procureur de la Couronne devrait indiquer au dossier, après l'enquête préliminaire, le degré de complexité de l'affaire et la date à laquelle la Couronne devrait être prête à commencer le procès. Il faudrait indiquer dans le dossier, le plus rapidement possible, les difficultés particulières qui peuvent entraîner un délai raisonnable. Il faudra constituer des dossiers contenant les motifs des délais et des remises. La Couronne serait ainsi en mesure de démontrer, grâce à ces dossiers que les délais dont elle ou les forces policières pourraient être responsables sont raisonnables étant donné les circonstances. La Couronne devra faire porter tous ses efforts, au niveau de la preuve et des arguments, sur l'audition de la demande devant le juge de première instance, puisqu'elle risque de ne pas pouvoir la porter en appel.

2. Dans de nombreux cas, la Couronne pourra répondre à une demande fondée sur un délai excessif en indiquant au tribunal qu'elle est prête à procéder à la date que le tribunal pourra fixer. Ceci

permettra au tribunal de répondre à la demande en fixant une date inéluctable, sans avoir à rejeter l'accusation ou à ordonner un arrêt des procédures.

3. On peut prévoir que des délais excessifs peuvent être causés, non par l'incapacité de la défense ou de la Couronne à respecter une date mais par l'incapacité du système judiciaire à fournir un procès dans un délai raisonnable. L'encombrement actuel des rôles dans certains districts judiciaires aura pour effet d'empêcher qu'une nouvelle affaire importante qui exige des semaines d'audition pour l'enquête préliminaire ou pour le procès, donne lieu à un procès dans l'année qui suit le dépôt de la dénonciation. L'incapacité du système judiciaire actuel d'entendre les affaires dans un délai raisonnable constituera une violation des droits garantis par la Constitution. Lorsque les tribunaux ne seront pas en mesure de fixer une date inéluctable, ils auront le pouvoir de rejeter les accusations. Ceci incitera fortement les gouvernements fédéral et provinciaux à améliorer les installations existantes.

4. L'incapacité des laboratoires de la GRC ou d'autres organismes d'analyser rapidement les échantillons de drogue constitue, dans certains cas, une cause de retard dans les affaires fédérales de drogue. Il se peut que la même situation existe dans certains districts lorsqu'il s'agit de faire analyser certaines pièces à conviction dans des poursuites en vertu du Code criminel. D'après mon expérience, ce problème existe dans les territoires où il faut envoyer les pièces à conviction à Edmonton ou à Vancouver. Il se pourrait que ces délais soient qualifiés de excessifs et qu'il en résulte un rejet des accusations.

H. DÉCISIONS RENDUES EN VERTU DE LA LÉGISLATION DE L'ÉTAT DE N.Y. DESTINÉES À ACCÉLÉRER LES PROCÈS

"Lorsqu'une poursuite criminelle a été instituée, le prévenu a le droit d'obtenir rapidement son procès."

- (i) Renonciation au droit d'obtenir rapidement son procès:

Le droit constitutionnel du prévenu d'obtenir rapidement son procès ne peut s'établir en fonction de règles rigides mais uniquement en tenant compte des circonstances et du comportement de la partie poursuivante et du prévenu. Le tribunal devrait tenir compte de divers facteurs comme la durée et les motifs du délai, l'insistance du prévenu à se prévaloir de son droit et le préjudice causé au prévenu. Dans la présente affaire, l'absence de préjudice grave causé au requérant et le fait, qui ressort du dossier, qu'il ne désirait pas obtenir rapidement son procès l'emportent sur les autres considérations et incitent à en conclure que le requérant n'a pas été privé de son droit constitutionnel à obtenir rapidement son procès.

Barker v. Wingo Warden, (1972) 407 É.U. 514.

- (ii) Rétroactivité de la législation destinée à accélérer les procès:

Le prévenu a été inculpé de meurtre et de plus, avant la date d'entrée en vigueur de la loi qui exige que le procès soit tenu dans les six mois. La loi n'est pas appl'cable.

People v. Johnson, (1975) 38 N.Y. 2d 271, 379 N.Y.S. 2d 735, 342 N.E. 2d 525.

- (iii) Éléments à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère raisonnable du délai.

Les facteurs qu'il convient d'examiner, lorsqu'il s'agit d'étudier le bien-fondé d'une prétention suivant laquelle le droit du prévenu à subir rapidement son procès a été violé, comprennent: la durée du délai, les motifs du délai, la nature de l'accusation portée, la durée de la détention en attendant le procès, s'il y a lieu, et l'existence d'éléments qui indiquent que la défense a subi un préjudice en raison du délai.

People v. Imbest, (1976) 38 N.Y. 2d 629, 381 N.Y.S. 2d 862, 345 N.E. 2d.

Rôle des tribunaux encombrés, poursuite prête à procéder, prévenu ayant eu deux procès auparavant, prévenu non détenu et n'ayant subi aucun préjudice en raison du retard. Ces motifs justifient le rejet d'une requête demandant le retrait des accusations pour retard dans la tenue du procès.

People v. Dean, (1977) 56 A.D. 2d 242, 392 N.Y.S. 2d 134.

Le droit à subir rapidement son procès n'a pas été violé lorsque le délai n'est pas déraisonnable, la requête des prévenus demandant le rejet d'accusations antérieures est la cause du délai, les accusations sont graves, il n'y a pas eu de détention avant le procès et rien n'indique qu'un préjudice a été causé aux prévenus.

People v. Vincelli, (1977) 91 Misc. 2d 635, 398 N.Y.S. 2d 395.

(iv) Retard attribuable à la partie poursuivante:

Lorsqu'une personne inculpée d'une infraction est désireuse d'obtenir immédiatement son procès, un délai de la part de la partie poursuivante ne peut être raisonnable, à moins qu'il ne soit nécessaire pour permettre une préparation adéquate du procès et la convocation des témoins.

People v. Harris (1944) 182 Misc 787, 50 NYS2d 745.

(v) Responsabilité pour la tenue rapide d'un procès:

La principale responsabilité d'assurer la rapidité des poursuites incombe au poursuivant. Le défaut de s'acquitter de cette responsabilité, en l'absence d'excuses ou de justifications acceptables, justifie le rejet des accusations.

People v. Staley (1977) 41 N.Y. 2d 789, 396 N.Y.S. 2d 339, 364 N.E. 2d 1111.

Le refus antérieur d'interpréter l'expression "lorsque le demandeur n'est pas prêt à tenir le procès", dans le cadre de la loi destinée à accélérer les procès, comme voulant dire non seulement que le poursuivant doit être prêt à tenir le procès mais également que des salles d'audience doivent être disponibles, ne peut être élargi de manière à relever le poursuivant et les tribunaux de leur devoir de faire tous leurs efforts pour accorder au prévenu son droit constitutionnel à obtenir rapidement son procès.

People v. Faulkner (1975) 81 Misc 2d 764, 366 N.Y.S. 2d 965.

- (vi) Délai dû à l'encombrement du rôle des tribunaux ou au manque de salles d'audience:

Les prévenus ayant été arrêtés pour des actes criminels commis après la mise en vigueur du CPL # 30.30 et n'ayant pas subi leur procès dans un délai de 90 jours, il a été décidé que ces délais étaient raisonnables et excusables compte tenu de l'encombrement du rôle des tribunaux, du nombre des mises en accusation décidées par le grand jury et le fait qu'une date avait été fixée pour le procès des prévenus sur le rôle d'attente.

People v. Henderson (1972) 72 Misc 2d 12, 338
N.Y.S. 2d 522.

Lorsque la poursuite est prête à procéder dans le délai prescrit mais que le procès ne peut être tenu à cause de l'encombrement du rôle des tribunaux ou du manque de salles disponibles, les prévenus ne peuvent voir leur requête accordée.

People ex rel. Franklin v. Warden, Brooklyn House of Detention for Men (1973) 31 N.Y. 2d 498, 341
N.Y.S. 2d 604, 294 N.E. 2d 199.

Des agents immobiliers inculpés d'actes criminels qui n'étaient pas en mesure de fournir un cautionnement, n'ont pas le droit d'être remis en liberté en remettant un engagement en vertu du CPL # 30.30 al. a(2), lorsque la poursuite, bien que prête à procéder, n'était pas en mesure de le faire à cause de l'encombrement du rôle.

People ex rel. Franklin v. Warden, Brooklyn House of Detention for Men (1973) 41 A.D. 2d 531, 339
N.Y.S. 2d 340.

L'insuffisance des salles d'audience n'excuse pas automatiquement la violation du droit à un procès rapide, mais elle constitue une bonne explication d'un tel retard.

People v. Scaccia (1977) 55 A.D. 2d 444, 390 N.Y.S. 2d 743.

Un délai à faire subir son procès à un prévenu causé par des installations ou un personnel insuffisants a moins de conséquences pour la poursuite parce qu'il s'agit d'un motif qui ne dépend pas entièrement de la poursuite.

People v. Scaccia (1977) 55 A.D. 2d 444, 390 N.Y.S. 2d 743.

Rôle des tribunaux encombrés, poursuite prête à procéder, prévenu ayant eu deux procès auparavant, prévenu non détenu et n'ayant subi aucun préjudice en raison du retard. Ces motifs justifient le rejet d'une requête demandant le retrait des accusations pour retard dans la tenue du procès.

People v. Dean (1977) 56 A.D. 2d 242, 392 N.Y.S. 2d 134

(vii) Facteurs à considérer pour le rejet des accusations en raison d'un retard à obtenir un procès:

En plus des exigences du CPL 30.30, il existe également un droit général à obtenir rapidement son procès qui découle du CPL 30.20 et de l'article 12 de la Civil Rights Law et pour déterminer s'il y a eu violation de ce droit, il faut examiner cinq facteurs:

- (1) la durée du délai;
- (2) le motif du délai;

- (3) la nature de l'inculpation;
- (4) l'existence d'une longue période de détention avant le procès, s'il y a lieu;
- (5) l'existence d'éléments qui indiquent que la défense a été gênée en raison du délai.

Par conséquent, lorsque le prévenu n'a pas été détenu en attendant son procès, qu'aucun préjudice n'a été établi et que la poursuite peut justifier le délai par une raison valable, le prévenu n'a pas été privé de son droit à obtenir rapidement son procès.

People v. Dean (1978) 45 N.Y. 2d 651, 412 N.Y.S. 2d 353, 384 N.E. 2d 1277.

ALINEA 11 c) et ARTICLE 13 - INCONTRAIGNABILITE &
AUTO-INCRIMINATION

"Tout inculpé a le droit:

- c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;"

Droit actuel:

Articles 4 et 5 de la Loi sur la preuve au Canada; Article 2 d) de la Déclaration canadienne des droits, et la "common law".

Modifications:

L'article 2 d) de la Déclaration canadienne des droits est considérablement modifié et il n'existe aucun rapport entre le droit de ne pas s'incriminer et la présence d'un avocat pour la personne concernée.

Cette disposition élève au rang de droits constitutionnels fondamentaux divers principes de droit élaborés par la "common law".

Considérations:

A l'exception de diverses lois provinciales sur la preuve qui permettent (ou ont permis) à la Couronne de faire témoigner un accusé, le droit et la pratique des tribunaux n'a pas, jusqu'à présent, comporté l'obligation, pour un accusé, de s'incriminer. Toutefois, le droit écrit et jurisprudentiel pourront peut-être être contestés, à cause de l'obligation imposée à l'accusé de présenter des éléments de preuve.

Alinéa 11 c)

"toute personne"

Le sens de cette expression est nettement plus large que celui de l'expression "citoyens" employée dans les dispositions portant sur les droits démocratiques. Par conséquent, même ceux qui ne sont pas citoyens canadiens peuvent se prévaloir de ces droits. L'importance de cette différence sera étudiée plus loin sous la rubrique "infractions".

La Cour suprême du Canada a statué que "l'âme dirigeante" d'une société pouvait être considérée comme la société elle-même voir R.v. N.M. Paterson and Sons Limited, (1980) 55 C.C.C. (2^e) 289. D'aucuns prétendront certainement qu'une personne ne peut être contrainte de témoigner contre sa propre société relativement aux infractions qui comportent une mens rea. L'arrêt Paterson n'est pas en contradiction directe avec cet argument.

De plus, il est évident que le jugement de l'arrêt R. v. Colgate Palmolive Ltd. (1972) 8 C.C.C. (2^e) 40 n'est pas directement applicable, puisqu'il concerne un "particulier" et non une "personne" dans le contexte précis d'une loi donnée.

En outre, "inculpé" désigne la personne accusée et non un simple témoin.

Alinéa 11c)

"inculpée"

Cette expression doit être mise en rapport avec le reste de la disposition et, plus particulièrement, avec le membre de phrase "dans toute poursuite intentée contre elle pour l'infraction qu'on lui reproche"; par conséquent les complices peuvent être contraints de témoigner l'un contre l'autre, lors de procès distincts portant sur la même infraction.

Pour nous, "inculpée" signifie qu'une dénonciation sous serment a été faite ou qu'une accusation a été portée contre une personne.

En outre, cette expression se rapporte aux infractions en général et devrait donc s'appliquer aux lois provinciales. Il est clair que les lois provinciales qui imposeraient à l'accusé le fardeau de témoigner relativement à ces infractions pourraient être contestées. Il est peut-être davantage possible que le "fardeau de la preuve" sur lequel ont porté des arrêts comme R. c. La Corporation de la ville de Sault Ste-Marie (1978) 40 C.C.C. (2^e) 353 soit contesté, mais nous croyons que ces contestations ont peu de chances de réussir pour les raisons énoncées plus loin.

Une question d'intérêt est de savoir si une "infraction" peut comprendre les mesures disciplinaires appliquées conformément à la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, à la Loi sur la défense nationale et à la Loi sur les pénitenciers. Les critères juridiques qui s'appliquent dans ces cas sont différents.

Une autre question qui se pose est de savoir si une audience en matière d'immigration ou les audiences susceptibles de porter atteinte à des droits comportent des "infractions", lorsque des peines arbitraires ou administratives peuvent être imposées, voir R.c. Cole (1980) 54 C.C.C. (2e) 324. La définition du terme "infraction" est importante dans ce cas, et il sera certainement allégué que l'infraction comprend toute situation où une autorité peut accuser une personne d'avoir enfreint la loi et peut lui imposer une sanction pour son action.

Enfin, nous sommes d'avis que la personne qui interjette appel d'une condamnation n'est pas un "inculpé", mais bien une personne reconnue coupable; donc, l'article 608.1 du Code criminel et toutes les règles concernant le fardeau de l'accusé applicables en l'espèce sont valables, même si l'on peut dire que la personne est "contrainte".

Alinéa 11c)

"Témoigner"

Nous sommes d'avis que cette expression est claire en soi. Par conséquent, elle ne crée ni n'introduit aucun droit concernant le refus de participer à une séance d'identification, ou à toute autre procédure d'identification de la personne, voir Marcoux et Solomon c. La Reine (1975) 24 C.C.C. (2e) 1. De même, le fait de demander un alcootest ne constitue pas un cas d'auto-incrimination en l'espèce, voir R.c. Philip (1971) 2 W.W.R. 673, et Curr, infra. En outre le défaut de subir un examen psychiatrique fixé par la Couronne ne constitue pas un exercice de ce droit; voir R.c. Sweeney (No. 2) (1977) 35 C.C.C. (2e) 145.

L'arrêt Marcoux établit clairement que la disposition de la Déclaration canadienne des droits et la "common law" sont de nature testimoniale.

Dans le cas d'échantillons de sang, obtenus malgré des protestations, on ne peut invoquer l'auto-incrimination pour les rendre inadmissibles, voir R.c. Devison (1974) 21 C.C.C. (2^e) 225, cependant, il faut mentionner à cet égard les articles 7 et 24 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Il semble de même que le pouvoir de faire observer les dispositions portant sur l'alcootest et l'article 235(1) en particulier, continue de s'appliquer, voir R.c. Curr (1972) 7 C.C.C. (2^e) 181, arrêt qui comporte aussi d'autres remarques valables et utiles à ce propos.

Les exigences des lois provinciales qu'il faut signaler ne font pas appel au témoin comme tel. Voir Marshall c. La Reine (1960) 129 C.C.C. 232.

Il faudrait se rapporter à la cause Batary c. P.G. Sask., infra, pour établir si le témoin dans un procès connexe est ou non un témoin, et il semblerait que ce soit le cas. Une autre formulation doit alors être envisagée pour pouvoir constater la portée de cet arrêt sur la pensée actuelle.

Si l'auteur d'un affidavit est un "témoin", ce qu'est mis en doute, il faudrait alors se poser des questions au sujet des règles de pratique ou des lois qui exigent un affidavit de la part du prévenu. Il existe apparemment une telle règle en Ontario relative aux révisions de cautionnement, et en Alberta il y aurait en vertu de l'article 608 du Code, une certaine exigence concernant les appels de cautionnement. La règle 860B des règles de pratique d'Alberta s'applique dans ce cas. Si la procédure de révision est considérée, non pas comme la demande faite par un accusé pour obtenir une ordonnance de "mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable", mais comme l'exercice d'une étape de l'appel, alors le choix que fait l'accusé pour appuyer sa demande, ou le fait de satisfaire à toute exigence pertinente, ne constitue pas la preuve qu'il s'agit d'un témoin dans ce cas. Toutefois, le prévenu invoquerait sans doute que la révision d'un cautionnement ne constitue pas un appel, mais bien un effort pour contrer le refus d'accorder une remise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable, plutôt que de

procéder par bref d'habeas corpus, ainsi la poursuite d'un tel droit n'est pas exclu de l'alinéa 11c) de la Loi constitutionnelle de 1982.

Alinéa 11c)

"Dans toute poursuite intenté contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche"--

Le concept de "proceedings" est défini dans des ouvrages tels que le Webster's Third Work International Dictionary à la page 1087, dans le Black's Law Dictionary, 5^e édition à la page 1083, et ailleurs. Il semble comprendre, d'une manière générale, les procédures et les audiences qui mènent à un jugement. Il semble opportun d'éviter de limiter la portée de ce concept, de façon à ce que les jugements "définitifs" portant sur les anciennes dispositions concernant la dualité de poursuite n'empêchent pas qu'un nouveau procès ait lieu, lorsque la Couronne interjette appel.

Toutefois, dans ce cas, il semble que le terme "poursuite" comprend des démarches telles que les examens psychiatriques, voir Sweeney, supra.

Il faut également examiner les enquêtes du coroner et les autres procédures similaires qui s'y rapportent, de sorte que "à l'égard d'un décès" pourrait équivaloir à l'infraction qu'on lui reproche". L'arrêt Batary c. P.G. de la Sask. (1965) 46 C.R. 34 est intéressant à cet égard. Toutefois, il semble que l'expression "contre lui" indique exactement qu'il s'agit de poursuites pénales, et non de procédures connexes.

En outre, l'expression "contre lui" ne confère pas le droit d'empêcher de faire témoigner les complices ou les conspirateurs non inculpés, et ainsi de suite, dans le procès d'une autre personne.

Alinéa 11c)

"contraint"

Les commentaires des juges de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt R.c. Boulet (1977) 34 C.C.C. (2^e) 397 pourraient être utiles pour définir le terme "contraint". On croit en général que la contrainte doit se rapporter à l'exigence du tribunal saisi. On doit en faire la comparaison avec la Déclaration canadienne des droits, qui fait également référence à l'autorité qui exerce la contrainte.

Dans ce cas, le sens de l'expression est analogue à la maxime nul n'est tenu de s'accuser lui-même, de sorte que la jurisprudence s'y rapportant présente un certain intérêt.

"Contraint" ne fait pas référence à une contrainte physique ou à tout autre genre de contrainte de corps, mais bien à une contrainte légale. Il s'agit d'un droit différent.

De plus, l'expression ne se rapporte pas à la compétence du tribunal, et puisqu'il s'agit d'une question portant sur la preuve testimoniale, elle devrait être résolue conformément au droit actuel.

"Contraint" à notre avis ne se rapporte pas au défaut de témoigner du prévenu, ni au renversement du fardeau de la preuve créé par la "common law" ou par la loi. La plupart des cas et des dispositions prévoyant le renversement du fardeau de la preuve que nous connaissons n'exige pas spécifiquement le témoignage du prévenu. Sa mauvaise posture ne découle pas de la loi, mais bien des circonstances de l'affaire -- il s'agit d'une nécessité ou d'une situation fâcheuse pour lui, mais non d'une contrainte. La contrainte est considérée comme une exigence émanant d'une autorité judiciaire (par exemple un tribunal) et non de circonstances, de sorte que les causes Avon c. La Reine (1971) 4 C.C.C. (2^e) 357 et Vezeau c. La Reine (1976) 28 C.C.C. (2^e) 81 s'appliquent toujours.

Une question est "contraignante", lorsque le tribunal dispose du pouvoir d'imposer une sanction pour

outrage au tribunal ou d'entreprendre des démarches pour punir une personne qui fait défaut de témoigner. Certains tribunaux, sans ces pouvoirs, ne peuvent "contraindre" de cette façon.

Il faut aussi examiner l'effet de cette disposition sur le renversement du fardeau de la preuve. Dans la cause R.c. Shelley (1981) 59 C.C.C. (2^e) 292, la Cour suprême du Canada a statué que le renversement du fardeau de la preuve en vertu duquel il incombe au prévenu de prouver hors de tout doute raisonnable, enfreint la Déclaration canadienne des droits. Cette prise de position sera de toute évidence maintenue.

Toutefois, nous considérons que le renversement du fardeau de la preuve ne doit normalement pas être écarté, puisque, comme cela a été souligné, il n'est pas nécessaire de fournir une preuve testimoniale. L'article 8 de la Loi sur les stupéfiants, par exemple, peut "déplacer" la présomption d'innocence dans une certaine mesure, mais n'équivaut pas à une contrainte judiciaire de témoigner. R.c. Vranj Zikan and Dvorak (1979) 46 C.C.C. (2^e) 14. Ici encore, ce sont les circonstances qui ont entraîné la nécessité de témoigner, et non la loi, voir R.c. Proudlock (1978) 43 C.C.C. (2^e) 321.

Article 13

"Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires".

Droit actuel:

Loi sur la preuve au Canada, art. 5.

Modifications:

Désormais ce n'est plus un privilège qu'une personne doit invoquer, mais un droit qui s'applique au témoignage, que le privilège soit invoqué ou non.

Cette disposition confère à la Couronne un certain avantage en ce qui concerne le témoignage contradictoire.

Considérations:

Voir les commentaires ci-après.

Article 13

Commentaires généraux

Cette disposition écarte de façon manifeste le recours à la procédure prévue à l'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada pour obtenir la protection du tribunal dans des procès ultérieurs ou dans "d'autres" procès en matière criminelle.

L'application de cette disposition à de tels témoignages lors de procédures civiles n'est pas évidente parce que le terme "incriminer" apparaît partout dans la disposition. L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada, les lois provinciales sur la preuve et les principes de "common law" sur la preuve testimoniale doivent être examinés pour déterminer si un privilège particulier découle de l'utilisation de son propre témoignage dans de telles procédures.

Cette disposition écarte aussi la thèse selon laquelle le témoignage contradictoire ne constitue pas un "parjure", et clarifie de ce fait ce champ d'application. Voir R.c. Chaperon (1979) 52 C.C.C. (2^e) 85. L'article 161(2) de la Loi de 1982 sur la preuve au Canada est pertinent dans ce cas.

Article 13

"chacun"

On estime que la signification de ce terme doit être uniforme dans le texte de la Loi constitutionnelle de 1982, voir les remarques faites précédemment sur ce sujet, et les commentaires portant sur l'alinéa 11c).

Article 13

"témoignage"

Cette expression implique évidemment l'assermentation ou l'affirmation solennelle, au cours des procédures.

Donc il y a exclusion, à notre avis, des affidavits et, bien sûr, des propos qui ne sont pas tenus sous serment au tribunal, comme les réponses à l'allocution au prévenu prévues par l'article 469, les plaidoyers de culpabilité et les autres propos provenant du banc des accusés ou d'ailleurs.

Article 13

"incriminant"

Ne signifie pas discréditer. Il faut à notre avis accuser la personne d'une infraction, et non simplement la poursuivre en responsabilité civile.

De plus, nous estimons que le témoignage n'est pas "incriminant" seulement parce qu'il pourrait servir ultérieurement à la Couronne, si l'on constate sa nature incriminante. Le témoignage doit sembler être incriminant au moment où il est donné, car l'objectif de la politique est d'encourager les gens à témoigner tout en ayant connaissance de la nature incriminante de leur témoignage. Ainsi, le témoignage n'est donc pas incriminant par son effet et encore moins par son effet possible, c'est seulement la teneur du témoignage qui est incriminante, si la personne qui le fournit a connaissance de la nature incriminante de celui-ci.

Une déclaration réfutant un alibi comme un aveu lors d'un procès pour excès de vitesse est un exemple de déclaration incriminante par ses effets, mais qui ne l'était pas au moment où les propos ont été tenus. La véracité d'un tel témoignage est confronté avec l'alibi actuel. De même, il peut être prouvé plus tard qu'une partie du témoignage s'avère fausse, et il devient incriminant en ce sens. (Voir R.c. Sparrow (1979) 51 C.C.C. (2^e) 443).

En d'autres termes d'après la politique établie, le prévenu ne devrait pas pouvoir prétendre qu'au moment où il a tenu certains propos, il n'a pas considéré qu'ils étaient incriminants, ou qu'il a délibérément tenté de faire obstruction à la justice en invoquant des faits qui pouvaient être prouvés comme étant faux. Si un prévenu témoigne de son plein gré, il porte en effet le poids de sa

décision. S'il le fait après avoir calculé les risques d'incrimination, il ne peut invoquer ce fait comme excuse plus tard. L'ignorance des risques d'incrimination doit être "raisonnable", et doit faire l'objet d'un examen judiciaire rigoureux.

Article 13

"incriminer"

Une grosse partie de ce qui a été dit relativement à "incriminant" s'applique dans ce cas. Nous estimons toujours que cette expression ne correspond pas à l'expression "discréditer" et à la preuve voulant qu'une personne, dans des procédures autres que l'inculpation qui lui est reprochée soit un mauvais sujet. Cette personne doit être exposée aux conséquences. On doit tenir compte de l'arrêt Batary dans ce cas.

De plus, il est également possible de soutenir l'opinion exprimée ci-dessus à l'effet que le verbe "incriminer" suppose que le témoignage doit être employé tel quel, c'est-à-dire, de façon incriminante parce que la teneur est incriminante. Il pourrait sans doute être employé et avoir un effet incriminant. Quoi qu'il en soit, il est probable que les tribunaux vont permettre que le témoignage soit employé lors du contre-interrogatoire pour discréditer le témoin qui, lors d'un procès, rend un témoignage incompatible au précédent.

De plus, il semble qu'un procureur de la défense pourrait certainement présenter le témoignage d'une personne à son co-accusé qui subit un procès distinct pour le discréditer ou discréditer son témoignage.

Cette disposition peut aussi ne pas être applicable à une situation où le témoignage sert à démontrer une maladie mentale, à réfuter un autre moyen de défense ou une déclaration disculpatoire, ou à appuyer une requête visant à faire déclarer qu'une personne est un dangereux contrevenant sexuel. Si le verbe "incriminer" appuie un verdict de culpabilité, un tel témoignage pourrait ne pas être interdit.

Article 13

"témoignage...qu'il donne"

Cette expression se rapporte à "témoigner" et des remarques semblables s'y appliquent. Elle devrait comprendre le témoignage rapporté officiellement ou non par le sténographe, ou entendu par toute autre personne au tribunal ou hors du tribunal.

Toutefois, si le témoin répète une partie de ce qu'il a déclaré au tribunal, est-il possible d'employer le témoignage qu'il donne comme contexte pour expliquer les remarques faites hors du tribunal? Le caractère général de cette disposition peut empêcher l'emploi de tels éléments d'information. Toutefois, elle n'aurait certainement pas pour effet d'exclure les propos tenus hors du tribunal s'ils sont autrement admissibles. En d'autres mots, le témoignage du prévenu qui est répété sans qu'il ne soit assermenté et qui comprend les propos tenus devant le tribunal, hors de sa présence ou ultérieurement, ne constituerait pas le "témoignage qu'il donne".

Les prévenus pourraient invoquer que, si un témoin "témoigne", et apporte une pièce à conviction avec lui, celle-ci est aussi privilégiée, parce qu'elle fait partie du "témoignage qu'il donne". La Couronne est d'avis que l'esprit de la politique a pour but de protéger le témoignage seulement et non les autres preuves qui font partie de celui-ci.

A l'appui de cette interprétation, il faut souligner que les exceptions ne comprennent pas la fabrication de la preuve en vertu de l'article 125 du Code criminel, et il faut supposer que le Parlement avait l'intention d'adopter un principe logique de droit.

Article 13

"dans d'autres procédures"

Cette disposition dépend beaucoup de la définition de "procédures". Le terme vraiment important est "autres" et à notre avis il signifie un autre cas concret ou

une inculpation réelle et non un recours en révision portant sur la même infraction ou sur une infraction incluse, ordonnée sur appel ou à la suite d'un vice de procédure.

De même, si l'accusé témoigne lors d'un voir dire et que la preuve du voir dire est présentée sur demande au juge de fait, alors le témoignage qu'il rend peut être employé contre lui. S'il ne fait pas partie du procès, il peut tout de même faire partie des procédures, mais alors son inadmissibilité dépend des principes énoncés dans la cause Wong-Kam-ming (1980) A.C. 247, décidée par le Conseil privé, sous réserve des lois du Canada telles qu'exprimées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt R.c. DeClerg, (1966) 2 C.C.C. 190.

Dans ce cas, la jurisprudence américaine relative à la dualité de poursuite pour une même infraction peut être pertinente; si la situation d'un nouveau procès ou un recours en révision intenté à la suite d'un vice de procédure était considéré aux E.-U. comme une procédure différente, elle serait interdite: toutefois elle ne l'est pas.

Une enquête préliminaire semble clairement faire partie des mêmes procédures. En effet, l'article 643 du Code criminel permet la lecture des transcriptions au tribunal. De plus, les déclarations assermentées ou non faites en vertu de l'article 469, lors des enquêtes préliminaires en réponse à l'allocution au prévenu, ne seraient pas touchées.

Article 13

"Application dans le temps"

Cette disposition devrait, de toute évidence, avoir effet dans l'avenir, mais elle s'applique "rétrospectivement" en ce sens que tout témoignage donné précédemment que nous tentons d'utiliser maintenant sera interdit s'il est couvert par la disposition. Elle n'aurait pas d'effet rétroactif.

Cette disposition précise le moment où elle s'applique, et il semble que ce soit rétrospectivement.

ALINÉA 11e) CAUTIONNEMENT RAISONNABLE

PLAN

I INTRODUCTION

Page

1. Cautionnement - Définitions
2. Objet
3. Fondement juridique
La législation

II CAUTIONNEMENT SELON LE CODE

Introduction

Grandes lignes de la Loi sur la réforme
du Cautionnement

Possibilités de contestation du paragraphe
457.1 sur le plan constitutionnel

Objet du paragraphe 457.1

Dispositions touchant le renversement du
fardeau de la preuve

Possibilités de contestation de la
constitutionalité des dispositions
touchant le renversement du fardeau de la
preuve

Mise en liberté contre promesse assortie de
conditions

Considérations d'ordre Constitutionnel -
Cautionnement conditionnel

Considérations d'ordre constitutionnel -
Examen de la valeur des cautions

Audience sur les motifs

Examen de l'ordonnance touchant la mise en
liberté

Mise en liberté en attendant la décision
de l'appel

Renvois sous garde pour examen
psychiatrique

Motifs

Considérations d'ordre constitutionnel -
Renvois pour examen psychiatrique

III QUESTIONS - ÉTENDUE DE LA PROTECTION

Tout inculpé a le droit de ne pas être
privé sans juste cause d'une mise en
liberté assortie d'un cautionnement
raisonnable

L'article 11 de la Charte des droits prévoit ce qui suit:

11. Tout inculpé a le droit:

- e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable.

I INTRODUCTION

1. Cautionnement - Définitions

Dans Armour ((1927) 47 C.C. 1), on trouve les définitions suivantes:

"Le mot anglais bail peut avoir plusieurs sens. Tout d'abord, employé comme substantif, il peut signifier la mise en liberté d'un prisonnier assortie d'une garantie concernant sa comparution en cour, ou bien la ou les personnes qui fournissent cette garantie, ou encore la garantie elle-même qui, une fois donnée, permet la mise en liberté du prévenu; employé comme verbe, il signifie accorder une mise en liberté assortie d'un cautionnement ou se porter caution pour quelqu'un d'autre. Ce terme vient du verbe français bailler, qui signifie donner: le prisonnier est en effet baillé ou donné à sa caution qui a alors la responsabilité de le ramener en prison (3 Petersdorff's Abr., Bail, pp. 1-2); le substantif, dérivé du nom français bail, désigne un gardien ou un geôlier (4 Coke's Inst., p. 178).

Le sens propre du terme est le contrat suivant lequel le prévenu est baillé (c.-à-d. remis) à sa caution, mais il désigne également la caution elle-même. On peut dire que le juge aussi bien que la caution "baillent" le prisonnier. La caution a été décrite de façon imagée au XIII^e siècle comme une "prison vivante" (2 Pollock & Maitland, p. 587; Kenny's Cr. Law, IX^e éd., p. 449). En se "portant caution" pour un prisonnier, la caution reconnaît effectivement devant un fonctionnaire du tribunal, qu'elle a envers la Couronne une dette qu'elle doit payer au moyen de l'exécution, par son mandataire (l'accusé), de la condition énoncée dans l'engagement (ou l'acte de cautionnement), s'engageant de la sorte pour un montant donné à

assurer la comparution du prisonnier.

L'engagement est un acte officiel attestant que son auteur doit une certaine somme d'argent à quelqu'un d'autre (Reg. v. JJ. Glamorganshire (1890), 24 Q.B.D. 675; Rastall v. A.G. (1871), 18GR. 138). Si le prisonnier comparaît conformément à la condition, la caution est libérée de son obligation, tandis que s'il ne comparaît pas, le cautionnement peut être exécuté et la caution est tenue de payer le montant qu'elle s'est engagée à verser. Le fait d'amener la caution à exécuter son obligation s'appelle la confiscation du cautionnement."

Vous trouverez un rappel historique complet des origines du terme anglais bail dans: De Haas, Antiquities of Bail: Origin and Historical Development in Criminal Cases to the Year 1275 (New York, 1940); De Haas, "Concepts of the Nature of Bail in English and American Criminal Law" (1946) 6 U. of T. L. J. 385.

Mentionnons qu'avec l'entrée en vigueur de la Loi sur la réforme du cautionnement (1970-71, chap. 37), les dispositions existantes autorisant le prévenu à se prévaloir du cautionnement ont été remplacées par une notion toute nouvelle appelée mise en liberté provisoire par voie judiciaire qui énonce une série de règles statutaires plus précises concernant la mise en liberté avant le procès. Autrement dit, on ne parle désormais plus de cautionnement dans le Code, mais bien de mise en liberté provisoire par voie judiciaire. En dépit de ce changement de terminologie, la majorité des Canadiens parlent encore plus volontiers de cautionnement que de mise en liberté provisoire par voie judiciaire. De plus, le cautionnement continue d'exister en dehors du Code dans la common law applicable au cautionnement et aux demandes de cautionnement dans les enquêtes du coroner, les enquêtes en matière d'immigration ainsi que dans les lois provinciales comme la County Courts Act la Provincial Offices Act (Ont.), par exemple.

2. Objet

Il est communément admis que l'objet premier du cautionnement est d'assurer la comparution du prévenu. L'un des objets secondaires est la protection du public en attendant le procès du prévenu (Ouimet (1969); voir également Friedland (1965) p. 126). Le cautionnement vise à faire l'équilibre entre l'administration de la justice pénale et le bien-être d'une personne sur laquelle pèse une accusation et qui n'a pas encore été reconnue coupable.

Deux des avantages du cautionnement sont qu'il évite l'emprisonnement au prévenu et qu'il épargne à l'État la charge de le garder en attendant son procès. Dans le rapport Challenge of Crime in a Free Society, de la Commission on Law Enforcement and Administration of Justice du président américain, on peut lire à la page 131 (1967):

(Traduction) "Même si le droit reconnaît le cautionnement au seul titre de moyen destiné à garantir la comparution du défendeur à son procès, les juges y recourent souvent pour garder en prison des personnes qu'ils craignent voir commettre des crimes s'ils sont mis en liberté avant leur procès."

3. Fondement juridique

Le droit actuel fournit quatre fondements au droit au cautionnement:

1. la Partie XIV du Code criminel, qui commence à l'article 457, où le cautionnement est appelé mise en liberté provisoire par voie judiciaire;
2. le paragraphe 27(2) de la Loi d'interprétation, S.R.C. de 1970, chap. E-21, où il est dit que "toutes les dispositions du Code criminel relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels créés par un texte législatif, et toutes les dispositions du Code criminel relatives aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s'appliquent à toutes les autres infractions créées par un texte législatif, sauf dans la mesure où ce dernier en décide autrement";
3. l'alinéa 2f) de la Déclaration canadienne des droits prescrit qu'aucune loi du Canada ne doit s'interpréter comme privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à un cautionnement raisonnable;
4. le droit, propre à la common law, pour un juge de la Cour supérieure d'autoriser le cautionnement dans les cas où ce droit n'est pas expressément retiré par une loi. (Affaire Di Stefano (1977), 30 C.C.C. (2d) 310).

La législation

Les lois fédérales comptent 13 articles où il est fait mention du "cautionnement". Ce sont:

la Loi sur la faillite, B-3, art. 148

la Loi sur les criminels fugitifs, F-32, art. 11 et 17

la Loi sur les jeunes délinquants, J-3, art. 15

la Loi sur les secrets officiels, O-3, art. 12

la Loi sur la marine marchande du Canada, S-9, art. 527

la Loi sur la Cour suprême, S-19, art. 100

la Loi sur le commerce avec l'ennemi (Pouvoirs transitoires), art. 60

la Loi sur les mesures de guerre, art. 5

le Code criminel, C-34, art. 363, 438 et 772 (et, bien sûr, la Partie XIV, qui traite de la mise en liberté provisoire par voie judiciaire et qui s'applique à la majorité de ces cas de mise en liberté).

Il est à noter que certaines lois fédérales qui contiennent des articles relatifs au cautionnement n'établissent aucun critère visant le "cautionnement raisonnable". Il est cependant probable que les tribunaux fixeront des normes ayant trait au caractère raisonnable du cautionnement plutôt que de déclarer qu'un certain article est sans effet. L'article 5 de la Loi sur les mesures de guerre (chap. W-2, S.R.C. de 1970) est peut être plus susceptible d'être attaqué, car selon cette disposition, le cautionnement ne peut être accordé sans le consentement du ministre de la Justice.

II CAUTIONNEMENT SELON LE CODE

Introduction

Depuis l'adoption en 1970 de la Loi sur la réforme du cautionnement (S.C. 1970-71-72, chap. 37) la mise en liberté des prévenus par voie judiciaire avant le procès, autrefois appelée cautionnement, est maintenant connue sous le nom de mise en liberté provisoire par voie judiciaire. La Partie XIV du Code criminel contient les dispositions qui prévoient les mesures concernant la comparution d'un prévenu devant un juge de paix et la mise en liberté provisoire par voie judiciaire.

Par suite des pouvoirs conférés par la Code et par suite du mandat qu'ont les policiers d'assurer la comparution d'un prévenu devant le tribunal par des moyens autres que la détention, il devrait désormais être moins souvent nécessaire de recourir à la procédure judiciaire de la mise en liberté d'un prévenu avant son procès.

Le principe général qui sous-tend et régit la Loi sur la réforme du cautionnement en ce qui a trait à la mise en liberté provisoire d'un prévenu en attendant son procès est que cette personne doit être mise en liberté sur simple remise par elle d'une promesse écrite de comparaître devant le tribunal comme il lui est enjoint de le faire (art. 457). Cinq exceptions limitées sont prévues à cette règle générale (par. 457(1) et al. 457.7(1)f): il s'agit des dispositions dites du renversement du fardeau de la preuve.

Autrefois le Code ne donnait pas de directives suffisantes ni ne prévoyait de procédure adéquate en ce qui concerne l'octroi du cautionnement à un prévenu et le fardeau de la preuve en matière de cautionnement (Scollin, 1977, p. 5, et l'honorable John Turner, alors ministre de la Justice, au sujet du projet de loi C-128 (la Loi sur la réforme du cautionnement), Débats de la Chambre des communes du 5 février 1971, p. 3115 et 3117).

La nouvelle Loi sur la réforme du cautionnement (S.C. de 1970-71-72, chap. 37) prévoit des règles de procédure complètes concernant la mise en liberté

provisoire. On y précise en effet les délais et les critères de décision et l'on y trouve des dispositions touchant l'appel et la révision.

Grand lignes de la loi sur la réforme du cautionnement

L'article 454 du Code impose l'obligation formelle de conduire devant un juge de paix un prévenu détenu sous garde pour une infraction qui n'est pas de la juridiction d'une cour supérieure (par. 457.7), dans un délai de 24 heures suivant son arrestation ou le plus tôt possible par la suite. Les infractions mentionnées au paragraphe 457.7 sont de la compétence exclusive de la cour supérieure et, de manière générale, les demandes de cautionnement sont, dans ces cas, renvoyées en référé à un juge suivant les principes énoncés au paragraphe 457.7.

Pour presque toutes les infractions, le fardeau de justifier la détention avant le procès appartient au poursuivant. Le cinq exceptions faites à cette règle générale sont les dispositions dites du renversement du fardeau de la preuve prévues au paragraphe 457(5.1) et à l'alinéa 457.7(1)f).

Si la détention sous garde d'un prévenu n'est pas requise pour un autre motif, le juge de paix est tenu de mettre le prévenu en liberté sur la simple remise par lui d'une promesse sans condition (art. 457), à moins que le poursuivant, ayant eu la possibilité raisonnable de le faire, ne fasse valoir des motifs justifiant la détention ou l'imposition de conditions à la mise en liberté.

Le paragraphe 457(7) prévoit que la détention sous garde n'est justifiée que pour l'un ou l'autre des deux motifs suivants:

- a) pour le motif principal que la détention du prévenu est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal, ou
- b) pour le motif secondaire, dont la validité ne doit être établie que s'il est déterminé que la détention du prévenu n'est pas justifiée pour le

motif principal, que cette détention est nécessaire

- i) dans l'intérêt public ou
- ii) pour la protection ou la sécurité du public

compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice.

Le poursuivant doit avoir la possibilité de faire valoir ses motifs et le juge de paix peut ajourner les procédures pour un maximum de trois jours à la demande du poursuivant ou du prévenu (par. 457.1) et, sur ce, le prévenu est renvoyé à la détention dans une prison (par mandat selon la formule 14) distincte des cellules du poste de police (R.v. Precourt (1976) CRNS 150).

Possibilité de contestation du paragraphe 457.1 sur le plan constitutionnel

Il importe de souligner qu'il n'existe ni critères ni directives touchant l'exercice de la prérogative du poursuivant de demander ce renvoi extraordinaire sous garde. De plus, il n'y a pas de norme minimale touchant les renseignements objectifs requis pour qu'un tribunal ait le droit d'accéder à la demande du poursuivant en vue de faire ajourner les procédures relatives au cautionnement. Enfin, le juge de paix n'est pas tenu d'entériner le mandat de dépôt énonçant les facteurs et les motifs qui ont présidé à la décision du tribunal de renvoyer le prévenu sous garde pour trois jours.

Objet du paragraphe 457.1

Le poursuivant peut demander un renvoi sous garde d'une durée de trois jours en alléguant que la police n'a pas terminé son enquête. Dans leur ouvrage intitulé Criminal Procedure in Practice, Butterworths (1979), Barton & Peel affirment que la police peut ne pas mentionner certaines accusations, comme celle qui a trait aux chèques

sans provision, si elle a déjà porté certaines accusations et elle peut invoquer l'existence d'"autres accusations" auprès du poursuivant pour justifier le renvoi sous garde. Il est également possible de demander un renvoi sous garde d'une durée de trois jours tant que l'on ne réussit pas à confirmer des renseignements de base touchant les antécédents du prévenu (par ex., son adresse permanente, son état matrimonial, sa situation au point de vue emploi, etc.) Barton & Peel mentionnent que la défense et le poursuivant peuvent négocier officieusement et déterminer à l'avance la durée et le motif d'un renvoi sous garde demandé aux termes du paragraphe 457.1. Ainsi, il peut être possible de convaincre le poursuivant qu'un renvoi d'une journée serait suffisant dans un cas donné. Cependant, le paragraphe 457.1 ne prévoit explicitement aucun mécanisme destiné à faciliter l'opposition à la demande (par exemple, l'obligation de donner, dans un certain délai, un avis informant qu'une demande sera faite en vue d'un renvoi sous garde de trois jours, etc.). En tout état de cause, il est difficile, sinon impossible de s'opposer à pareille demande étant donné l'absence à cet égard de critères ou de directives applicables au poursuivant ou au tribunal. Une autre difficulté provient du fait que le tribunal n'a pas à donner les motifs de sa décision.

On pourrait peut-être contester la validité du paragraphe 457.1 en alléguant qu'il prévoit une détention arbitraire ou refuse sans juste cause un cautionnement raisonnable. Dans l'affaire Quinion v. Horne (1906), 1 ch. 596, p. 603-604, le juge Farwell donne au terme arbitraire le sens de "sans motif raisonnable". Pour le juge Lawrence, les termes "déraisonnable", "complètement déraisonnable" et "sans motif raisonnable" ont en pratique le même sens. Chacune de ces expressions explicite bien, à son avis, le sens donné au mot "arbitraire" dans le sous-bail" (voir Mills v. Cannon Brewery Co., (1920) 2 CH. 38, le juge P.O. Lawrence, p. 45). Le pouvoir discrétionnaire conféré à un juge par les règles de cour ou autrement a un caractère judiciaire et doit être exercé conformément aux règles de droit (Jones v. Murray (1908) 9 WLR 204).

Comme il n'existe ni critère ni directive et que le tribunal n'est pas tenu d'énoncer ses motifs, il ne sera pas toujours possible de déterminer si le poursuivant et le juge ont exercé le pouvoir discrétionnaire de façon judicieuse et s'ils ont examiné l'affaire à la lumière des règles de droit applicable.

La possibilité qu'il y ait apparence de caractère arbitraire fait que le paragraphe 457.1 est susceptible d'être contesté sur le plan constitutionnel; par conséquent, il y aurait peut-être lieu de songer à écarter cette possibilité (par ex., en énonçant des critères et des directives et en obligeant le tribunal à justifier sa décision d'accorder un renvoi sous garde de trois jours).

Dispositions touchant le renversement du fardeau de la preuve

Les changements apportés aux dispositions touchant la mise en liberté provisoire par voie judiciaire par la Loi de 1975 modifiant le droit criminel, chap. 93 (projet de loi C-71, première lecture le 17 juillet 1975 et entrée en vigueur le 26 avril 1976) marque une nouvelle étape dans l'élaboration et le perfectionnement du droit canadien touchant la mise en liberté avant le procès. Au Canada, la décision concernant la mise en liberté ou le renvoi sous garde est examinée initialement à deux échelons de l'administration, soit l'agent de la paix et l'agent responsable. Si ceux-ci détiennent le prévenu et que sa mise en liberté n'est pas ordonnée par un juge de paix avant son interpellation, la nécessité de maintenir le prévenu sous garde doit être tranchée par voie judiciaire.

La Loi de 1975 modifiant le droit criminel a modifié certaines dispositions des paragraphes 456(5.1) et 457.7 du Code criminel du Canada. Ces modifications déplacent dans cinq ans, de la Couronne au prévenu, le fardeau de démontrer le bien-fondé de la mise en liberté de ce dernier. Ce renversement du fardeau de la preuve constitue en revirement radical dans la procédure touchant la mise en liberté provisoire par voie judiciaire.

Le fardeau de la preuve incombe au prévenu inculpé

- 1) d'un acte criminel commis au moment où il attendait son procès pour un autre acte criminel (acte criminel commis en liberté provisoire, aussi appelé acte criminel commis en attente de procès),
- 2) d'un acte criminel, et qui ne réside pas au Canada,
- 3) d'omission de se conformer à une procédure (prévue aux paragraphes 133(2) à (5)) au moment où il attendait son procès pour une quelconque infraction,
- 4) d'une infraction aux art. 4 ou 5 de la Loi sur les stupéfiants ou d'avoir comploté en vue de soumettre pareille infraction, et
- 5) d'avoir commis un meurtre ou comploter en vue de commettre un meurtre.

Selon les nouvelles dispositions renversant le fardeau de la preuve, le prévenu doit convaincre le tribunal que (selon toute probabilité) il comparaitre devant le tribunal comme il y est tenu. Après avoir rempli la première condition, le prévenu doit démontrer que sa détention n'est nécessaire ni dans l'intérêt public ni pour la protection ou la sécurité du public, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra un autre acte criminel ou nuira à l'administration de la justice.

Possibilités de contestation de la constitutionnalité des dispositions touchant le renversement du fardeau de la preuve

Les dispositions touchant le renversement du fardeau de la preuve créent une catégorie spéciale de détenus en attente de procès, qui sont obligés d'établir le bien-fondé de leur mise en liberté s'ils ne veulent pas se voir automatiquement maintenus sous garde en attendant leur procès.

Cette situation peut soulever au moins trois problèmes. Le premier est que l'existence d'une catégorie spéciale de détenus en attente de procès qui doivent assumer un fardeau spécial s'ils veulent obtenir une mise en liberté durant cette attente devrait se justifier par des motifs d'ordre factuel ainsi que par des principes juridiques, car, sinon, on pourrait alléguer qu'aucun motif valable ne justifie l'existence même de cette catégorie et qu'il y a donc détention arbitraire (art. 9). La deuxième est qu'on pourrait alléguer que la possibilité de détention automatique qui pourrait découler du fait que le fardeau de la preuve a été renversé et attribué à certains détenus en attente de leur procès équivaut à priver sans juste cause ces détenus d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable (al. 11e)), à moins que l'existence de ce fardeau spécial puisse être "justifié par des motifs valables". Enfin, l'existence de deux catégories de détenus en attente de leur procès peut aller à l'encontre de la nécessité que la loi ne fasse exception de personne et s'applique également à tous et que tous aient la même protection et le même bénéfice de la loi (art. 15), à moins que la "justification" de l'existence de ces deux catégories ne puisse se "démontrer".

Ce problème découle en partie du fait que, comme la démontre les résultats de la recherche, les dispositions touchant le renversement du fardeau de la preuve n'ont pas atteint le but visé qui était de réduire le nombre de non-comparutions et d'actes criminels commis durant la période d'attente du procès (Solberg, D., A selective Monitoring of the Effect of the Changes in Canada's judicial interim release provisions; (1977) exemplaire, polycopie du ministère de la Justice). L'honorable Ron Basford (ministre de la Justice à l'époque) a fait valoir la nécessité de réprimer les abus commis en matière de cautionnement, comme celui d'invoquer les actes criminels commis en période de liberté provisoire et la non-comparution pour justifier la création de deux catégories de détenus en attente de procès et l'imposition, à l'une de ces deux catégories, du fardeau de justifier le bien-fondé de la mise en liberté (Débats de la Chambre des communes, 1ere session, 30e législature, vol. IX (1975) 9202-26 à 9204.

La mise en doute de l'efficacité de ces dispositions, en particulier dans des cas où elle semble entraîner des inconvénients injustifiés, pourrait fort bien donner lieu à la contestation de leur constitutionnalité aux termes de l'un des trois motifs énoncés ci-dessus. Aux États-Unis, les résultats de recherches prennent une place importante dans les affaires de contestation de la constitutionnalité de mesures législatives, de règlements et d'usages concernant l'administration du cautionnement (voir The Unconstitutional Administration of Bail: Bellamy v. The Judges of New New City; (1972), 8 Crim. Law Bul. 459).

Mise en liberté contre promesse assortie de conditions

Lorsque le juge de paix estime que le poursuivant n'a fait valoir aucun motif justifiant la détention du prévenu, mais qu'il a toutefois établi l'inopportunité de mettre en liberté le prévenu, si ce dernier remet une simple promesse sans condition aux termes du par. 457(1), il doit ordonner la mise en liberté du prévenu, assujettie à l'une ou plusieurs des conditions énoncées aux alinéas 457(2)a) à d) et applicables à l'espèce. Ces conditions, dont la sévérité varie, peuvent être rangées dans l'ordre suivant:

- les conditions simples mentionnées au par. 457(4), comme celles de ne pas consommer d'alcool, de se présenter au poste de police, par exemple;

- l'obligation de contracter un engagement (soit une simple reconnaissance de dette envers la Couronne en cas de manquement aux conditions de cet engagement) prévoyant n'importe quel montant et assorti ou non d'autres conditions;

- l'obligation de contracter un engagement garanti par des cautions (qui sont liées en cas de manquement du prévenu), assorties ou non d'autres conditions;

- l'obligation faite au prévenu, avec le consentement du poursuivant, de contracter un engagement (non garanti par des cautions) prévoyant n'importe quel

montant et assorti ou non d'autres conditions et le dépôt d'une somme d'argent ou d'autres valeurs constituant une garantie du même montant.

Considérations d'ordre constitutionnel -- Cautionnement conditionnel

Avant l'adoption du projet de loi C-71 (Loi de 1975 modifiant le droit criminel), un juge de paix n'avait pas le pouvoir d'accepter un cautionnement en espèces, sauf si le prévenu habitait à plus de 100 milles de distance ou dans une autre province. Le paragraphe 457(2)(c.1) autorise maintenant le juge de paix, s'il a le consentement du poursuivant, à autoriser le prévenu à déposer un cautionnement en espèces au lieu de trouver une ou plusieurs cautions pour faciliter sa mise en liberté. Fait à remarquer, tandis que le fonctionnaire responsable ne peut accepter de cautionnement en espèces dépassant 500 \$, aux termes de l'alinéa 453(1)h), il n'est imposé aucune limite au juge de paix à cet égard. Dans les cas où le juge de paix est habilité à accepter des cautions ou un cautionnement en espèces, le montant de ce cautionnement ou la valeur de la garantie à fournir est laissé à son entière discrétion. Bien entendu, toutes les circonstances doivent entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de fixer le montant du cautionnement, mais ce montant ne doit pas être élevé au point d'équivaloir à une ordonnance de détention ou de renvoi sous garde (R. v. Garrington, et al., (1973) 9 CCC (2d) 472).

Pour certains, le paragraphe 457(2)(c.1) risque parfois d'occasionner bon nombre des inconvénients attribués au cautionnement en espèces par M. Friedland dans son ouvrage intitulé Detention before Trial, U. of T. Press (1965) et par la Commission Ouimet (dans le Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (1969) imprimeur de la Reine). Il y a certainement lieu de se pencher sur l'entière latitude qui est laissée au juge de paix quant au montant du cautionnement. Cette observation prend toute son importance étant donné que, selon le paragraphe 457(6), l'obligation faite au juge de paix d'énoncer ses motifs dans son ordonnance ne s'applique que

si l'on conclut que le poursuivant a fait valoir des motifs valables justifiant la détention du prévenu, mais non pas si l'on ordonne sa mise en liberté assortie de conditions.

Considérations d'ordre constitutionnel - Examen de la valeur des cautions

Même s'il n'existe aucune disposition expresse sur les qualités que doivent avoir les cautions proposées, il serait déraisonnable de penser qu'un juge de paix est tenu d'accepter comme caution toute personne proposée par un prévenu. Le juge de paix ne trouvera dans le Code aucun critère propre à le guider dans l'acceptation d'une caution proposée par un prévenu.

Le comité Ouimet a affirmé que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de paix quant à la valeur d'une caution ne devrait être régi par aucun règlement détaillé et que cet exercice ne devrait pas non plus être soumis à des directives administratives émanant d'agents de la paix. Actuellement, dans bon nombre de juridictions, l'examen de la valeur des cautions est laissé à un juge de paix de la cour provinciale. Le caractère arbitraire et fantaisiste des critères sur lesquels se fondent les juges de paix dans l'examen de la valeur des cautions a été l'objet de certaines observations (Morris, R., (1979) III Crim. Lawyers Assn; Newsletter, p. 42). Le comité Ouimet a également mentionné que, même si un juge de paix devant lequel est contracté un engagement est tenu de vérifier si la caution proposée a une valeur suffisante pour justifier son acceptation, il n'existe aucune prescription légale prévoyant que la caution doit être propriétaire de terrains, quoi que ce soit là l'usage courant.

La nature libre et peu structurée de la loi dans le domaine des cautions, sans parler de l'usage consistant à laisser la décision ultime à un fonctionnaire de la cour, peut donner lieu à des contestations en vertu des dispositions suivantes: art. 9, al. 11e) et art. 15.

Audience sur les motifs

Si le poursuivant choisit de faire valoir des motifs justifiant le fait que le prévenu ne devrait pas être

mis en liberté sur un simple engagement non assorti de conditions, le juge de paix peut (sous réserve que le prévenu ne doit pas être interrogé ni contre-interrogé par quiconque quant à l'infraction dont il est inculpé et qu'aucune question ne doit lui être posée relativement à cette infraction - 457.3(1)b)) faire, auprès du prévenu ou à son sujet, sous serment ou autrement, les enquêtes qu'il estime opportunes (457.3(1)a)).

Le paragraphe 457.3 prévoit que le poursuivant peut, en sus de toutes autres preuves pertinentes, présenter une preuve en vue

- a) d'établir que le prévenu a antérieurement été déclaré coupable d'une infraction criminelle,
- b) d'établir que le prévenu a été inculpé d'une autre infraction criminelle et attend son procès à cet égard,
- c) d'établir que le prévenu a antérieurement commis une infraction aux termes de l'article 133 (il s'est dérobé à la justice),
- d) d'indiquer les circonstances de l'infraction présumée relatives, tout particulièrement, à la déclaration probable de culpabilité,

mais aucune de ces questions n'est concluante en elle-même.

Le juge de paix peut prendre en considération toutes questions pertinentes sur lesquelles se sont entendus le poursuivant et le prévenu ou son avocat, et il peut recevoir toute preuve qu'il considère plausible ou digne de foi dans les circonstances de l'espèce et fonder sa décision sur cette preuve, comme le prévoient les alinéas 457.3(1)d) et e). Selon la portée du paragraphe 457.3(1), il semble clair que le juge de paix peut fonder sa décision sur un témoignage par ouï-dire s'il estime ce témoignage plausible et digne de foi.

Examens de l'ordonnance touchant la mise en liberté

La Partie XIV contient des dispositions détaillées sur l'appel et l'examen des ordonnances relatives à la mise en liberté. Les paragraphes 457.5 et 457.6 exposent la procédure qui permet à l'accusé et au poursuivant, respectivement, de demander à un juge de réviser une ordonnance rendue par un juge de paix. Par ailleurs, le paragraphe 457.8 prévoit que l'ordonnance relative à la mise en liberté ou à la détention du prévenu peut être modifiée par le juge de première instance, le juge président l'enquête préliminaire ou, avec le consentement du poursuivant et du prévenu, par le juge qui a rendu l'ordonnance. Quant à l'article 459, on y prévoit que l'ordonnance doit nécessairement être examinée si le procès est retardé.

Mise en liberté en attendant la décision de l'appel

L'article 608 explicite les questions qui ont trait à la mise en liberté d'un appelant en attendant la décision de son appel portant sur une affaire pénale. L'article 752 prévoit la procédure qu'un défendeur doit suivre pour obtenir sa mise en liberté, s'il a été déclaré coupable devant une cour des poursuites sommaires (voir les paragraphes 259-266 dans Ewaschuck, E., Criminal Pleadings, Practice and Evidence, manuscrit en voie de publication).

Renvois sous garde pour examen psychiatrique

Le cautionnement peut être refusé à un prévenu qui est renvoyé sous garde pour examen psychiatrique.

Dans les procédures des poursuites sommaires, l'article 738 habilite la cour à ordonner le renvoi sous garde du prévenu à n'importe lequel moment de ces procédures. En ce qui a trait aux affaires pénales, aucune disposition du Code n'habilite la cour à ordonner le renvoi sous garde du prévenu pour examen psychiatrique tant que l'enquête préliminaire n'est pas commencée (R. v. Vaillancourt (1975) 21 CCC (2d) 64). Devant cette lacune, un certain nombre de juridictions fait appel à divers moyens (par ex., elles font faire une première évaluation dans les cellules du poste de police entre le moment de l'arrestation

et la première comparution, elles font faire un examen psychiatrique durant les trois jours de renvoi sous garde prévus par le paragraphe 457.1, elles recourent aux dispositions législatives provinciales touchant la santé mentale, etc.). Une fois que l'enquête préliminaire est commencée, un juge de paix agissant en vertu de l'article 465 est habilité à ordonner le renvoi sous garde d'un prévenu pour examen psychiatrique. L'article 543 prévoit l'habilitation à ordonner pareil renvoi dans les affaires pénales une fois le procès commencé.

L'examen psychiatrique sert actuellement à obtenir des renseignements sur diverses questions, dont la capacité de subir un procès, l'état de santé mentale de l'auteur d'une infraction au moment où il l'a commise (art. 16), le caractère dangereux d'un prévenu et son admissibilité au cautionnement. Comme le Code ne prévoit pas tous ces cas à l'étape de la première comparution, il se pose un problème.

De plus, la question de savoir qui devrait être habilité à soulever le problème de la capacité du défendeur est vivement controversée. Même si le Code ne prévoit rien au sujet de cette question, le droit actuel permet, en pratique, à l'une ou l'autre partie ou à la cour de soulever ce problème tant dans les procédures relatives aux affaires pénales que dans celles des poursuites sommaires.

La Commission de réforme de droit du Canada a examiné quatre possibilités pour ce qui est de savoir qui devrait être habilité à soulever le problème de la capacité, soit: le prévenu seul, le prévenu et le juge à l'exclusion de la Couronne, les deux parties ou le juge, et enfin, une équipe d'experts.

Le professeur Del Buono affirme (dans un article publié dans (1976) 18 Can. J. Crim & Corr. 302) que, puisque c'est le prévenu qui risque le plus et qui, a le plus à perdre de voir soulever la question de la capacité, le pouvoir de le faire devrait lui être réservé exclusivement. Des auteurs comme Jobson (1968, 11 Crim. L.Q. 186), Savage ((1980) Autonomy, Association canadienne pour la santé mentale) et d'autres encore ont examiné les abus qui peuvent se glisser dans le système. Pour les

questions relatives à la capacité du prévenu de subir son procès, l'avocat de ce dernier et la cour se préoccupent de cette capacité. Cependant, la Couronne et la cour ont d'autres responsabilités et intérêts, par exemple, l'intérêt (la sécurité) du public et l'administration de la justice, qui peuvent parfois entrer en conflit. Seul l'avocat de la défense a vraiment une responsabilité non partagée face au prévenu.

La Commission de réforme du droit en est venu à la conclusion que les intérêts du prévenu ne doivent pas être considérés isolément de ceux de la société. La capacité du prévenu est importante pour les deux parties, pour le tribunal et pour l'ensemble de la société. Le juge en chef de l'Ontario, M. Robertson, dans l'affaire R.v. Gibbons (1946), a affirmé qu'il est crucial pour l'administrations de la justice que le prévenu soit capable de subir son procès et que, s'il y a des raisons suffisantes de douter de sa santé mentale au moment du procès, il faut lever ce doute d'une façon ou d'une autre par une enquête aussi approfondie que le serait un plaidoyer de défense pur aliénation mentale.

Le Comité Butler affirme ce qui suit ((1975) Cmnd. 6244, au par. 10.12): "Si une personne n'est pas dans un état de santé mentale pour subir un procès, il y a naturellement de bonnes raisons pour vérifier cet état de fait dans les plus brefs délais. Plus tôt le défendeur pourra être soulagé de la tension inévitable à toute comparution devant le tribunal et pourra être soumis à un traitement ininterrompu, mieux cela vaudra pour lui et pour la dignité du processus judiciaire et plus grande sera l'économie de fonds publics et de temps des fonctionnaires de l'État. Il y a cependant des raisons qui militent dans le sens opposé. Il doit y avoir des moyens d'empêcher qu'il devienne trop facile de reléguer des gens aux oubliettes, pour des périodes trop longues peut-être, sans motifs valables".

La Commission de réforme du droit admet que l'audience visant à déterminer l'état de santé mentale du

prévenu pourrait servir à d'autres fins qu'à celles à laquelle elle est destinée. Entre autres exemples cités de ces fins, elle mentionne les suivants: moyen dilatoire, examen au préalable, tactique de plaidoirie et recherche des conséquences d'un prononcé d'aliénation mentale. Cependant, il ne semble pas que la solution soit de refuser à la Couronne et au tribunal le pouvoir de soulever la question de l'état de santé mentale de l'accusé. Cette façon de faire nuirait en effet aux intérêts légitimes sans pour autant éviter du même coup les abus. Il existe d'autres moyens plus efficaces d'éviter pareils abus (par ex., améliorer les critères, prévoir la réception de preuves en défense, modifier les procédures d'établissement de l'état de santé mentale, etc.)

Motifs

La question des motifs requis se pose en fait à DEUX étapes différentes de la procédure visant à établir l'état de santé mentale du prévenu.

- La première étape réside dans les motifs minimaux qui doivent avoir été présentés en preuve pour que le tribunal puisse considérer que la question de l'établissement de l'état de la santé mentale a été posée de façon satisfaisante.

- La seconde étape réside dans les motifs ou dans la preuve à établir avant que le tribunal ne puisse renvoyer le prévenu sous garde pour que son état de santé mentale soit pleinement établi.

Au sujet de la première étape, Ryan (1967) note que le Code ne prévoit aucune procédure particulière sur la façon de soulever la question. Seules les dispositions suivantes y sont prescrites: si, à tout moment avant le verdict, il semble exister des raisons suffisantes de douter que l'accusé soit (pour cause d'aliénation mentale) capable de subir son procès, le tribunal peut ordonner que cette question soit examinée. Il semble être laissé à l'entière discrétion du tribunal et du juge chargé d'un procès, selon le paragraphe 543(1), de déterminer s'il y a lieu d'examiner cette question.

Cependant, selon Schiffer (1977), même si le par. 543(1) semble autoriser ("peut") la cour à ordonner l'examen d'une question, les autorités précisent que le mot "peut" doit être considéré comme un impératif lorsque l'objet de la disposition où il figure énonce un droit. Par contre, pour Lindsay (1976), il existe deux opinions divergentes sur le pouvoir discrétionnaire du juge de tenir une audition. De toutes façons, il faut souligner que ce paragraphe ne prescrit à la cour aucune directive ni aucun critère à appliquer, lorsqu'elle tente d'exercer son pouvoir discrétionnaire apparent et de déterminer s'il existe des motifs suffisants pour mettre en doute la capacité de l'accusé de subir son procès. De plus, la procédure à suivre dans l'examen de cette question n'est pas claire et il subsiste beaucoup de confusion au sujet de questions qui ne sont pas nécessairement toujours identiques à la capacité du prévenu de subir son procès (par exemple, la question de savoir si le prévenu souffre d'une maladie mentale).

Un certain nombre de points montrent l'utilité d'énoncer des motifs explicites, des exigences minimales avant que puisse être soulevée la question de l'état de santé mentale. Ces exigences minimales peuvent servir à "garantir" que l'on songera plus sérieusement à la chose avant de recourir à la procédure d'examen de cette question. Cette façon de faire permettrait peut-être d'apaiser quelque peu les préoccupations touchant l'usage abusif de cette procédure. Ces exigences minimales donneraient en outre au tribunal un point de référence pour déterminer s'il existe des doutes sur la capacité du prévenu et fourniraient certains critères de révision dans le cas où ce point serait par la suite soulevé dans un appel. Elles seraient également avantageuses du fait qu'elles permettraient une application plus certaine et plus uniforme de la procédure d'examen de cette question par les divers tribunaux. Une autre préoccupation doit cependant être examinée. Selon les résultats de bon nombre d'études, plus de la moitié des défendeurs dont l'état de santé mentale fait l'objet d'un examen, probablement parce que cet état est douteux, sont jugés normaux (Roesch (1978) 20 Can. J. Crim. & Corr. 450 fait état de ces études).

Considérations d'ordre Constitutionnel - Renvois pour examen
psychiatrique

Nous venons de mentionner un certain nombre de préoccupations:

- l'existence de moyens non officiels et non prévus par le Code auxquels on recourt pour obtenir le renvoi de prévenus sous garde pour examen de leur santé mentale;
- la multiplicité des fins (autorisées ou non par le Code) auxquelles sert le renvoi sous garde pour examen de la santé mentale;
- le préjudice que peut causer le renvoi du prévenu pour examen de sa santé mentale lorsque le poursuivant ou le tribunal a le pouvoir d'ordonner ce renvoi et que l'exercice de ce pouvoir ne repose pas sur des critères ou des directives assez objectives;
- la nécessité d'établir des motifs explicites avant que l'on puisse étudier s'il est opportun de renvoyer le prévenu pour examen de santé mentale.

La législation et les pratiques actuelles concernant le renvoi sous garde pour examen de l'état de santé mentale comportent un certain nombre d'autres points qu'il importe d'examiner, à savoir:

- le danger qu'il y ait auto-accusation ou autres formes de préjudice (Buttler & Turner (1979) 12 CR (3d) 84 et Lindsay (1976));
- la durée des renvois sous garde pour examen de la santé mentale correspond souvent à la période maximale prévue par le Code ou par la loi intitulée Mental Health Act. A maintes reprises on a dit qu'une brève période (d'une journée ou deux) suffit pour l'évaluation de la santé mentale lorsque la seule question à établir est la capacité du prévenu de subir son procès. On

affirme en outre que, dans la mesure du possible, l'examen des prévenus devrait se faire dans un service de consultation externe, car cette façon de faire est davantage susceptible de fournir une idée plus juste de la situation (N.I.M.H., Mental Health Law Project);

- le code ne prescrit pas le renvoi d'un prévenu sous garde pour examen de santé mentale une fois qu'a été soulevée la question de sa capacité de subir un procès; cependant, en pratique, pareils renvois sont courants une fois que le tribunal est saisi de cette question de la capacité du prévenu.

On peut prévoir que certaines des lacunes mentionnées ci-dessus puissent causer des préjudices comme la détention arbitraire, la privation d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable ou l'égalité devant la loi. Pour remédier à cette situation, il faudrait préciser les dispositions touchant le renvoi sous garde pour examen de santé mentale ainsi que structurer et limiter les nombreux champs d'application de pouvoirs discrétionnaires prévus dans ces dispositions.

III ÉTENDUE DE LA PROTECTION

L'alinéa 11 e) doit être lu attentivement pour déterminer les personnes et les situations que vise cette disposition.

"Toute personne"

La Loi d'interprétation S.R.C. (1970) c. I-23 art. 28 énonce que le terme "personne" ou tout mot ou expression ayant le sens du mot "personne" désigne également une société (voir aussi le Code criminel art. 2 - définitions). Il semble que l'expression "toute personne" doive recevoir son acception la plus large, à moins qu'un texte de loi particulier ne le prévoit expressément. L'expression "toute personne" reçoit l'une des interprétations les plus libérales qui soit, et la généralité de cette expression ne doit être limitée que pour une raison sérieuse (Worthington v. Robins and Cadigan (1924) 56 O.L.R. 285). Le terme personne comprend les femmes (Henrietta Muir Edwards v. A.G. for Canada (1930) A.C. 124) et les mineurs (Rex v. Linda 42 C.C.C. 110 Fraser v. Fraser (1937) 1 D.L.R. 67). La Cour suprême des États-Unis a statué que le terme "personne" utilisé dans le texte de la Constitution des États-Unis est d'interprétation assez large pour comprendre tous les êtres humains qui relèvent du pouvoir juridictionnel de la république. Un résident, né à l'étranger, bénéficie des mêmes droits qu'un citoyen américain. Il doit obéir aux lois qui régissent le pays où se trouve son domicile, et peut par conséquent, se prévaloir au même titre de la protection qu'elles accordent, Wong Wing v. United States 16 S.Ct. 977, 983, 163 U.S. 228, 41 L.Ed. 140.

Il existe des motifs de croire que la protection qu'accorde la loi constitutionnelle de 1982 aura une portée telle qu'elle comprendra toute personne, y compris tout

étranger qui relève de la compétence juridictionnelle du Canada (qu'il soit résident ou simplement de passage).

"Inculpée"

Le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable commence lorsqu'une personne est inculpée.

Il existe trois opinions différentes portant sur la détermination du moment où l'on peut prétendre qu'une personne est "inculpée". La première est à l'effet que le terme "inculpé" se rapporte aux cas où une dénonciation est faite ou qu'une accusation est portée.

Au Canada, toutes les infractions de juridiction provinciales ou fédérales de nature criminelle ou quasi-criminelle font l'objet de poursuites, soit par voie de déclaration sommaire de culpabilité, soit par voie de mise en accusation, conformément à l'article 27 de la Loi d'interprétation et au Code criminel ou en vertu d'une loi sur les poursuites sommaires provinciale ou de la loi qui crée l'infraction.

Les documents relatifs à l'inculpation (et aux plaidoiries principales) lors de poursuites en matières criminelles sont: la dénonciation (assermentée) et l'acte d'accusation (non-assermenté). Ces deux documents constituent une incrimination écrite de la poursuite, de ce qui est reproché au prévenu ou au défendeur, lequel n'a pas, contrairement à la procédure lors de poursuite civile, à produire de défense écrite, mais il doit plaider son innocence.

Une dénonciation est un document assermenté qui en théorie est rempli par un officier de justice auquel le dénonciateur a relaté des faits concrets (une plainte, un dommage causé) constituant une infraction aux yeux de la loi: les dénonciateurs sont en pratique des agents de la paix qui rédigent habituellement la dénonciation. En ce qui concerne les autres dénonciateurs, c'est un officier de justice qui remplira la dénonciation.

Paragraphe 455.3, 455.4, Formule 2, Code criminel.

Un acte d'accusation, par opposition à la dénonciation, est un document non assermenté rédigé par le procureur général ou son représentant ou, en Colombie-Britannique, par le greffier de la paix, ou encore par toute autre personne sur consentement écrit du procureur général ou des juges désignés, ou par l'ordonnance de juges désignés.

Articles 496, 505, 507, Formules 3 et 4, Code criminel (Voir Ewaschuck, E., Criminal Pleadings, Practice and Evidence; copie précédant la publication et Atrens, J., The Charging Procedure in Criminal Procedure: Canadian Law and Practice (1981) Butterworths).

Il devrait être fait mention de deux autres positions. Une deuxième opinion laisse entendre qu'une personne peut être tenue pour inculpée lorsqu'un agent de la paix l'arrête en lui disant: "je vous arrête pour le motif qu'une telle accusation a été portée contre vous". M.J. Humphreys, en déterminant le moment où une personne est "inculpée" en vertu du Summary Jurisdiction Act (1879) c. 49, art. 44 a énoncé ce qui suit:

(Traduction)

"L'expression "La personne inculpée" prend plusieurs sens différents; à mon avis, cela peut comprendre le cas d'une personne qui a été arrêtée à la suite d'une accusation, comme ce pourrait être le cas pour une infraction majeure ou celui d'une personne qui a été arrêtée, en exécution d'un mandat délivré à son nom par un magistrat ou même celui d'une personne ayant reçu une sommation, ce qui constitue une autre façon d'amener une personne devant le tribunal pour qu'elle comparaisse et réponde à l'accusation portée contre elle, mais je crois que l'article doit se limiter aux cas où une personne est, à tout le moins, accusée, et en ce sens, inculpée d'une infraction majeure ou d'un acte délictueux."

Voir toutefois la décision rendue par le juge Pearson à la page 349 de la cause R. v. Norfolk Quarter Session, ex. p. Brunson (1953) 1 All E.R. 346, aussi publiée dans (1953) 1 Q.B. 503, aux pages 510 et 511.

"D'une certaine façon, une personne peut être inculpée au moment où le policier l'arrête, sans mandat, en se fondant sur des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle a commis une infraction grave; il doit alors l'informer des motifs de son arrestation. La police peut prendre des mesures additionnelles au poste de police, mais ce ne sont pas ces mesures prises à un stade préliminaire qui font qu'une personne est arrêtée et inculpée au sens propre et qui, comme je l'aurais cru, signifient qu'une dénonciation a été faite contre elle de sorte que la poursuite a déjà été engagée lors de cette étape. Je ne suis pas convaincu qu'elle puisse être considérée comme étant inculpée (aus termes de l'article 17 de l'Indictable Offence Act 1848) ... avant qu'une dénonciation ne soit faite".

Dans la cause U.S. v. Marion 404, U.S. 307, la Cour suprême des Etats-Unis en décidant quand s'appliquait le sixième Amendement qui prévoit le droit d'être jugé rapidement, a statué que le droit est attribué au moment où un suspect devient un "accusé" et que le délai ne commence à courir qu'à ce moment ce qui survient lorsqu'il est inculpé d'un crime de façon formelle par acte d'accusation ou par dénonciation.

Troisièmement, lors d'une récente conférence fédérale-provinciale, quelques participants ont soutenu qu'une personne ne devait être considérée comme inculpée, aux fins de La loi constitutionnelle de 1982, qu'au moment de sa première comparution à la suite d'une dénonciation ou d'un acte d'accusation. Ni l'une ni l'autre de ces deux opinions ne semble bénéficier d'un appui substantiel.

Au Canada, il semble bien établi en droit que le moment où une personne est réputée inculpée est celui où une dénonciation est faite ou qu'un acte d'accusation est porté. Dans ce cas, le droit établi dans La loi constitutionnelle de 1982 à l'alinéa 11 e) ne s'appliquerait pas avant que la personne ne soit inculpée de la façon susmentionnée. Il peut être pris pour acquis que ce droit régira la cautionnement, lorsque des accusations seront portées en vertu du Code criminel et de tout autre texte de loi de juridiction fédérale ou provinciale portant sur les poursuites par voie de déclaration sommaire de culpabilité et par voie de mise en accusation.

Toutefois, il semble que le cautionnement, tel qu'il s'applique dans des cas où il n'y a pas d'inculpation (par exemple: témoins, questions qui relèvent du coroner, questions portant sur l'immigration, etc.) peut être hors de la portée de l'alinéa 11 e) de La loi constitutionnelle de 1982.

"Une infraction"*

L'étendue et le sens à attribuer à l'expression "infraction" sont de la plus haute importance. Le terme "infraction" ne comprend-t-il que les actes criminels définis par le droit pénal fédéral? S'étend-t-il jusqu'au point de comprendre les infractions et les contraventions aux lois fédérales? A-t-il une portée telle qu'il englobe les infractions et contraventions définies par les lois provinciales? Qu'en est-il des infractions et contraventions déterminées à la suite d'une délégation de pouvoir valide (exemple: lois, règlements)? Il est difficile de déterminer la portée exacte et le sens de l'expression "infraction", parce qu'elle a été employée de diverses façons, à mauvais escient; de plus, elle a été définie et redéfinie dans la "common law" depuis des centaines d'années. L'ouvrage intitulé An Approach to Distinguishing True Crimes from Other Offences (1982) de M.A. Graham contient une analyse exhaustive qui distingue les véritables crimes des autres infractions, document photocopié préparé lors du projet de révision du Code criminel. Voir aussi: Justice, Breaking the Rules London (1980); il s'agit d'une étude de droit comparé portant sur cette distinction. L'arrêt canadien R. c. La corporation de la ville de Sault-Ste-Marie (1978) 85 D.L.R. (3e) 161 constitue le précédent en la matière.

Aux termes du Code criminel, l'expression "infraction" est prise dans un sens restrictif. Le mot "infraction" que se trouve à l'article 35 du Code criminel et l'expression "acte criminel" de l'article 648 (articles prévoyant l'arrestation sans mandat) ne comprennent pas une contravention à un texte de loi provincial. Le Code criminel porte sur le droit pénal au Canada, et traite des diverses infractions de cette catégorie, et lorsqu'il est question "d'infraction" un rapport s'établit, de prime abord, avec ce qui se trouve dans le champ d'application des dispositions du Code criminel (R. v. Pollard 1917) 29 C.C.C. 35).

* Consulter aussi la section 11 du présent manuel "sens du terme - infraction".

L'existence de centaines de lois provinciales et municipales qui définissent des infractions et prévoient des procédures pour les traiter (exemple voir le Provincial Offence Act (1979) S.O. chap. 4) suggère fortement qu'il est nécessaire d'adopter une définition plus libérale du terme infraction.

De plus, il est généralement admis que les infractions et contraventions aux autres textes de lois de juridiction fédérale ou provinciale peuvent faire partie de la catégorie des "infractions". Il est à remarquer que l'article 32 de La loi constitutionnelle de 1982 énonce que la Charte canadienne des droits et libertés, s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada, aux territoires, et aux législatures et gouvernements des provinces. L'interprétation restrictive du terme "infraction", que ce soit pour les interdictions décrétées en vertu du droit pénal fédéral ou des autres textes de lois fédérales aurait pour effet d'annuler les effets de La loi constitutionnelle de 1982. On peut présumer par conséquent, que toutes les infractions punissables par voie de déclaration sommaire de culpabilité et par voie de mise en accusation contenues au Code criminel et dans les autres textes de loi de juridiction fédérale et provinciale correspondent à l'expression "infraction" telle qu'employée dans cet article. Toutefois, il faut signaler que cette expression bénéficie d'interprétation plus large que le passage "accusée d'un acte criminel" employé dans la Déclaration canadienne des droits et peut par conséquent comprendre des infractions autres que celles de nature criminelle ou quasi-criminelle que prévoient des textes de lois de juridiction fédérale ou provinciale.

La conclusion que précède laisse de nombreuses questions sans réponses. Par exemple:

- Dans les audiences en matière d'immigration ou dans des audiences au cours desquelles les droits d'une personne peuvent être atteints, est-il question

"d'infractions" si des peines arbitraires ou administratives peuvent être imposées, voir R. v. Cole (1980) C.C.C. (2^e) 34. La définition d'"infraction" est importante dans un tel cas, et il sera sans aucun doute invoqué qu'elle comprend toute situation où une autorité peut accuser une personne d'avoir enfreint la loi et peut, de ce fait, imposer une peine.

- La procédure de radiation constitue-t-elle une poursuite intentée à un avocat accusé d'avoir commis une "infraction"? La cour d'Alabama a décidé que ce n'était pas le cas (ex parte Montgomery, 244 Ala. 91). De toute façon, quel est le statut des nombreuses autres entités para-gouvernementales et quasiindépendantes, créées et étroitement réglementées par les textes de loi de juridiction fédérale et provinciale, lesquels comportent un pouvoir absolu d'intenter des poursuites relatives aux contraventions, de les juger et puis d'imposer des sanctions très sévères à des particuliers qui sont assujettis à leur autorité?

- Quel est le statut des actions intentées par les organismes fédéraux et provinciaux qui détiennent le pouvoir de poursuivre des particuliers et de récupérer des sommes d'argent au moyen d'un recours civil intenté contre ceux qui ont fait de fausses déclarations ou qui n'ont pas entièrement relaté leur situation de façon à obtenir des prestations (exemples, assurance-chômage, aide sociale, assurance maladie etc.)? Le défaut de se conformer aux dispositions d'une loi peut être considéré comme une "infraction" même si aucune sanction pénale n'est imposée, mais seulement une peine pécuniaire recouvrable en tant que créance. Une telle disposition ne crée pas un acte criminel punissable sur déclaration sommaire de culpabilité au sens de l'article 5 du Summary Jurisdiction Act (1848) du R.U. (Brown v. Allweather Mechanical Grouting Co. (1954) 2 Q.B. 433).

"A le droit"

Tout comme tant de nos institutions juridiques, notre système de cautionnement provient d'Angleterre et remonte à la nuit des temps. Après des siècles d'évolution en Angleterre, la pratique du cautionnement a été codifiée en premier lieu dans le Statute of Westminster I, 3 Edward I, c. 15 (1275). (Voir Elsa De Haas Antiquities of Bail: Origin and Historical Development in Criminal Cases to the year 1275; New York: 1940). En Angleterre, c'est devenu "l'assumption of law" (traduction: prise en charge légale), qui se fonde probablement sur la Magna Charta (Grande Charte) et qui décrétait dans la Habeas Corpus Act (1640) 31 Car. 2., c. 2, que les personnes inculpées d'un crime, sauf de trahison ou d'une infraction majeure, avaient le droit de conserver leur liberté si elles fournissaient un cautionnement suffisant (Lord Russell, dans la cause R. v. Spilsbury, (1898) 2 Q.B. 615, aux pages 622-623, citation tirée du Short and Mellor's Crown Office Practice). Par la suite, cette institution a subi tellement de modifications que dans les cas d'actes délictueux, le cautionnement était une question de droit mais il était assujetté à un pouvoir discrétionnaire dans les cas d'infractions majeures. Cette règle a prévalu au Canada jusqu'en 1869, lorsqu'en vertu du S.C. (1869), 32-33 VICT c. 30, le cautionnement est devenu discrétionnaire dans les deux cas (cf: le juge Mathers, B.R.) dans R. v. Russell (1919) 32 C.C.C. 66). Jusqu'à l'apparition de la Loi sur la réforme du cautionnement le juge conservait toujours une grande discrétion quant à la mise en liberté du prévenu et aux conditions, qui s'y rattachaient, (McWilliams, P.K., The Law of Bail (1966-1967) 9 Crim. L.Q. 21 & 145).

La Loi sur la réforme du cautionnement ne crée pas un droit absolu au cautionnement; cette loi prévoit tout simplement que le juge est explicitement tenu de libérer le prévenu dès que la garantie que ce dernier comparaitra au procès est obtenue et que sa mise en liberté ne va pas à l'encontre de l'intérêt public ou de l'administration de la justice.

M.M. Phelps, dans l'article intitulé The Legal Basis of the Right to Bail (1970) 4 Man. L.J. 143, en arrive à la conclusion que la jurisprudence actuelle au Canada, favorise l'obtention du cautionnement tandis que le Code criminel en établit les critères d'admissibilité. Il s'agit seulement par conséquent, d'un "presque droit" ou d'un "quasi-droit" parce qu'il est assujéti au pouvoir discrétionnaire du magistrat ou du juge, et aux restrictions prévues au Code criminel. Monsieur le professeur Tarnopolsky a, dans son ouvrage intitulé: The Canadian Bill of Rights (1966), analysé l'alinéa 2 f) de la Déclaration canadienne des droits et en vient aussi à la conclusion que cette disposition ne modifie pas la condition du cautionnement en tant que "droit nouveau" seulement. Rien dans cet article ne va à l'encontre du pouvoir discrétionnaire bien établi du juge de refuser un cautionnement lorsqu'il estime préférable d'agir de cette façon, et la Déclaration canadienne des droits n'influencera vraisemblablement pas ce pouvoir, puisque le critère de la "juste cause" est relié au droit à la mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable.

La similitude de langage et de structure entre l'alinéa 2 f) de la Déclaration canadienne des droits et l'alinéa 11 e) de La loi constitutionnelle de 1982 sous-entend que cette loi ne modifie pas seulement la position du cautionnement en tant que "presque droit".

"De ne pas être privé d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable"

Le passage de l'alinéa 11 e) qui énonce que: "tout inculpé a le droit de ne pas être privé" contient la construction grammaticale connue sous le nom de double négation; MM. H.W. Fowler dans son ouvrage intitulé Modern English Usage (1969) et O. Jespersen dans Essentials of English Grammar (1933), ont déclaré que: (traduction) "si deux négations se rapportent à la même idée ou au même mot,

comme dans "pas rare", "pas peu fréquent", "non sans peur", le résultat est toujours positif, bien que les deux négations ne s'annulent pas vraiment l'une l'autre: l'expression contenant la double négation est comparativement plus faible et sous-entend une hésitation de la part de son auteur, qui ne se trouve pas dans les courtes expressions: "ordinaire, courante, avec crainte". Voir aussi l'ouvrage de M.E. Partridge intitulé Usage and Abusage (1965). L'approche et la formulation employée dans l'alinéa 11 e) est semblable à celle de l'alinéa 2 f) de la Déclaration canadienne des droits.

Apparemment ce qui motive le choix de cette phraséologie est de deux ordres. Premièrement, elle évite la création d'un droit absolu au cautionnement et conserve au juge le pouvoir de le refuser. En second lieu, elle prévoit que le cautionnement doit être raisonnable et dans l'éventualité où il n'était pas accordé, le refus ne pourrait être motivé que par une juste cause.

"Mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable"

Le concept de "cautionnement raisonnable" a été introduit au Canada par l'entremise de l'alinéa 2 f) de la Déclaration canadienne des droits. Les termes eux-mêmes ne semblent pas avoir fait l'objet d'une analyse par les tribunaux en dehors de ce contexte. Dans l'arrêt In Re D. Stefano (1977), 30 C.C.C. (3^e) 310 le juge Morrow (de la C.S. des T.-N.-O.) a statué qu'une personne détenue en vertu d'un mandat délivré conformément à la Loi sur l'extradition S.R.C. 1970 c. E-21 avait le droit de faire une demande pour obtenir un cautionnement en vertu de l'alinéa 2 f) de la Déclaration canadienne des droits. Dans la cause In Re Meier and United States of America (No. 2) 45 C.C.C. (2^e) 455 (B.C.S.C.) le juge Fulton en est arrivé à une conclusion similaire sur des faits assez semblables, en sous-entendant

que la question portant sur le cautionnement raisonnable dans un contexte juridique est concrète et dépend beaucoup des faits qui entourent chaque cas. Jusqu'à ce que le passage fasse l'objet d'une analyse par les tribunaux et que, ses paramètres soient délimités, le substitut du procureur général devra apprécier chaque cas et fonder sa plaidoirie sur cette appréciation.

Analyse jurisprudentielle du terme "raisonnable" au Canada.

Le juge MacFarlane, dans l'affaire Vantreight v. District of Saanich (1950) 2 W.W.R. 1203 (B.C.C.) a déclaré que "raisonnable" si l'on se réfère à la Land Registry Act R.S.B.C. 1948 c. 171 signifie "raisonnable en toute situation"; "en rapport logique avec ce qui se fait".

Le juge Gerein dans la cause Morgenson v. Wight (1963) 39 C.R. 56 a estimé que "raisonnable" au sens du "Vehicle Act" ne comprend pas rouler à une vitesse dangereuse "au mépris de la sécurité publique".

Le juge O'Driscoll dans l'arrêt R. v. Garrington et al. (1972), 9 C.C.C. 472, a déclaré que:

(traduction)

"Bien qu'indubitablement il soit juste, bien fondé et sensé qu'un officier de justice tienne compte de l'ampleur et de la gravité de l'infraction lors de l'évaluation du montant qui doit servir de dépôt conformément à l'alinéa 457(2)d), il commettrait à mon avis une erreur s'il ordonnait que le montant en question soit égal à une fraction ou à un multiple de la somme faisant l'objet du litige ou d'une partie non récupérée de cette somme.

Comme je l'ai déjà déclaré, jamais un substitut du procureur général n'a, devant moi ou devant un juge de la Cour provinciale, soutenu que les intéressés devaient faire l'objet d'une ordonnance de détention en vertu des paragraphes 457(5) et (7); en effet, il n'est interdit de rendre de telles ordonnances relativement à cette demande à cause des dispositions prévues à l'alinéa 457.5(7)e). (contre: alinéa 457.6(8)e)).

Il s'agirait aussi d'une erreur, à tout point de vue de fixer le montant du dépôt conformément à l'alinéa 457(2)d) à un montant si élevé que le résultat équivaldrait à une ordonnance de détention sous garde; de toute évidence une telle approche n'est

pas dans l'esprit de la Loi sur la réforme du cautionnement, d'autant plus que c'est contraire aux anciens principes qui conduisent à l'acceptation et à l'évaluation du montant exigé pour un cautionnement."

Cautionnement

Le cautionnement est défini et analysé en introduction.

"Sans juste cause"

L'expression en elle-même n'a fait l'objet d'aucune analyse par les tribunaux du Royaume-Uni ou du Canada. Le terme "sans" pris isolément non plus, mais la définition qu'en donnent les dictionnaires anglais lui attribuent généralement la définition suivante: hors, sauf, qui dépasse.

L'analyse faite par les tribunaux en droit anglais, laisse entendre que cette expression signifie "qu'une véritable raison devait être démontrée". Voir la décision rendue par le juge Jessel dans la cause Ex parte Cocks, dans In Re Poole (1882), 21 Ch. D. 397 à 403. En droit canadien, l'expression a été définie d'une manière générale, par rapport au contexte dans laquelle elle se trouve. Lorsqu'il s'agit de droit du travail, il a été statué que "juste cause" était synonyme de "cause juste" qui doit être déterminée après que toutes les circonstances de l'affaire ont été vérifiées. Voir R. v. Arthurs Ex parte Port Arthur Ship Building Co. (1967), 62 D.L.R. (2^e) 342 à 353, 361.

Voir la cause Re Drago Charles Sudar 6 W.C.B. 305 (Ont. Co. Ct), dans laquelle l'alinéa 2 f) de la Déclaration canadienne des droits a été invoqué relativement au cautionnement. Dans cette cause, le juge Cartwright a déclaré que lors d'une audience en matière d'extradition, dans laquelle les dispositions du Code criminel qui concernent le cautionnement ne s'appliquent pas, le fardeau de l'accusé, qui consiste à démontrer qu'il doit être remis en liberté, n'est pas excessivement lourd.

L'alinéa 2 f) de la Déclaration canadienne des droits interdit de refuser un cautionnement raisonnable sans juste cause et, par conséquent, un accusé n'a pas droit au cautionnement seulement lorsqu'il existe des circonstances exceptionnelles le garantissant.

L'éminent juriste a estimé que la Déclaration canadienne des droits obligeait le tribunal à libérer un accusé à moins qu'il n'y avait une juste cause à l'effet contraire.

En se fondant sur les définitions du "Black's Law dictionary" et sur l'interprétation tirée de la jurisprudence relativement à l'expression prise dans d'autres contextes, il est permis de croire que "juste cause" consiste en une cause valable, honnête et juste, qui n'est pas frivole mais qui repose au contraire sur un fondement solide. Toute décision de cette catégorie, prise par un agent de police ou par un officier de justice s'inscrirait probablement dans le cadre de l'expression.



LOWE-MARTIN

ALINEA 11f) - PROCÈS AVEC JURY

SOMMAIRE

A.	CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	1
B.	DROIT À UN PROCÈS AVEC JURY - LOI RELATIVE AUX ENQUÊTES SUR LES COALITIONS	1
	(i) Paragraphe 44(3) - Procès mettant en cause des sociétés	1
	(ii) Paragraphe 46(2) - Procès devant la Cour fédérale	4
C.	EXCEPTION: INFRACTIONS RELEVANT DE LA JUSTICE MILITAIRE	4
D.	DIVERGENCE ENTRE LA VERSION ANGLAISE ET LA VERSION FRANÇAISE	10

ALINÉA 11(f) PROCÈS AVEC JURY

Article 11. Tout inculpé a le droit:

- f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave.

A. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

L'alinéa 11f) reconnaît le droit d'obtenir un procès avec jury. Il n'impose pas un tel procès. Toutes les infractions au Code criminel qui sont punissables d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus exigent un procès avec jury ou donnent à l'accusé la possibilité d'obtenir un tel procès, selon le cas. (Voir les articles 429, 429.1, 430, 427, 464, 483 et 484 du Code criminel). De plus, le procureur général peut exiger un procès par jury (article 498) et, dans les territoires, un jury peut n'être constitué que de six personnes plutôt que de douze (article 561). Les dispositions du Code criminel relatives aux jurys s'appliquent à toutes les autres lois fédérales à moins de stipulations contraires¹. Or, que je sache, le seul texte qui contienne une stipulation contraire est la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Hors cette exception, aucun texte fédéral ne nie ce droit.

B. DROIT À UN PROCÈS AVEC JURY - LOI RELATIVE AUX ENQUÊTES SUR LES COALITIONS

- (i) La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions interdit expressément qu'une société soit jugée par

1. Paragraphe 27(2) de la Loi d'interprétation.

un juge et un jury pour quelque infraction, et ce, bien que plusieurs des infractions prévues soient susceptibles d'entraîner pour les personnes des peines d'emprisonnement de cinq ans ou plus²:

Paragraphe 44(3). Nonobstant toute disposition du Code criminel ou de quelque autre statut ou loi, une société accusée d'une infraction visée par la présente loi doit être jugée sans l'intervention du jury.

L'alinéa 11f) crée-t-il le droit pour une société d'être jugée par un juge et un jury? Une société est-elle "personne"?

Il est possible de soutenir que l'alinéa 11f) de la Charte ne fait que définir les infractions pour lesquelles "toute personne" peut choisir un procès devant juge et jury, en l'occurrence toute infraction comportant une peine de cinq d'emprisonnement ou plus, que cette dernière puisse ou non être effectivement infligée. Il peut également être soutenu, sur le fondement de l'article 28 de la Loi d'interprétation, que le terme "personne" désigne également une société, bien qu'il ne soit pas certain que cette loi soit applicable en ce cas la Charte n'étant pas un texte adopté par le Parlement.

Bien que la Déclaration des droits ne consacre pas expressément le droit d'obtenir un procès avec jury, un avocat a soutenu, dans l'affaire R. v. Colgate Palmolive Ltd., 1972 8 C.C.C. (2d) 40 (Ont. C.C.), que

-
- | | | | |
|----|----------------------|------------|--|
| 2. | Voir les paragraphes | 32(1) | - complot |
| | | 32.2(2) | - truquage des offres |
| | | 32.3(1) | - complot relatif au sport professionnel |
| | Les sous-alinéas | 36(5)(a) | - publicité trompeuse |
| | | 36.1(2)(a) | - indicatives relatives à l'épreuve acceptable et publication d'attestations |
| | | 36.3(3)(a) | - ventes pyramidales |
| | | 36.4(3)(a) | - ventes par recommandation |
| | | 37.2(2)(a) | - concours publicitaire |
| | L'alinéa | 38(a) | - fixation du prix de revente |
| | Le sous-alinéa | 46.1(a) | - défaut d'observer une ordonnance de la C.P.R.C. |

l'alinéa la) ("application régulière de la loi") garantit à toute "personne" le droit à un procès avec jury et que ce terme comprenait les sociétés accusées en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. La Cour a repoussé cet argument et jugé que, au sens de la Déclaration des droits, le terme "personne" ne désignait qu'une personne physique et non une société. Elle s'est exprimée en ces termes à la page 43:

(Traduction) "L'article 1 de la Déclaration canadienne des droits ne parlant que de discrimination fondée sur la race, l'origine nationale, la couleur, la religion ou le sexe, de droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, de droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi, de liberté de religion, de liberté de parole, de liberté de réunion et d'association, et de liberté de la presse, il semble évident que seules sont visées les personnes physiques et non les sociétés. Les personnes morales sont créées par la loi ou par une charte. Et si le Parlement et les législatures provinciales peuvent créer de telles entités, ils peuvent également en limiter les pouvoirs et les droits. Or, le Parlement a clairement privé la société inculpée sous la Loi des enquêtes sur les coalitions du droit à un procès avec jury. J'estime donc qu'une société n'est pas un individu au sens de la Déclaration canadienne des droits"

On peut également soutenir que, dans plusieurs des paragraphes de l'article 11, le terme "personne" vise de toute évidence une personne physique et non une société. Il faut étudier séparément le droit reconnu par chacun des paragraphes. Le droit de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable, prévu à l'alinéa 11e), de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même, prévu à l'alinéa 11c), ainsi que celui d'être informé de l'infraction précise reprochée, prévu à l'alinéa 11a), ne s'appliquent de toute évidence qu'à une personne physique. Une société serait incapable de se prévaloir de tels droits. Toutefois, le droit reconnu par l'alinéa 11b) d'être jugé dans un délai raisonnable pourrait s'appliquer à une société. Il n'est pas impossible de faire valoir que le droit consacré par l'alinéa 11f) ne s'applique qu'aux personnes physiques, puisque seules celles-ci peuvent s'en prévaloir, étant seules susceptibles d'être emprisonnées. L'alinéa 11f) de la Charte vise à garantir un procès avec jury aux personnes qui, dans

des affaires graves, risquent d'être condamnées à cinq années ou plus d'emprisonnement. Une société ne pouvant se voir infliger une telle peine, elle ne saurait se prévaloir de ce droit.

Au plus, pourrait-on prétendre que l'objet général de la Charte est de reconnaître les droits et libertés fondamentaux existant dans le contexte des relations entre les particuliers et l'état. Non seulement la Charte ne vise pas à accorder de nouveaux droits aux sociétés, mais elle ne fait nulle part référence à celles-ci.

(ii) Aux termes du paragraphe 46(1) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, le procureur général du Canada peut, dans le cas de la plupart des infractions graves, intenter les procédures devant la Division de première instance de la Cour fédérale. Le paragraphe 46(4) exige cependant que l'"accusé" consente à un procès devant la Cour fédérale. Si les parties conviennent de saisir la Cour fédérale, le paragraphe 46(2) dispose que le procès aura lieu sans jury.

L'arrêt Colgate Palmolive ayant décidé que les sociétés ne sont pas des "personnes", il n'est pas certain qu'il faille obtenir leur consentement avant de les poursuivre devant la Cour fédérale.

Est-ce que "la personne" qui accepte d'être jugée par la Cour fédérale renonce par le fait même à son droit d'avoir un procès avec jury? La question n'aura sans doute jamais à être tranchée, puisqu'en matière de coalitions, les parties veulent rarement que l'affaire soit portée devant la Cour fédérale ou que le procès ait lieu devant un jury.

C. EXCEPTION: INFRACTION RELEVANT DE LA JUSTICE MILITAIRE

Le Black's Law Dictionary, dans sa cinquième édition, définit ainsi la justice militaire:

(Traduction) "Le système de règles destiné à régir les forces armées. La branche du droit relative à la discipline militaire et au gouvernement des militaires. Il ne faut pas confondre justice militaire et loi martiale. En effet, la première ne s'applique qu'au personnel militaire, alors que la seconde, une fois instituée, s'applique aussi bien aux civils qu'aux soldats et prime sur les lois civiles."

Au Canada, les textes relatifs à la justice militaire sont ceux qui sont adoptés par le Parlement sous le régime du paragraphe 91(7) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 qui dispose que.

91... L'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à ...

(7) La milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays.

Dans MacKay c. La Reine, (1980) 2 R.C.S. 370, le juge Ritchie a interprété ce paragraphe de la façon suivante, à la page 390:

"Il faut d'abord faire remarquer que la Loi sur la défense nationale, en vertu de laquelle les accusations ont été portées en l'espèce, est une loi édictée en application de l'obligation de légiférer assignée au Parlement par le par. 91(7)

Ce pouvoir doit, à mon avis, comporter celui d'édicter des lois pour régler et régir la conduite et la discipline des membres des forces armées, ce qui implique en conséquence l'adoption de dispositions établissant des tribunaux chargés de leur application.

Il s'agit là de toute évidence d'une loi adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier, qui vise une catégorie particulière de personnes à savoir les membres des forces armées."

Le juge ajoute, à la page 397:

"Le pouvoir de permettre aux autorités militaires d'intenter des poursuites est un aspect nécessaire de la répression des infractions militaires que l'on a toujours considérées comme faisant partie du droit militaire. La loi en cause tire sa force du par. 91(7) et il n'y a donc pas d'application possible des pouvoirs provinciaux en vertu du par. 91(24). La Loi ressortit donc exclusivement au Parlement, même dans les domaines qui relèvent normalement du Code criminel ou de la Loi sur les stupéfiants mais qui, à cause de la loi et de l'application du droit militaire, sont à bon droit inclus dans la catégorie des infractions militaires."

Sur le fondement de l'arrêt Prata c. le ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration (1976) 1 R.C.S. 376, il fut jugé que la Déclaration des droits ne s'appliquait pas aux procédures prises sous le régime de la Loi sur la défense nationale.

Le juge McIntyre, dans des motifs concordants auxquels a souscrit le juge Dickson, reconnaît la validité de cette justice militaire, mais estime néanmoins qu'elle est assujettie à la Déclaration canadienne des droits. Il s'exprime en ces termes à la page 405:

"Avant l'adoption de la Déclaration canadienne des droits, le Parlement aurait pu, dans l'exercice du pouvoir que lui confère le par. 91(7) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, adopter sans restriction toute loi relative à l'administration et à la réglementation des forces armées. Cependant, la Déclaration canadienne des droits a introduit une autre dimension et il faut maintenant interpréter les lois fédérales conformément à ses préceptes. La création et le maintien des forces armées du pays constituent sans aucun doute un objectif fédéral régulier relevant de la compétence du Parlement fédéral. Un objectif fédéral régulier doit cependant signifier plus qu'un objectif qui relève simplement de la compétence législative fédérale en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Même en l'absence de la Déclaration canadienne des droits, une loi fédérale serait inconstitutionnelle si elle ne visait pas pareil objectif. Le terme "régulier" dans ce contexte doit introduire un concept de validité non seulement dans le champ de compétence législative constitutionnelle mais aussi de validité dans le sens de respect de la Déclaration canadienne des droits."

Aux pages 407 et 408, il conclut que, d'une manière générale, la création d'un droit et de tribunaux militaires ne contrevient en rien à la Déclaration canadienne des droits:

"... la création d'un droit militaire et des tribunaux que requiert son application, ce qui implique nécessairement que, dans certains cas, le traitement juridique des militaires sera différent de celui des civils, ne constitue pas en soi un déni d'égalité devant la loi contraire aux dispositions de la Déclaration canadienne des droits. Il est clair que la création d'un droit militaire et de tribunaux s'est faite dans le cadre de l'accomplissement d'un objectif fédéral constitutionnel. À mon avis, cela s'est fait rationnellement, sans arbitraire ni caprice, et l'on n'a établi aucun motif inavoué pouvant s'interpréter comme une atteinte à un droit ou à une liberté protégés par la Déclaration canadienne des droits. Il me paraît très clair que l'apparition du droit et des tribunaux militaires est la suite logique des problèmes particuliers que rencontrent les militaires dans l'accomplissement de leurs diverses tâches. Il est socialement souhaitable de reconnaître que les

militaires forment une catégorie au sein de la société à l'égard de laquelle existent des lois particulières relatives aux droits et recours, y compris des tribunaux et des procédures particuliers, ce qui, à mon avis, ne contrevient pas à la Déclaration canadienne des droits."

Mais tout en reconnaissant la nécessité de répondre aux besoins des forces armées, il souligne qu'il ne faut déroger au principe de l'égalité devant la loi que dans la mesure où cela est nécessaire. Il s'exprime en ces termes à la page 408:

"Il ne faut cependant pas oublier que, puisqu'on doit respecter le principe de l'égalité devant la loi, on ne peut y déroger que lorsque cela est nécessaire pour accomplir des objectifs seulement souhaitables et, dans ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour y parvenir étant donné les circonstances. Il faut répondre aux besoins des forces armées, mais l'on ne doit pas déroger au principe de l'égalité devant la loi plus que cela n'est nécessaire. Le principe à respecter est celui de l'intervention la plus minime possible dans les droits d'un soldat en vertu du droit commun compte tenu des exigences de la discipline militaire et de l'efficacité des forces armées. Avec ce concept à l'esprit, je passe maintenant à la situation présente."

Après avoir constaté, à la page 408, que la Loi sur la défense nationale va trop loin sur certains points, il définit le droit militaire, page 409:

"... il y a plusieurs questions particulières aux forces armées qui exigent un code particulier et des tribunaux particuliers. Je pense aux infractions que je qualifierais de proprement militaires, comme l'absence sans permission, la désertion, l'insubordination, le non-respect des règlements militaires relatifs au soin et à la manutention du matériel et de l'équipement militaires, le défaut d'obéir aux ordres licites des officiers et de nombreuses autres questions visées par la Loi sur la défense nationale, qui sont reliées aux problèmes et aux préoccupations des forces armées et qui exigent des règles et des procédures militaires particulières. Il s'agit là de questions qui relèvent à bon droit de la compétence du droit militaire et des tribunaux militaires. Il y a en outre des infractions qui, bien qu'elles constituent des infractions de droit commun, doivent également relever des tribunaux militaires lorsqu'elles sont commises par des soldats dans le cadre de leur activité militaire. Le vol et une infraction criminelle punissable par les tribunaux civils, mais, à mon avis, il est impossible de dire que lorsqu'un soldat en vole un autre dans une caserne, on ne peut pas également qualifier cette infraction d'infraction militaire relevant du droit militaire. On peut dire la même chose du trafic ou de la possession de stupéfiants prohibés dans une caserne et de nombreuses autres questions; les tribunaux militaires doivent avoir le pouvoir de les juger en plus des infractions

que l'on pourrait qualifier d'infractions militaires pures et simples."

à la page 410, il établit la distinction en ces termes:

"La question se pose donc ainsi: comment tracer la ligne de démarcation entre les infractions militaires ou reliées aux forces armées et celles qui n'y sont pas nécessairement reliées. À mon avis, une infraction de droit commun, si elle est commise par un civil, est également une infraction relevant de la compétence des cours martiales et du droit militaire si elle est commise par un soldat, lorsqu'elle est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu'elle serait susceptible d'influer sur le niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées."

L'étendue de la Loi sur la défense nationale comme loi militaire serait donc, selon lui, limitée:

"Je suis donc d'avis que lorsque les dispositions de la Loi sur la défense nationale confèrent aux cours martiales la compétence pour juger des soldats au Canada pour des infractions aux lois pénales canadiennes pour lesquelles des civils pourraient également être poursuivis, et lorsque ni la perpétration ni la nature de ces infractions ne sont nécessairement reliées aux forces armées en ce sens qu'elles ne tendent pas à influencer sur les niveaux d'efficacité et de discipline des forces armées, elles sont inopérantes parce que contraires à la Déclaration canadienne des droits, puisqu'elles créent pour le militaire en cause une inégalité devant la loi."

Le juge en chef fixe des limites encore plus étroites puisque, s'il reconnaît l'existence d'un code particulier régissant les forces armées, il en exclut cependant l'article 120 de la Loi sur la défense nationale et toutes les infractions au droit commun.

Il dit ceci aux pages 375 et 376:

"Il est nécessaire de se reporter à l'esprit de la Loi sur la défense nationale et à certaines de ses dispositions pour trancher les questions en litige dans le présent pourvoi. Il me faut dire dès maintenant que l'adoption d'un code particulier régissant les forces armées sous leur aspect militaire et concernant les activités et la discipline militaires n'est pas contestée ici. À cet égard, on peut se reporter aux art. 62 à 119 de la Loi sur la défense nationale. Un traitement spécial et une réglementation spéciale des forces armées à ce titre constituent une classification raisonnable qui, tant que la réglementation ne comporte aucune discrimination non pertinente, est sans doute compatible avec la Déclaration canadienne des droits. On prétend en l'occurrence toutefois que l'on a nettement débordé du cadre

d'un code militaire interne par l'art. 120 de la Loi sur la défense nationale et les dispositions connexes, puisqu'on y prévoit la poursuite d'infractions aux lois pénales ordinaires devant des tribunaux militaires, sans que les membres des forces armées accusés soient placés, face à ces lois dans la même situation que les autres membres du public accusés des mêmes infractions."

Il ajoute ce qui suit à la page 380:

"À mon avis, il est fondamental que lorsqu'une personne, quel que soit son statut ou son occupation, est accusée d'une infraction à la loi pénale ordinaire et doit être jugée en vertu de cette loi et conformément à ses prescriptions, elle ait le droit d'être jugée par une cour de justice, distincte de la poursuite et au-dessus de tout soupçon d'influence ou de dépendance d'autres personnes. Il n'y a rien dans le cas où l'accusé fait partie des forces armées, qui exige les connaissances ou l'habileté spéciales d'un officier supérieur, comme ce serait le cas si une infraction purement militaire ou disciplinaire relative à l'activité militaire était en cause. Il en découle que l'al. 2f) de la Déclaration canadienne des droits a été violé, parce que l'accusé, inculpé d'une infraction criminelle, avait le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et non préjugé.

En bref, je considère que les dispositions de la Loi sur la défense nationale sont inopérantes dans la mesure où elles prévoient que les infractions à la loi ordinaire sont jugées par des tribunaux militaires.

Je suis d'avis que l'appelant doit également avoir gain de cause en l'espèce sur le second moyen qu'il a invoqué, savoir, qu'il a été privé du droit à l'égalité devant la loi, contrairement à l'al. 1b) de la Déclaration canadienne des droits. Je ne peux concevoir qu'il puisse exister au Canada deux façons tellement différentes de juger des infractions à la loi ordinaire, selon que l'accusé fait partie ou non des forces armées."

Une certaine unanimité se dégage de ces trois opinions. Les règles relatives à la justice militaire auraient été codifiées par la Loi sur la défense nationale et comprendraient des infractions reliées aux problèmes et préoccupations des forces armées qui exigent des règles et des procédures militaires particulières et qui relèvent des tribunaux militaires. Les opinions diffèrent cependant, lorsqu'il s'agit des infractions dont traitent normalement les tribunaux civils. Pour la majorité, ces infractions qui tomberaient sous le Code criminel et la Loi sur les stupéfiants et relèveraient des tribunaux civils, deviennent des infractions militaires

lorsqu'elles sont commises par un membre des forces armées. La majorité ne précise pas dans quelle mesure les infractions qui relèvent habituellement des tribunaux civils peuvent être amenées sous la compétence des cours martiales par inscription dans la Loi sur la défense nationale. Dans son opinion concordante, le juge McIntyre exprime l'opinion que les cours martiales ne peuvent traiter une infraction relevant normalement d'un tribunal civil que dans la mesure où elle tend à influencer sur les niveaux d'efficacité et de discipline des forces armées. Le juge en chef Laskin, dans sa dissidence, refuse de reconnaître aux cours martiales toute compétence sur les infractions aux lois pénales.

La "justice militaire" au Canada peut être définie comme un droit portant généralement sur le gouvernement des militaires, et instituant notamment des normes d'efficacité et de discipline et une réglementation des questions proprement militaires. Elle dispose que les auteurs des infractions seront poursuivis devant les cours martiales par des militaires. À toutes fins utiles, l'ensemble de ces règles se retrouve dans la Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970 c. N-4, la Loi sur les forces étrangères présentes au Canada, S.R.C. 1970 c. V-6 ainsi que les règlements pris pour leur application. Les "cours martiales" sont les tribunaux créés par ces lois, et comprennent, ainsi qu'il est dit dans la Loi sur la défense nationale, les cours martiales générales, les cours martiales générales spéciales, les cours martiales disciplinaires, les cours martiales permanentes et les tribunaux militaires. La Loi sur les forces étrangères présentes au Canada définit les cas où un tribunal militaire étranger a compétence au Canada. L'affaire MacKay semble élargir cette définition de la justice militaire. Celle-ci comprendrait en effet, selon l'opinion de la majorité, toutes les infractions criminelles visées à l'article 120 de la Loi sur la défense nationale commises par des militaires. Compte tenu de la reconnaissance dans une charte constitutionnelle des droits inscrits dans la Déclaration des droits, et des changements intervenus dans la composition de la Cour, cette définition large de la "justice militaire" pourrait être restreinte lorsque surviendra une affaire conformément aux opinions du juge McIntyre et du juge en chef Laskin.

D. Alinéa 11f) Divergence entre la version anglaise et la version française

La version anglaise de l'alinéa 11f) et ainsi rédigée:

"except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal",

alors que la version française utilise les termes suivants:

"sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire".

Il est difficile de déterminer quelle importance il convient d'attacher à cette apparente divergence entre les deux versions. Est-ce que "justice militaire" est synonyme de "military law tried before military tribunal"? L'article 57 de la Charte précise que les versions française et anglaise de celle-ci ont également force de loi. L'esprit du texte exige que l'interprétation qui en est faite respecte ces deux versions.



LOWE-MARTIN



82-856

ALINÉA 11g) INFRACTIONS D'APRÈS
LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

Alinéa 11g)

"Tout inculpé a le droit:

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations."

Droit actuel: aucun, bien que les Cours reconnaissent depuis toujours une présomption à l'effet que les lois n'ont pas d'effet rétroactif sauf si cette intention est clairement exprimée.

Modifications:

Cette nouvelle disposition vise à inscrire dans la Constitution l'interdiction d'adopter des lois pénales à effet rétroactif, et à limiter très strictement les exceptions à cette interdiction.

Alinéa 11g)

Quel est l'effet de l'alinéa 11g)?

L'objet essentiel de cette disposition est d'empêcher le Parlement ou une législature provinciale d'adopter des lois pénales, criminelles ou quasi-criminelles à effet rétroactif. En ce qui concerne l'article 11, notre position est que ses alinéas s'appliquent à la fois aux infractions fédérales et provinciales.

Un autre document étudie l'utilisation du terme "infraction" dans les autres paragraphes de l'article 11. Toutefois, le libellé de l'alinéa 11g) est susceptible de donner lieu à deux interprétations bien différentes. D'une part, la disposition traite d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, "ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada". Ne pourrait-on pas soutenir que, par opposition au droit international "le droit interne du Canada" comprend à la fois les lois provinciales et les lois fédérales? En revanche, il pourrait également être soutenu que les mots "et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes

généraux de droit reconnu par l'ensemble des nations" ont pour effet de limiter l'application de ce paragraphe aux lois pénales relevant du fédéral. Le meilleur point de vue est que l'alinéa 11g) s'applique à la fois aux lois fédérales et provinciales.

Les exceptions

L'exception prévue dans cet alinéa risque de soulever quelques difficultés. Si une action constituait une infraction d'après le droit international à l'époque où elle a été commise, le Parlement pourrait adopter une loi rétroactive la punissant. Mais, les opinions divergent sur le point de savoir ce qui constitue une infraction d'après le droit international. Si les actes de piraterie sont généralement condamnés par le droit international, tous les cas ne sont pas aussi clairs. Est-ce que la torture constitue "une infraction d'après le droit international"? Une récente décision américaine a établi qu'il s'agissait d'un acte dommageable contraire au droit des nations. Voir Filartiga v. Pena-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir., 1980).

Les mots terminant cet alinéa présentent quelques problèmes particuliers. Est-il redondant d'ajouter: "et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations"? Les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées sont une des sources de droit international aux termes de l'alinéa 38c) du Statut de la Cour internationale de justice. On pourrait, par conséquent, soutenir que les mots "n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations" sont compris dans l'expression "une action qui ne constituait pas une infraction d'après le droit international". Toutefois, d'autres interprétations sont possibles. Il pourrait ainsi être prétendu que les crimes de guerre commis au cours de la Seconde Guerre mondiale ne constituaient pas des infractions d'après le droit international, à l'époque où ils ont été commis. De plus, le Statut du tribunal de Nuremberg pourrait être considéré comme une loi rétroactive d'après le droit

international. Si une telle interprétation était acceptée, un tribunal canadien pourrait s'autoriser des derniers mots de l'alinéa 11g) pour décider que, bien que les crimes de guerre ne fussent pas des infractions d'après le droit international au moment où ils furent commis, ils étaient cependant considérés à l'époque comme des actes criminels par les systèmes juridiques des pays civilisés. En conséquence, la loi rétroactive punissant les crimes de guerre serait constitutionnelle. Toutefois, cette interprétation serait plus facile à défendre si la terminologie de l'article 38 du Statut de la Cour de justice internationale avait été adoptée, c'est-à-dire si on avait parlé de "nations civilisées" plutôt que de "l'ensemble des nations".

Historique des exceptions

En remontant l'histoire législative, on remarque que la disposition relative à la législation rétroactive contenue au projet de résolution du 2 octobre 1980 était la suivante:

"11. Tout inculpé a le droit...

e) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction;..."

La présente version de l'alinéa 11g) vient de la motion déposée par le ministre de la Justice à la Chambre des communes le 13 février 1981.

Il ressort du mémoire présenté par le Congrès juif canadien au Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes le 13 novembre 1980 et le 28 janvier 1981, que les mots "n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations" ont été ajoutés à la demande de ce Congrès. Cette formule s'inspire de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article qui dispose que:

"1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.

2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations." (C'est nous qui soulignons)

À l'instar de l'article 15 du Pacte, l'alinéa 11g) de la Charte comprend deux exceptions au principe de non-rétroactivité:

- les actions qui constituaient une infraction d'après le droit international;
- les actions qui avaient un caractère criminel d'après les principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations.

Le Congrès juif canadien a recommandé qu'une formule comparable à celle du Pacte soit ajoutée à l'"exception de droit international", recommandation que le gouvernement a acceptée. Le motif qui sous-tend cette recommandation est loin d'être clair. Dans sa déposition du 28 janvier 1981, le Congrès juif canadien déclarait ce qui suit: (Traduction) "Cette adjonction, (la formule inspirée de l'article 15 du Pacte) établira clairement que tous les crimes visés par le Pacte seront aussi visés par le droit canadien". C'est là un commentaire dont le sens n'est guère évident. Il se peut que cette adjonction à la fin de l'alinéa 11g) joue simplement le rôle d'une assurance supplémentaire.

LOWE-MARTIN

82-856

ALINÉA 11(h) DOUBLE INCRIMINATION

"Tout inculpé a le droit

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;"

Droit actuel:

Articles 534-535 et 538 du Code criminel, entre autres; common law.

Modifications:

Il n'est pas possible d'évaluer la portée réelle de cette disposition tant que les tribunaux ne l'auront pas interprétée.

Problèmes:

Le principe de la double incrimination ou de la double peine s'applique-t-il uniquement à l'infraction précise sur laquelle a porté le procès ou à d'autres infractions qui auraient pu également faire l'objet d'un procès fondé sur les mêmes faits?

"Définitivement"

Ce mot semble, d'après nous, indiquer que l'exercice d'un droit d'appel est une procédure reliée au procès et que le verdict n'est pas définitif tant que toutes les voies de recours n'ont pas été épuisées.

Ce mot ne vise pas les situations où il y a annulation d'un procès et nouveau procès ou nouveau procès ordonné en appel. Ceci semble conforme au droit américain pour ce qui

est des nouveaux procès ordonnés à la suite d'un appel interjeté par le prévenu, mais non pour ce qui est des appels interjetés par la poursuite.

Le droit d'appel de la Couronne semble bien constituer une limite raisonnable, créée par une règle de droit, au sens de l'article 1.

Le droit d'appel que confèrent à la Couronne les articles 748, 762 et 719 ou 605 du Code criminel peut entraîner un nouveau procès. La décision R. v. Sheets (1971) R.C.S. 614 aborde la question du caractère définitif d'un jugement et peut avoir un certain intérêt pour cette étude. Cependant, cette décision examine la question de savoir quand un jugement devient définitif pour permettre un appel en vertu de l'article 605 du Code, mais non pas celle de savoir quand son caractère définitif interdit la reprise du procès, ce qui a été ordonné dans cette affaire.

La Cour d'appel de l'Alberta a déclaré dans l'arrêt R. v. Duhamel (1982) 1 W.W.R. 127:

"Une décision judiciaire est réputée définitive, lorsqu'il ne reste aucune question à trancher pour qu'elle ait son plein effet et soit capable d'exécution. Une décision judiciaire est absolue et certaine lorsqu'elle ne peut être légalement sujette à la rétractation, à un nouvel examen ou à modification par le tribunal qui l'a rendue."

À la page 132 du jugement, la Cour a également déclaré que ce mot ne s'appliquait pas au cas d'un nouveau procès ordonné en appel.

Effet de cet article sur le droit actuel

Cet article semble remplacer l'article 535 du Code, en ce sens qu'il ne semble plus nécessaire d'utiliser les plaidoyers spéciaux pour faire valoir ce droit. De plus, il semble que le prévenu ait le droit de demander l'arrêt des

procédures lors du procès, en vertu de l'article 24(1) de la Constitution, en invoquant ce droit devant un tribunal compétent.

Cet article risque néanmoins d'entraîner d'autres conséquences. À l'heure actuelle, après la décision R. v. Loyer et Blouin (1978) 40 C.C.C. (2d) 291, la Couronne peut inculper le prévenu d'une infraction plus grave et demander une punition plus sévère pour le même "délit" malgré que le prévenu ait plaidé coupable à un chef d'accusation moindre. Ce jugement explique en partie le principe dégagé dans l'arrêt R. v. Kienapple (1975) 15 C.C.C. (2d) 524 suivant lequel il ne peut y avoir double condamnation pour le même délit. Cependant, la portée de cet article dépend du sens que l'on attribuera au mot "une infraction". Il est possible de les interpréter de manière à empêcher une autre inculpation fondée sur le même article, prévoyant l'infraction mais permettant une inculpation en vertu d'une infraction connexe. Les procureurs de la défense soutiendront évidemment que cette interprétation n'est pas la bonne.

Logiquement, cet article semble avoir pour effet d'élargir et non de remplacer le principe de l'arrêt Kienapple, qui continuerait à exister en vertu de l'article 26 de la Constitution.

Cette disposition reflète sans doute les principes juridiques bix vexari et bis puniri.

Les dispositions procédurales en matière comme l'article 741 de mémorandum seraient sans doute sans objet mais elles resteraient en vigueur.

Il se peut que cet article rende caduc l'article 538 du Code, dans la mesure où le mot "une infraction" que l'on y trouve désigne, dans le cas d'une infraction incluse dans une infraction plus grave, cette infraction plus grave. Ceci n'entraînerait aucune modification importante du droit actuel. Dans le cas contraire, il serait possible de

continuer à utiliser l'article 538.

Une question intéressante est celle de l'effet de cette disposition sur l'article 83 du Code criminel et les articles 664(4) et 666 du Code. Dans la décision R. v. Langevin (1979) 47 C.C.C. (2d) 138, la Cour d'appel de l'Ontario a établi une distinction entre l'infraction prévue à l'article 83 et "le vol qualifié" au motif que la première mentionnait "utilise" et l'autre "muni" et que l'intention du Parlement était claire. Sous ce rapport, l'interprétation de l'intention du Parlement n'est pas nécessaire si la disposition est clairement incompatible avec la Charte. D'après nous, l'infraction prévue à l'article 83 du Code n'est pas incluse dans d'autres infractions et peut donc faire l'objet d'une inculpation malgré l'article 11.

Pour ce qui est de la violation des conditions d'une ordonnance de probation, la situation est moins claire. Lorsqu'un prévenu ne respecte pas la condition de "garder la paix" contenue dans une ordonnance de probation, l'infraction qu'il commet ainsi constitue le fondement de l'infraction prévue à l'article 666, violation d'une ordonnance de probation. Le prévenu est-il alors puni une nouvelle fois pour la même infraction? D'après nous, la deuxième infraction est, dans ses éléments essentiels, une violation de l'ordonnance de probation et constitue donc une infraction distincte. Certaines décisions semblent contredire ce point de vue, voir l'arrêt R. v. Chinn (1977) 38 C.C.C. (2d) 45, au moins dans le sens où elle critique la possibilité d'imposer deux peines.

Le paragraphe 664(4) du Code ne prévoit pas une double peine. La peine qu'il prévoit vise la première infraction, celle pour laquelle la sentence a été suspendue. La deuxième infraction a seulement pour effet de permettre au tribunal de faire comparaître devant lui la personne visée par l'ordonnance de probation.

Il est possible que cet article 11 retire tout effet à l'article 11 du Code, mais, si ce n'est pas le cas, ce dernier reste en vigueur. L'article 11 du Code mentionne une "infraction" visée par plus d'une loi. On peut donc se demander si l'existence de cet article indique que le Parlement reconnaît qu'une même "infraction" peut figurer dans plusieurs dispositions du Code. S'il en est ainsi, on pourrait utiliser ce raisonnement pour diminuer la portée de l'arrêt Loyer et Blouin, mentionné plus haut. Il semble néanmoins préférable d'interpréter l'article 11 comme voulant dire que des infractions différentes peuvent se fonder sur le même "acte ou omission". Cet article ne saurait donc influencer l'interprétation de l'alinéa 11(h).

Il semble que le droit en matière d'irrecevabilité à remettre en cause une question "d'estoppel" et de chose jugée ne soit pas modifié par cette disposition. Cependant, lorsque la Couronne a obtenu une condamnation pour l'infraction la plus grave à la suite d'une inculpation comportant deux chefs d'accusation et qu'elle désire éviter qu'un appel subséquent porte uniquement sur l'infraction la plus grave, cette disposition pourrait avoir pour effet d'empêcher un procès sur les chefs d'accusation qui n'ont pas donné lieu à une condamnation; voir entre autres, R. v. Silverberg (1981) 62 C.C.C. (2d) 283. En d'autres termes, lorsque les chefs d'accusation sont divisés et que la Couronne obtient une condamnation sur le chef le plus grave, la Couronne est-elle empêchée d'intenter des poursuites sur les autres chefs d'accusation? Ce pourrait être le cas si l'expression "une infraction" englobait les autres chefs d'accusation. Si cette interprétation n'est pas retenue, le droit actuel n'en sera pas modifié et la Couronne aura la possibilité d'instituer des poursuites sous d'autres accusations, si elle le désire.

Il convient de remarquer ici que l'idée de "peine" comprend une ordonnance de probation. Voir l'arrêt R. v. Cormier. On peut par contre se demander si une libération sans condition constitue une peine. Il semble que cette mesure

Il est possible que cet article 11 retire tout effet à l'article 11 du Code, mais, si ce n'est pas le cas, ce dernier reste en vigueur. L'article 11 du Code mentionne une "infraction" visée par plus d'une loi. On peut donc se demander si l'existence de cet article indique que le Parlement reconnaît qu'une même "infraction" peut figurer dans plusieurs dispositions du Code. S'il en est ainsi, on pourrait utiliser ce raisonnement pour diminuer la portée de l'arrêt Loyer et Blouin, mentionné plus haut. Il semble néanmoins préférable d'interpréter l'article 11 comme voulant dire que des infractions différentes peuvent se fonder sur le même "acte ou omission". Cet article ne saurait donc influencer l'interprétation de l'article 11(h).

Il semble que le droit en matière d'irrecevabilité à remettre en cause une question "d'estoppel" et de chose jugée ne soit pas modifié par cette disposition. Cependant, lorsque la Couronne a obtenu une condamnation pour l'infraction la plus grave à la suite d'une inculpation comportant deux chefs d'accusation et qu'elle désire éviter qu'un appel subséquent porte uniquement sur l'infraction la plus grave, cette disposition pourrait avoir pour effet d'empêcher un procès sur les chefs d'accusation qui n'ont pas donné lieu à une condamnation; voir entre autres, R. v. Silverberg (1981) 62 C.C.C. (2d) 283. En d'autres termes, lorsque les chefs d'accusation sont divisés et que la Couronne obtient une condamnation sur le chef le plus grave, la Couronne est-elle empêchée d'intenter des poursuites sur les autres chefs d'accusation? Ce pourrait être le cas si l'expression "une infraction" englobait les autres chefs d'accusation. Si cette interprétation n'est pas retenue, le droit actuel n'en sera pas modifié et la Couronne aura la possibilité d'instituer des poursuites sous d'autres accusations, si elle le désire.

ALINÉA 11(i): DROIT DE BÉNÉFICIER DE LA PEINE LA MOINS SEVERE

"Tout inculpé a le droit:

...

- i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence."

Droit actuel: articles 35 et 36 de la Loi d'interprétation.

Changements importants:

Cet alinéa s'inspire de l'alinéa 36e) de la Loi d'interprétation, S.R.C. de 1970, chapitre I - 23, de façon à permettre à un inculpé de bénéficier d'une peine moins sévère sanctionnée par un texte législatif entré en vigueur après la perpétration de l'infraction. De plus, est abrogée la doctrine de la common law autorisant un tribunal à imposer une peine maximale plus grande dont l'entrée en vigueur est ultérieure à la perpétration de l'infraction voir R. v. Oliver, [1944] I.K.B. 68 (C.C.A.).

Considérations:

Aucune remarque d'importance. Voir les commentaires ci-dessous.

Incidence sur le droit actuel.

Cette disposition ne semble pas changer de façon significative le droit actuel. En effet, l'alinéa 36e) de la Loi d'interprétation ainsi que d'autres dispositions connexes ont essentiellement le même objet.

On peut cependant soutenir que l'on s'écarte de l'article 35 de la Loi d'interprétation selon lequel l'abrogation d'un texte législatif définissant une infraction et imposant une peine n'empêche pas des poursuites, ni l'imposition d'une peine. L'imposition d'une peine ne pourrait désormais plus se justifier, car ce serait là une mesure plus sévère que ce qu'il est prévu à l'égard de l'infraction, à savoir aucune peine.

Cette disposition empêcherait l'application de mesures législatives adoptées par le Parlement ou par l'assemblée législative des provinces, et ayant pour effet de rendre plus sévère, entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence, la peine maximale ou minimale encourue par certains particuliers.

Cet effet peut être important, car certains articles du Code criminel sont modifiés en profondeur par le projet de loi C-53 en ce qui a trait aux peines.

Si la peine maximale prévue pour une infraction passe de dix à cinq ans, avant que n'ait lieu l'audience de la cause d'un délinquant dangereux, ce changement pourrait empêcher cette audience d'avoir lieu.



LOWE-MARTIN

ARTICLE 12 PROTECTION CONTRE TOUS TRAITEMENTS
OU PEINES CRUELS ET INUSITÉS

Article 12:

Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

Il convient de comparer cet article avec l'alinéa 2 b) de la Déclaration canadienne des droits et les décisions judiciaires qui l'ont interprété.

L'art. 2 se lit en partie comme suit: "Nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme
b) infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition."

R. c. Miller et Cockriell (1976) 31 C.C.C. (2d) 177 (C.S.C.) la peine de mort dans le cas d'un meurtre ne constitue pas une peine cruelle et inusitée (nous examinerons cette décision plus en détail plus bas).

McCann et al c. La Reine et al (1975) 29 C.C.C. (2d) 337 (Cour fédérale, le Juge Heald) (la mise en cellule disciplinaire constitue dans les circonstances une peine cruelle et inusitée, contraire à la Déclaration canadienne des droits)

R. c. Shand (1976) 35 C.R.N.S. 202 (C.A. Ont.) (une peine minimale de sept ans d'emprisonnement pour l'importation d'un stupéfiant ne constitue pas une peine cruelle et inusitée, qui soit contraire à la Déclaration des droits).

R. v. Hatchwell (1974) 14 C.C.C. (2) 556 (C.A.C.B.) la détention préventive pour un criminel dangereux ne constitue pas une peine cruelle et inusitée, contraire à la Déclaration canadienne des droits, décision renversée par Hatchwell c. La Reine (1975) 21 C.C.C. (2d) 201 (C.S.C.) pour le motif que les preuves étaient insuffisantes pour déclarer que le prévenu était un délinquant dangereux - qui constitue un danger grave et immédiat à la vie ou l'intégrité physique d'autrui - alors qu'il avait un long casier judiciaire pour des infractions mineures contre les biens.

Matticks (1974) 15 C.C.C. (2d) 213 (C.S.C.) en appel de la C.A. du Q. (1973) 10 C.C.C. (2d) 438, la question était de savoir si les procédures criminelles habituelles étaient ultra vires, puis qu'elles ne concernaient pas le droit criminel; il a été décidé qu'elles concernaient ce droit et la cour en a conclu, sans autre analyse, "nous sommes également convaincus que l'art. 688 du Code criminel n'est pas une disposition rendue inopérante par la Déclaration canadienne des droits".

La décision dans l'affaire R. c. Miller et Cockriell est une décision unanime, 9 - 0, de la C.S.C. mais elle renferme en fait trois décisions distinctes:

La décision du juge en chef Laskin (à laquelle ont souscrit les juges Spence et Dickson), la décision du juge Ritchie (à laquelle ont souscrit les juges Martland, Judson, Pigeon et de Grandpré).

Nous pensons que la décision du juge en chef Laskin est la plus intéressante. Le juge Ritchie a décidé en effet que l'article 2 ne crée aucun droit nouveau et que son but était d'empêcher la violation de certains droits existants (d'après lui, l'art. 1 de la Déclaration a pour effet de limiter la portée de l'art. 2). Il a déclaré que, puisque l'art. 1 a) avait pour objet de reconnaître et déclarer l'existence des libertés fondamentales et des droits de la personne qui suivent, notamment:

- a) le droit de l'individu à la vie... et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

Cette dernière expression permettait au Parlement d'abroger le droit à la vie. Il s'agit là, d'après nous, de l'interprétation traditionnelle suivant laquelle la Déclaration canadienne des droits doit s'interpréter comme les autres textes législatifs.

D'après le juge en chef Laskin, l'al. 2b) de la Déclaration des droits doit s'interpréter seul. Sa portée n'est pas restreinte par l'art. 1 ni par des lois adoptées postérieurement.

Il a en outre décidé à la p. 183:

"L'alinéa 2b) actuel reprend le libellé du Bill of Rights anglais de 1688 et du huitième amendement de la Constitution américaine... Il est à mon sens évident que, si de nos jours, on imposait obligatoirement la peine de mort dans les cas de vols, ce serait contraire aux dispositions de l'al. 2b), en raison des considérations morales et sociales qui influencent la portée et l'application de ce paragraphe. La dureté d'une peine et la sévérité de ses conséquences sont fonction de l'infraction commise. Ceci dit, on peut encore se demander (et, à ce sujet, l'histoire peut nous être de quelque utilité) si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine. Ce n'est pas une définition bien précise de l'al. 2 b), mais je doute que l'on puisse faire mieux."

Sa Seigneurie examine ensuite s'il convient d'interpréter les mots "cruel et inusité" ensemble ou séparément et réfère à diverses décisions de la Cour suprême des Etats-Unis. Il examine ces deux mots à la p. 184.

"... (ils) ne doivent pas être considérés comme conjonctifs, en ce sens qu'il faudrait faire une analyse rigoureusement autonome de chaque mot et que le sens de chacun doive s'appliquer au cas en litige, pour que cette disposition ait quelque effet sur la législation contestée. Il s'agit plutôt de termes que se complètent et qui, interprétés l'un par l'autre, doivent être considérés comme la formulation concise d'une norme. C'est à mon avis une interprétation raisonnable conforme au devoir de la Cour de ne pas diminuer la protection offerte par la Déclaration canadienne des droits en interprétant de façon restrictive ce document quasi-constitutionnel."

Sa Seigneurie examine ensuite en détail les décisions américaines d'après lesquelles la peine de mort est inconstitutionnelle et établit un certain nombre de distinctions entre le droit américain canadien, notamment:

- 1) il existe un seul Code criminel applicable à tout le Canada;
- 2) en droit pénal canadien, les jurés ne prononcent pas les sentences tandis qu'aux E.U. ce pouvoir donne lieu "à des sentences discriminatoires, inconséquentes et même surprenantes, et à des condamnations tellement rares par rapport au nombre de cas où elles auraient pu être imposées, qu'elles rendent la peine de mort cruelle et inusitée";
- 3) Au Canada, les condamnations à la peine capitale ouvrent toutes les voies de recours; l'accusé possède le droit absolu d'interjeter appel devant cette cour, pour tout motif de droit ou de fait, ou pour tous motifs mixtes de droit et de fait;
- 4) seules quelques infractions précises entraînent la peine capitale;
- 5) le gouvernement peut commuer les peines de mort.

Les appelants soulevaient quatre moyens à l'appui de leur thèse suivant laquelle la peine de mort est cruelle et inusitée, notamment:

- 1) la peine de mort est une peine exceptionnellement sévère et elle est en conséquence inhumaine et dégradante.

Ce moyen a été écarté à la p. 188:

"La gravité et le caractère irréversible de la peine de mort lorsqu'elle est exécutée révèlent certainement une sévérité injustifiée dans l'abstrait, mais la présente affaire porte sur la proportionnalité et sur l'imposition obligatoires de la peine de mort non pas à toute la catégorie des infractions les plus odieuses qui soient, c.-à-d. les meurtres, mais à des cas de meurtres précis et limités qui méritaient, selon le législateur, la peine de mort."

- 2) Cette peine est imposée arbitrairement parce que la poursuite a le pouvoir discrétionnaire de choisir le chef d'accusation et d'accepter un plaidoyer de culpabilité pour une infraction moindre et le jury a un certain pouvoir discrétionnaire quant aux divers verdicts qu'il peut rendre sur une accusation de meurtre.

Ce moyen a été écarté à la p. 193:

"Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite fait partie de la procédure criminelle normale et on ne peut présumer qu'il sera exercé malhonnêtement ou à mauvais escient. Je le répète, les jurés n'ont pas le pouvoir discrétionnaire absolu de déclarer un accusé coupable d'une infraction moindre comprise dans l'inculpation; leur verdict doit être fondé sur la preuve, et les dispositions du Code criminel concernant les recours devant les tribunaux d'appel ont pour but de corriger tout verdict déraisonnable ou non fondé que pourraient rendre les jurés."

- 3) Une grande partie de la population la considère inacceptable.

Sa Seigneurie écarte ce moyen à la p. 186-7 lorsqu'il déclare:

"...l'argument fondé sur le fait qu'une grande partie de la population canadienne considère la peine de mort inacceptable revient, à mon avis, à demander à la cour de définir et d'appliquer l'al. 2b) en fonction de statistiques sur les partisans et les adversaires de la peine capitale. Ce n'est pas ce que prescrit ce paragraphe."

- 3) Elle est excessive puisqu'on ne peut établir qu'elle a un effet plus dissuasif que des peines moins définitives qui seraient imposées pour les meurtres.

Ce moyen a été également écarté à la p. 189:

"En fait, je reconnais comme l'avancent les appelants et l'intervenante qu'il n'y a pas de preuve déterminante que la peine de mort décourage le crime, mais l'on peut tout aussi bien dire, tout au moins à l'égard des cas circonscrits qui nous occupent qu'on ne peut pas prouver non plus que le maintien de la peine de mort n'ait eu aucun effet."

Et plus loin à la p. 189:

"J'en viens à la seconde prémisse inacceptable: l'exemplarité de la peine devrait être la considération déterminante dans l'examen de la peine de mort imposée de façon obligatoire aux fins de l'al. 2b), et, au mieux, il faudrait n'accorder que très peu d'importance à l'esprit justicier ou à l'indignation générale qui peuvent raisonnablement s'exprimer dans une politique pénale qui impose la peine de mort dans les cas de meurtres de policiers et de gardiens de prison. On comprend facilement qu'une société disciplinée, révoltée par certains meurtres, particulièrement ceux de policiers et de gardiens de prison, puissent imposer une sanction aussi sévère, qui ne serait pas justifiée pour des infractions moins graves."



LOWE-MARTIN



82-856

ARTICLE 14 - LE DROIT À L'ASSISTANCE D'UN INTERPRÈTE

"La partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète."

INTRODUCTION

Le droit de faire traduire les procédures dans une langue comprise par un témoin ou une partie a été reconnu par l'alinéa 2g) de la Déclaration canadienne des droits; le passage pertinent de cet alinéa se lit comme suit:

- "2. ... nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme...
- (g) privant une personne du droit à l'assistance d'un interprète dans des procédures où elle est mise en cause ou est partie ou témoin, devant une cour, une commission, un office, un conseil ou autre tribunal si elle ne comprend ou ne parle pas la langue dans laquelle se déroulent ces procédures".

L'article 14 de la Charte constitutionnelle reprend, selon une formulation légèrement différente, le même droit, dont la portée a été étendue afin d'assurer la protection des personnes atteintes de surdité. Il serait raisonnable de penser que la nouvelle dimension du droit à l'interprétation s'applique aussi à un témoin qui est muet, puisque cette personne ne parle pas la langue employée bien qu'elle la comprenne; en outre, ce témoin continue nécessairement d'avoir le droit de rendre son témoignage de toute autre "manière par laquelle il peut se faire comprendre", tel que le permet l'article 6 de la Loi sur la preuve au Canada. Par ailleurs, contrairement à l'alinéa 2g) de la Déclaration canadienne des droits, l'article 14 ne s'applique pas à une personne qui est simplement "mise en cause" dans une procédure, ce qui excluerait donc toute personne qui n'est pas une partie, au sens où on l'entend généralement, ni un témoin.

Bien que le libellé de l'alinéa 2g) de la Déclaration canadienne des droits et celui de l'article 14 de la Charte soient différents, il semble que le fondement du droit à l'interprétation, qui tire son origine de la

common law, n'a pas changé. Il sera donc possible de définir les limites de ce droit à partir de la jurisprudence actuelle.

PRINCIPES JURISPRUDENTIELS

Bien qu'on ait toujours reconnu en droit l'obligation de retenir les services d'un interprète dans les cas où l'accusé, qui n'est pas représenté par un avocat, est sourd ou muet, ou ne connaît pas la langue dans laquelle se déroulent les procédures, il n'existait pas de pratique courante en la matière lorsque la Cour d'appel criminelle a eu à se prononcer dans l'affaire R. v. Lee Kun, [1916] 1 K.B. 337, 11 Cr. App. R. 293. Dans cette affaire, l'accusé ne parlait pas l'anglais et n'avait donc pu comprendre les divers témoignages au cours du procès, mais il était représenté par un avocat. La cour a fondé sa décision sur le fait qu'aucune erreur grave ou déni de justice n'avaient été commis, mais elle a tout de même tenté de clarifier les principes qu'il convient d'appliquer dans tous les cas où l'accusé ne parle pas ou ne comprend pas la langue employée. Les principes alors établis sont ainsi résumés dans le sommaire du jugement:

[TRADUCTION] "Lorsqu'un étranger, qui ne connaît pas l'anglais, subit son procès après avoir été accusé d'un acte criminel, on doit traduire pour lui la preuve qui est déposée au procès s'il n'est pas représenté par un avocat, et le prisonnier ne peut renoncer à ce droit. S'il se fait défendre par un avocat, la preuve doit aussi lui être traduite, sauf si lui ou son avocat exprime le désir de renoncer à la traduction à condition, dans ce dernier cas, que le juge estime à propos d'entériner la renonciation. Toutefois, le juge ne peut permettre une telle renonciation que s'il est d'avis que l'accusé comprend bien la nature de la preuve qui sera présentée contre lui.

Dans ses motifs, le juge en chef lord Reading a précisé que les mêmes considérations s'appliquaient à un accusé qui est sourd ou muet. Bien que les principes d'interprétation élaborés dans ce jugement ne soient que des obiter, ils ont toujours fait autorité au Canada; ils s'appliquent à toute partie et à tout témoin dans une procédure pénale ou civile.

L'essentiel du raisonnement énoncé dans l'affaire Lee Kunn a été codifié en 1960, à l'alinéa 2g) de la Déclaration canadienne des droits, bien que cette disposition ne fasse état que de la personne qui ne comprend ou ne parle pas la langue dans laquelle se déroulent les procédures. Deux affaires importantes indiquent qu'un accusé s'est prévalu de cette disposition législative avec succès. En effet, dans l'arrêt R. c. Reale, (1974) 58 D.L.R. (3d) 560 (C.S.C.), le tribunal a souscrit à l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario ([1973] 3 O.R. 905, 13 C.C.C. (2d) 345), selon laquelle on avait dérogé à l'alinéa 2g) de la Déclaration en appliquant le paragraphe 577(1) du Code criminel, qui autorise l'accusé à être présent à la cour pendant toute la durée de son procès, alors que dans ce cas-là, l'accusé s'était vu refuser le droit aux services d'un interprète pour la durée de l'adresse du juge au jury. La Cour d'appel a reconnu que l'accusé représenté par un avocat pouvait renoncer, dans des circonstances appropriées, à ses droits en ce qui concerne la traduction. Cependant, dans cette affaire, l'avocat avait demandé que l'on fasse de l'interprétation, ce qui lui avait été refusé, alors qu'il s'agissait d'une partie essentielle du procès. Cela enlevait donc à l'accusé la chance de porter à l'attention de son avocat certaines questions qui, selon lui, auraient dû être traitées par le juge du procès lors de l'adresse au jury. Cette privation d'un droit fondamental a donc donné lieu à un procès qui n'était pas conforme à la loi et, par conséquent, on ne pouvait soutenir qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit.

L'arrêt Reale a été appliqué par la Cour d'appel fédérale dans Weber c. Le ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration, [1977] 1 C.F. 750. Dans cette affaire, il s'agissait d'une enquête en matière d'immigration, au cours de laquelle l'enquêteur spécial avait résumé à l'intention du demandeur, en remplacement d'une traduction mot à mot, certaines dépositions faites par un témoin qui avait été appelé par l'avocat du demandeur. Là encore, il a été décidé qu'il y avait eu dérogation aux dispositions de l'alinéa 2g) de la Déclaration canadienne des droits, étant donné qu'il n'y avait pas eu d'interprétation à un stade essentiel des procédures. Toutefois, le jugement n'apporte pas beaucoup de précisions sur la raison pour laquelle on considère que ce témoignage en particulier (qui semble plutôt inoffensif) fait partie d'une étape essentielle; il ne précise pas non plus sous quels rapports le résumé du

témoignage diffère du témoignage comme tel. En outre, la Cour ne fait pas mention des jugements antérieurs, telle que l'affaire Leschenko, [1949] 2 W.W.R. 385 (Man. K.B.), dans lesquels on avait décidé que les exigences de la common law sont respectées en autant que l'on communique à la personne qui est partie aux procédures le sens des dépositions dans une langue qu'elle comprend. Le fait que ces jugements restent silencieux sur certains points peut expliquer qu'un autre tribunal faisant partie de la même Cour ait refusé d'appliquer l'arrêt Weber de façon absolue dans Plese v. Le ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration, [1977] 2. C.F. 567, où la permission d'aller en appel avait été refusée, (1977) 16 N.R. 447 (C.S.C.). Dans cette affaire, on avait décidé qu'en raison du fait que le défaut d'interprétation ne portait que sur des témoignages rendus par les témoins du demandeur, il n'y avait pas eu de dérogation à l'alinéa 2g) de la Déclaration, car le demandeur était présumé connaître la teneur de ces témoignages.

Le fait qu'une partie ou un témoin ne parle pas couramment la langue employée au cours de la procédure bien qu'on n'ait pas recours à la traduction n'a donc pas été systématiquement considéré comme une dérogation à la Déclaration canadienne des droits. Le point de savoir si un témoin connaît suffisamment la langue pour bien comprendre les questions qu'on lui pose et y répondre est une question de fait, qui doit être appréciée par le juge de première instance (Donkin v. The "Chicago Maru", (1916) 28 D.L.R. 804). Dans un tel cas, il est peu probable qu'une cour d'appel intervienne à moins qu'elle n'ait des motifs contraignants de le faire. Ainsi, dans R. v. Berger, (1975) 27 C.C.C. (2d) 357 (C.A.C.-B.), où la permission d'aller en appel avait été refusée, (1975) 6 N.R. 627 (C.S.C.), il avait été décidé que l'appelant ne pouvait se prévaloir de l'alinéa 2g) de la Déclaration, car l'examen des notes sténographiques du procès démontrait que l'appelant avait été capable de témoigner clairement en anglais, même si ses phrases n'étaient pas grammaticales, qu'il répondait aux questions d'une manière logique. Les mêmes considérations devraient s'appliquer lorsque l'on tente d'invoquer le droit à l'interprétation prévu à l'article 14 de la Charte. De plus, il incombera à la partie ou au témoin qui veulent se prévaloir de ce droit de prouver au juge "qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée" ou qu'ils sont atteints de surdité. Comme le soulignent Sopinka et Lederman, dans leur traité sur le droit de la

preuve en matière civile (The Law of Evidence in Civil Cases, (1974), à la page 478), la Cour n'est pas tenue de donner suite à la simple affirmation selon laquelle un interprète est requis:

[TRADUCTION] "En prenant sa décision, le juge du procès n'est pas tenu de donner acte à la déclaration de l'avocat qui produit un témoin, au sujet des capacités linguistiques de ce dernier, mais il peut permettre que l'on procède à l'interrogation afin de déterminer lui-même cette question. Le juge du procès peut aussi permettre à l'avocat qui s'oppose à ce qu'on ait recours aux services d'un interprète d'interroger le témoin afin d'évaluer sa connaissance de l'anglais."

Par contre, il semble suffisamment clair qu'une prétention selon laquelle il y a défaut de compréhension ne doit pas être rejetée à la légère, en particulier dans les affaires pénales. En effet, comme l'a établi l'arrêt Lee Kun, la Cour ne doit même pas, en matière pénale, permettre à un accusé représenté par un avocat de renoncer à la traduction, sauf si elle est convaincue que l'accusé comprend l'essentiel des témoignages et de l'accusation portée contre lui.

Bien que le point n'ait pas encore été soulevé en fonction de la Déclaration canadienne des droits, il est clair que le droit de se faire assister par un interprète comprend celui de faire interpréter les témoignages d'une façon précise et impartiale. Ainsi, l'interprète qui, pour une raison ou pour une autre, a un intérêt dans l'issue de la procédure peut fort bien nuancer involontairement les faits, ou même les dénaturer intentionnellement. Par conséquent, en dépit de la rareté des textes que l'on peut invoquer à ce sujet, il semble que la Cour a le devoir d'enquêter sur la compétence de l'interprète lorsqu'il existe des circonstances douteuses. Par exemple, dans Unterreiner v. The Queen, (1980) 51 C.C.C. (2d) 373 (C.c. Ont.), l'interprète était un ami du principal témoin de la Couronne et ce témoin, qui était le père de l'appelant, avait eu dans le passé de nombreux conflits avec son fils. L'appel avait été interjeté à la suite du refus de délivrer un permis d'acquisition d'armes à feu. Dans les motifs de son jugement accueillant l'appel, le juge Killeen déclare, à la page 380:

[TRADUCTION] "Selon moi, les circonstances du présent cas exigaient au moins que le juge de la Cour provinciale ne permette pas l'assermentation de l'interprète, sans avoir procédé, au préalable, à une courte enquête préliminaire afin de déterminer s'il était compétent et impartial. Le juge aurait dû permettre à l'appelant de participer à cette enquête, en l'invitant à poser des questions pertinentes au sujet de l'interprète et à faire des propositions quant à sa compétence. À la fin de l'enquête, le juge aurait dû se prononcer sur la compétence de l'interprète et permettre ou non son assermentation, selon le cas (...).

En somme, toute la partie de l'audience qui mettait en cause l'interprète soulève, dans mon esprit, de sérieux doutes quant à l'équité procédurale du déroulement de l'affaire: selon moi, il y a eu, à ce stade du renvoi, un déni de justice naturelle en ce qui concerne l'appelant."

Aux États-Unis, c'est sensiblement la même thèse qui prévaut. En effet, l'impartialité de l'interprète est considérée comme un élément de la garantie constitutionnelle en matière de justice naturelle. Ainsi, dans l'affaire Prince v. Beto, 426 F. 2d 875 (1970), la Neuvième Cour d'appel de circuit a annulé une condamnation pour vol avec effraction dans l'intention de commettre un viol, car, dans cette affaire, l'interprète était le mari de la plaignante, qui était sourde-muette. La Cour a statué que la mari avait un intérêt direct et substantiel dans cette affaire, et qu'il pouvait être porté à embellir, par ses paroles ou par ses gestes, le témoignage de la plaignante. En outre, le fait qu'il se soit dit prêt à laisser tomber la poursuite à condition qu'on lui verse \$ 100 n'a pas amélioré sa position aux yeux de la Cour.

QUI DOIT ASSUMER LE COÛT DES SERVICES D'INTERPRÉTATION?

L'article 14 de la Charte est silencieux quant à la responsabilité du traitement de l'interprète. Par contre, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît, à l'alinéa 14(3)f), le droit d'une personne accusée d'un acte criminel de bénéficier, sans frais, des services d'un interprète, si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue dans laquelle se déroulent les procédures. Nous pouvons peut-être déduire, de l'adhésion du Canada à cette convention internationale, que l'article 14 doit être interprété en fonction de ces dispositions,

comme on l'a fait dans les arrêts suivants où il s'agissait de lois ordinaires qui mettaient en application des conventions internationales: Salomon v. Commissioners of Customs and Excise, [1967] 2 Q.B. 116 (C.A.); Albany Packing Co. v. Registrar of Trade Marks, [1940] Ex.C.R. 256. Par contre, étant donné les différences évidentes entre les deux documents, telle l'application de la Charte aux procédures tant civiles que pénales et, toujours dans la Charte, la mention concernant les personnes atteintes de surdité, on pourrait aussi soutenir que le défaut de spécifier la gratuité de l'interprétation a été intentionnelle.

Il ne semble pas y avoir, au Canada, de jugement publié qui puisse clarifier la question. Toutefois, le problème a été soulevé aux  tats-Unis mais, étant donné que la Constitution ne donne pas de garantie expresse à ce sujet, on a rejeté l'hypothèse selon laquelle il s'agissait d'un droit subsidiaire aux droits reconnus en matière de représentation par un avocat (Cervantes v. Cox, (1965) 350 F. 2d 855) et de justice naturelle (U.S. v. Desist, (1967) 384 F. 2d 889; confirmé pour d'autres motifs, (1968) 394 U.S. 224). Dans cette dernière cause, on établit clairement que même si le droit à l'interprétation est implicite de par la Constitution, il faut d'abord se demander si l'accusé est capable d'en payer les frais, et que, de toute façon, la question de savoir si la Cour doit nommer un interprète est purement discrétionnaire compte tenu, entre autre, du fait que l'accusé peut se faire assister par des amis ou d'autres connaissances.

En posant comme hypothèse que le raisonnement de l'arrêt Desist s'applique au Canada, la question de la responsabilité du traitement de l'interprète ne sera soulevée que s'il s'agit d'une partie nécessiteuse; dans la majorité des cas, la question sera résolue de façon pratique, puisque ces frais constitueront des débours raisonnables si cette partie est admissible à l'aide juridique. Dans les cas très rares où la partie nécessiteuse n'est pas admissible à l'aide juridique et ne connaît personne qui puisse faire de l'interprétation, il faudra alors résoudre la question.   cet égard, même si l'on peut soutenir que l'article 14 impose un devoir à la cour plutôt qu'à la Couronne en tant que partie, le fait que les services d'interprétation, dans les affaires pénales, ont généralement été fournis aux frais du gouvernement pourrait faire pencher la balance en faveur de la responsabilité de la Couronne.



LOWE-MARTIN



82-856

ARTICLE 24 - RECOURS PRÉVUS PAR LA CHARTE
CONCERNANT LE DROIT PÉNAL

A. NÉCESSITÉ DE LA PROCÉDURE DU RECOURS

Le projet de loi C-60, visant à modifier la Constitution du Canada, a été présenté au Parlement en juin 1978 mais n'a jamais été adopté. L'article 24 de ce projet de loi avait pour but de créer des recours dans le cas de violation des libertés fondamentales proclamées dans ce projet de loi et énonçait que:

Article 24. "...En l'absence de tout autre recours prévu par la loi, tout individu peut, en suivant la procédure applicable, demander à toute cour compétente, au Canada, de définir les droits et les libertés individuels que lui accorde la présente Charte et de leur donner effet par un jugement déclaratoire, une injonction ou une décision semblable, selon les circonstances".

Cette disposition visait à créer des recours dans le cas de violations des droits et libertés fondamentales puisqu'un droit ou une liberté n'a de valeur que s'il existe un recours approprié pour en assurer le respect. Cette tentative de créer des recours appropriés a bien été acceptée au niveau des principes, mais a fait l'objet de critiques parce qu'elle n'allait pas assez loin. On a par exemple critiqué l'absence de recours permettant d'exclure certaines preuves lors de poursuites criminelles, puisque le texte du projet prévoyait uniquement un nombre limité de recours civils. A la suite de ces critiques, le gouvernement a reformulé cet article, lors d'une conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution en février 1979.

"...En l'absence de tout autre recours efficace, les tribunaux peuvent accorder, dans le cas d'une violation de la Charte des droits et libertés, la réparation ou le recours qu'ils estiment juste et convenable eu égard aux circonstances."

Cette disposition a continué à faire l'objet de discussions entre les gouvernements et a été à nouveau modifiée, de sorte qu'au cours de l'été 1980 ce projet a été révisé:

"...En l'absence de tout autre recours prévu par la loi, toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont

garantis par la présente Charte, a le droit de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste, eu égard aux circonstances".

Les provinces s'étant inquiétées de ce que cette rédaction permettait aux tribunaux d'adopter la règle américaine concernant l'exclusion des preuves, le gouvernement a ajouté un paragraphe qui traitait de cet aspect:

"...Aucune disposition de la présente Charte, autre que l'article 13 (concernant les témoignages incriminants), n'affecte le droit concernant l'admissibilité des preuves ou l'autorité du Parlement ou d'une législature d'adopter des lois dans ce domaine".

Cette dernière proposition suscita de vives réactions de la part des groupes concernés par la question des libertés civiles, qui ont témoigné devant le comité spécial du Parlement sur la Constitution, pour la raison que, dans les affaires pénales, l'exclusion de certaines preuves est bien souvent l'unique recours juste et approprié, étant donné la gravité de la violation d'un droit ou d'une liberté fondamentale. Par conséquent, lorsque le comité s'est réuni le 12 janvier 1981 pour continuer l'examen de la Charte, le ministre de la Justice a modifié la proposition pour en retirer le paragraphe concernant les preuves, le libellé de la disposition concernant les recours étant alors très proche de l'article 24(1) actuel. Mais à la suite de propositions avancées par des membres du comité appartenant au parti progressiste conservateur et au NPD, le gouvernement a décidé de modifier à nouveau la partie de cette disposition qui concerne le droit de la preuve, de sorte que le comité sur la Constitution a approuvé par la suite l'article 24 dans son libellé actuel.

On a ainsi retenu le principe d'après lequel il convient d'adopter un critère particulier pour ce qui est de la question fondamentale de l'exclusion des preuves, critère distinct du critère plus général de ce qui est juste et convenable eu égard aux circonstances applicable aux autres recours. En outre, cette dernière rédaction indiquait clairement qu'en matière de preuve, les tribunaux ne devaient pas suivre la règle générale américaine qui entraîne l'exclusion automatique des preuves obtenues en violation d'un droit garanti par la Constitution.

Et l'article 24, la disposition de la Charte concernant les recours, tel qu'adopté par le Parlement au moyen d'une résolution, prévoit maintenant:

Article 24(1): "...Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente Charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances";

Article 24(2): "...Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente Charte, ces éléments de preuve sont écartés, s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice".

Nous nous proposons maintenant d'examiner en détail les éléments constitutifs de l'article 24.

B. QUALITÉS NÉCESSAIRES POUR EXERCER LE RECOURS PREVU PAR LA CHARTE

Il est certain que l'expression "toute personne" de l'article 24(1) vise à la fois les personnes morales et les personnes physiques. L'article 2 du Code criminel du Canada définit l'expression voisine "quiconque" et lui donne le même sens.¹ Dans ce cas, il est clair que "toute personne" s'applique à divers genres d'associations et de groupes. Au contraire, l'article 28 de la Loi d'interprétation ne contient pas de définition semblable, mais précise qu'une "personne"² vise une société. Quoiqu'il en soit, il est évident que l'expression "citoyen"³ ne vise pas une société, mais il est moins évident, même si cela est probable, que l'expression "personne"⁴ vise les personnes morales.

-
1. On la retrouve dans les art. 2, 7, 8, 9, 10, 12 et 17 de la Charte
 2. Mentionnée à l'art. 11
 3. Mentionnée aux art. 3, 6 et 23
 4. Mentionnée à l'art. 15

Lorsqu'elle exerce le recours en vertu de l'article 24, la personne, victime de violation ou de négation de ses droits ou libertés, doit exercer son recours et obtenir une réparation dans le cadre de la Charte. Par exemple, si un agent de la paix incite une personne à faire une déclaration en utilisant un stratagème déloyal et inacceptable, cette preuve ne peut être exclue en vertu de l'article 24, à moins qu'un droit garanti par la Charte n'ait été violé. Mentionnons quelques exemples tirés du jugement récent de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Rothman⁵. Dans ce jugement, le juge Lamer a cité un exemple dans lequel un agent de la paix s'était fait passer pour un prêtre et avait revêtu des vêtements ecclésiastiques pour confesser le prévenu et obtenir ainsi des aveux. Dans un tel cas, le juge Lamer aurait exclu cette preuve en appliquant les principes de la common law, comme l'a fait le juge Landry dans une affaire criminelle récente entendue par la Cour supérieure du Québec au cours de la semaine du 24 janvier 1982. Cependant, le recours de l'article 24 n'aurait pu être utilisé dans un tel cas, à moins qu'un droit ou une liberté prévu par la Charte n'ait été violé.

En outre, le recours ne peut être exercé qu'après que se soit produite la violation ou la négation d'un droit ou d'une liberté. A cet égard, on peut se demander si l'article 52 qui énonce que "la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit", s'applique dans le contexte de l'article 24(1). Si l'annulation des lois incompatibles avec la Charte ne peut être prononcée que dans le cadre de l'article 24, à titre de réparation, il semblerait qu'une personne n'ait pas qualité pour agir, à moins qu'elle ne soit victime de la violation ou de la négation d'un droit ou d'une liberté dont elle jouit personnellement.

Nous soumettons respectueusement que l'article 24 est le seul article qui permette d'exercer les recours prévus par la Charte. Il est évident qu'un jugement

5. (1981), 59 CCC (2d) 30 (CSC)

déclarant inopérante une loi constitue une réparation, puisqu'un jugement déclarant une loi, par exemple une loi créant une infraction, inopérante entraînera l'annulation d'une accusation portée en vertu de cette loi. L'article 52 mentionne le pouvoir de déclarer des lois inopérantes, mais cet article s'applique à la Constitution du Canada, qui comprend la Charte, tandis que l'article 24 est une disposition particulière en matière de recours prévue par la Charte. Il faut donc y voir la source de toutes les réparations, y compris l'annulation d'une loi, que l'on peut accorder dans le cas d'une violation de la Charte. Il semblerait, en effet, normal que l'annulation d'un texte pour inconstitutionnalité soit plus facile à obtenir que dans le cas d'une incompatibilité avec la Charte. En effet, la simple lecture d'une loi peut en faire ressortir l'inconstitutionnalité, tandis que l'incompatibilité avec la Charte ne peut être déterminée qu'après l'examen d'un certain nombre de faits concrets tendant à démontrer que les limites apportées aux droits et libertés ne sont pas raisonnables dans les circonstances. Dans le cas d'une violation de la Charte, la réparation jugée convenable peut prendre la forme d'un arrêt des procédures ou de l'exclusion de certaines preuves, mais n'implique pas nécessairement l'annulation de la législation en question. De plus, si la notion de "qualité pour agir" dans le cadre de la Charte recevait l'interprétation libérale qui lui a été attribuée dans le cadre de la Déclaration canadienne des droits et des actions en annulation d'une loi, on ne manquerait pas de faire remarquer qu'une telle interprétation pourrait entraîner une multitude de litiges.

Dans le jugement récent de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Joseph Borowski,⁶ qui portait sur l'incompatibilité d'une loi fédérale avec la Déclaration canadienne des droits, la cour a déclaré qu'un demandeur qui désire obtenir un jugement déclarant qu'une loi est invalide a la qualité nécessaire pour agir s'il existe un doute sérieux sur la validité de cette loi; il lui suffit d'établir qu'il est "directement affecté" par cette loi, "ou qu'il a un intérêt véritable en tant que citoyen pour que soit décidée la validité de cette loi et qu'il n'existe aucun autre recours efficace qui permettrait de porter cette

6. (1982), 64 CCC (2d) 97

question devant la cour".⁷ L'article 52 ne précise pas la qualité nécessaire pour agir et l'on peut supposer que le principe énoncé dans l'arrêt Borosdki s'appliquerait à une demande présentée en vertu de l'article 52. Par contre, l'article 24 précise la qualité nécessaire pour exercer le recours, c.-à-d. le requérant doit être "victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente Charte". Pour qu'un requérant ait la qualité nécessaire pour demander l'annulation d'un texte législatif pour incompatibilité avec la Charte, il doit être "directement affecté" dans le sens qu'il doit y avoir eu violation ou négation d'un droit ou d'une liberté que lui confère la Charte. En d'autres mots, la Charte prévoit, par le biais de l'article 24, "un recours efficace qui permet de porter cette question devant la cour".

Par conséquent, le principe qui ressort de l'arrêt Borowski en matière de qualité pour agir doit être nuancé, si l'on veut l'appliquer à la Charte. Il convient en effet de décider si un droit ou une liberté de M. Borowski a été véritablement violé, même s'il n'est pas un parent impliqué dans un avortement. Il semble que M. Borowski ait avancé l'argument suivant lequel le fœtus a droit à la vie. Si M. Borowski n'a pas procréé ce fœtus, on peut alors se demander s'il est victime d'une violation ou de la négation d'un de ses droits ou libertés au sens de l'article 24(1) de la Charte, en supposant même que la Charte puisse s'interpréter comme s'appliquant à un être en gestation. Si tel est bien le cas, les autres jugements de la Cour suprême du Canada, dans les affaires Thorson⁸ et McNeil⁹, concernant la qualité pour agir dans les matières constitutionnelles, doivent être interprétés en tenant compte des limites prévues par l'article 24(1).

Il convient d'aborder la question des victimes d'infractions et de leur capacité à exercer le recours en vertu de l'article 24(1). Il est clair que les articles 10 et 11 ne peuvent s'appliquer puisque la victime n'est pas dans une situation d'arrestation, de détention ou d'inculpation. Dans le contexte de l'article 7 qui vise le

7. Ibid, p. 115

8. (1975) 1 RCS 138

9. (1976) 2RCS 265

droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, il semble que l'article 32 empêche l'application de cet article aux victimes. En effet, l'article 32 vise uniquement les gouvernements fédéral et provinciaux, et non pas les particuliers accusés d'avoir eu un comportement criminel. Il semble donc que les victimes d'actes criminels commis par des particuliers ne peuvent exercer les recours prévus par la Charte. Ce résultat est conforme au principe fondamental suivant lequel la Charte vise à protéger les citoyens des abus de pouvoir commis par l'Etat. Elle ne vise pas à régler les relations entre les personnes privées.

C. TRIBUNAL COMPÉTENT

L'article 24(1) précise que toute personne, victime de violation ou de négation de ses droits ou libertés peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir réparation. Il est donc évident que la personne concernée doit présenter une demande. Il semble bien que le libellé de cet article n'autorise pas un tribunal à accorder une réparation de son propre chef. Il semblerait également que les tribunaux administratifs ne puissent accorder les réparations mentionnées à l'article 24.

Il est clair que l'article 24 s'applique aux tribunaux civils et criminels et qu'il vise des réparations de nature civile et pénal. Cet article prévoit qu'une personne peut demander une réparation dans le cas d'une violation de la Charte. Il semble donc que c'est au demandeur qu'incombe le fardeau d'établir qu'il a été victime de la violation ou de la négation de ses droits ou libertés, dans une affaire civile ou criminelle. Il semble que le requérant doive établir la violation ou la négation de ses droits d'après la prépondérance des preuves, c'est-à-dire d'après la balance des probabilités qui est la norme habituelle dans les affaires civiles. Ceci découle du fait qu'il est très rare qu'un requérant, autre que la Couronne, doive établir l'existence d'un fait au-delà de tout doute raisonnable.

Pour ce qui est du tribunal, le juge Collins, M.R., a interprété l'expression "tribunal compétent" comme suit dans un jugement de 1907 dans l'affaire Regina v. Garrett¹⁰:

"...il semblerait que l'emploi de l'expression "tribunal compétent" laisse entendre qu'il existe une disposition particulière attribuant une compétence précise à un certain tribunal, et à l'exclusion de tous les autres tribunaux...il me semble que l'expression "tribunal compétent" n'est qu'une expression générale qui englobe tous les tribunaux à qui la loi attribue le pouvoir d'entendre des demandes".

Dans la Charte, même si les termes utilisés ne sont pas très clairs, l'expression "tribunal compétent" vise, comme dans la citation ci-dessus, tous les tribunaux qui, indépendamment de la Charte, ont le pouvoir d'entendre des demandes visant à obtenir une réparation particulière; ou qui ont le pouvoir général, c.-à-d. les juges des cours supérieures, d'accorder une réparation de nature civile destinée à faire respecter la Charte.

Prenons le cas où des agents de la paix utilisent des masses pour démolir des murs à la recherche de stupéfiants. En supposant que la perquisition et la saisie des articles ne soient pas raisonnables, quel sera le tribunal compétent? Dans l'intention des rédacteurs de la Charte, le requérant doit s'adresser aux tribunaux civils pour obtenir une réparation de nature civile et aux tribunaux criminels pour une réparation de nature criminelle. Dans l'exemple donné plus haut, le requérant pourrait s'adresser à un tribunal civil compétent dans la province pour obtenir réparation pour les dommages causés à ses biens, à l'occasion de l'exécution du mandat de perquisition. De plus, en supposant que ce même tribunal a le pouvoir d'accorder des dommages et intérêts à titre de punition, il pourrait condamner les agents de la paix à payer de tels dommages, en supposant qu'il s'agissait d'une conduite volontaire et inacceptable de leur part.

Si cette personne est ensuite inculpée, par ex. pour possession d'un stupéfiant trouvé au cours de la perquisition abusive, elle pourrait demander au tribunal criminel lors du procès d'exclure certaines preuves en vertu de l'article 24(2), ou peut-être demander à la fois

10. (1907) 1 K.B. 881 (CA)

d'exclure certaines preuves en vertu de l'article 24(2) et d'annuler l'accusation en vertu de l'article 24(1). Cependant, il semble qu'une demande visant à obtenir l'annulation de l'accusation ne pourrait être faite au moyen d'un bref de prérogative, par ex. un bref de certiorari ou de prohibition, présenté à un juge d'une cour supérieure, mais qui ne soit pas le juge chargé du procès. Les brefs de prérogative s'utilisent uniquement lorsqu'il existe une erreur portant atteinte à la juridiction au cours d'une instance.¹¹ Une violation de la Charte ne constitue pas une erreur portant atteinte à la juridiction d'un tribunal. En effet, le recours prévu par l'article 24(1) dans le cadre d'une affaire criminelle est discrétionnaire; l'article fait mention de "la réparation que le tribunal estime convenable et juste, eu égard aux circonstances". Par conséquent, il est fort probable que l'issue de ce recours discrétionnaire ne puisse faire l'objet d'un examen au moyen d'un bref de prérogative.

Il semble donc que les tribunaux civils accorderont des réparations de nature civile et les tribunaux criminels, des réparations de nature criminelle. Dans ce cas, un tribunal civil ne pourra donc émettre une injonction interdisant la présentation de certaines preuves ou la continuation d'une poursuite criminelle. De son côté, un tribunal criminel ne pourrait accorder des dommages et intérêts contre un agent de la paix qui a violé les droits que garantissait la Constitution au prévenu. De plus, il ne sera sans doute pas possible de présenter directement à un juge d'une cour supérieure une requête en annulation, puisque la violation d'un droit constitutionnel n'implique pas une question de juridiction.

D. FARDEAU DE LA PREUVE À LA CHARGE DU REQUÉRANT

L'article 24(1) est moins précis que le paragraphe (2) pour ce qui est du fardeau de la preuve. Il est néanmoins raisonnable de supposer que dans les deux cas, le fardeau incombe au requérant qui désire obtenir une réparation. Il doit établir que son droit constitutionnel a été violé, puisque c'est là sa prétention. L'extension du mot "conclu", qui figure au paragraphe (2), au paragraphe

11. Voir, Government of Italy v. Piperno, 2 mars 1982 (CSC)

(1) par nécessaire implication, renforce cet argument. Il incombe donc au requérant d'établir que ses droits ou libertés constitutionnels ont été violés. Il faut également supposer que ce fardeau doit s'apprécier d'après la prépondérance des preuves dans les instances civiles comme dans les instances criminelles.

Dans le contexte des limites d'origine législative ou judiciaire, il faut se demander comment interpréter l'article 24 (1) aux termes de l'article 1 qui mentionne que les droits et libertés peuvent être restreints "par une règle de droit" dans des limites raisonnables.

Si l'on interprète l'article 1 comme énonçant uniquement un principe général d'interprétation concernant l'application de la Charte, il est fort possible que cet article n'ait aucun effet sur la nature du fardeau de la preuve. On pourrait donc soutenir que l'article 24 règle la question du fardeau de la preuve et que le requérant ne peut donc obtenir une réparation que s'il démontre l'existence d'une violation ou d'une négation de ses droits. En d'autres termes, la question de la réparation qu'il convient d'accorder ne se pose qu'après que le requérant ait établi que les limites apportées à ses droits ou libertés n'étaient pas justifiées dans les circonstances. Il s'agit donc d'un préalable à l'existence d'une violation d'un droit.

Cependant, l'article 1 peut s'interpréter comme imposant au gouvernement le fardeau d'établir que les limites particulières imposées par la loi aux droits prévus par la Charte peuvent se justifier dans une société libre et démocratique. Dans ce cas, s'agit-il d'un fardeau juridique? S'il s'agit d'un fardeau juridique, le requérant n'a alors qu'à établir un commencement de preuve de la violation ou négation. Le gouvernement devra ensuite démontrer le caractère raisonnable des limites imposées d'après la prépondérance des preuves. Cependant, s'il s'agit d'un fardeau tactique, le fardeau principal incombe au requérant, alors que le fardeau tactique incombe au gouvernement. Dans la plupart des cas, les représentations des avocats devraient suffire à régler cette question. Cependant, lorsque la violation ou la négation du droit est plus sérieuse, le gouvernement peut choisir d'apporter des preuves sur la question de la justification.

Lorsque la limite apportée au droit est d'origine législative, il est possible que les tribunaux canadiens hésitent quelque peu à déclarer des limites "gouvernementales" non justifiées dans une société libre et démocratique à moins qu'elles ne soient, de toute évidence, excessives. Cependant, il se peut que les limites d'origine judiciaire fassent l'objet d'un examen plus minutieux, puisque même si elles étaient qualifiées de "excessives", cela n'aurait pas pour effet d'annuler une loi adoptée démocratiquement. Ce raisonnement suppose que les tribunaux canadiens vont continuer à observer leur réserve traditionnelle. Ceci pourrait cependant changer avec une Charte garantie par la Constitution.

Après mûre réflexion, nous soumettons respectueusement que l'article 24(1) recevra une interprétation qui impose le fardeau de la preuve au requérant. Il nous paraît fort peu probable que les tribunaux décident que le fardeau de la preuve incombe au gouvernement dans les affaires concernant de prétendues limites législatives déraisonnables et au requérant dans les affaires concernant des actions gouvernementales déraisonnables. Il est clair que l'article 1, s'il doit s'appliquer, vise uniquement la première situation. Il nous semble plutôt que l'article 24(1) règle la question du fardeau de la preuve et que ce dernier incombe à la personne qui demande la réparation. De plus, le recours de l'article 24, même s'il est exercé à l'occasion d'une instance civile ou criminelle, est un recours propre au requérant et n'a donc aucun rapport avec le fardeau de la preuve dans l'instance concernée. En d'autres termes, l'issue du recours constitutionnel ne dépend aucunement, même s'il est présenté à cette occasion, de la validité d'une cause d'action ou d'une accusation criminelle. Pour cette raison, le fardeau d'établir le droit d'exercer un recours constitutionnel incombe au requérant, qu'il s'agisse d'une affaire civile ou criminelle.

E. RÉPARATION QUE LE TRIBUNAL ESTIME CONVENABLE ET JUSTE

Dans les affaires civiles, les réparations pourraient prendre les formes suivantes: dommages et

intérêts, injonction de faire ou ne pas faire,¹² jugement déclaratoire, annulation d'une loi, de dispositions contractuelles ou d'actes administratifs incompatibles avec la Charte, etc. Il convient de noter que la première disposition de la Charte en matière de recours mentionnait uniquement "un jugement déclaratoire, une injonction ou une décision semblable". Il est évident que l'utilisation de l'expression "la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances" vise d'autres genres de réparation et englobe toutes les réparations que les tribunaux peuvent accorder à l'heure actuelle.

Pour ce qui est des poursuites criminelles, les réparations que les tribunaux criminels accordent actuellement sont les suivantes: ajournements, dépens dans certains cas, exclusion de certaines preuves et arrêt des procédures, ainsi que des commentaires critiques prononcés par le juge, si l'on veut y voir une sorte de réparation. Pour ce qui est de l'arrêt des procédures, il paraît logique de ne l'accorder que dans des circonstances rares et exceptionnelles, comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'affaire Rourke.¹³ Cette attitude se justifie si l'on considère qu'un arrêt des procédures est une mesure plus radicale que l'exclusion de certaines preuves. Si un juge peut écarter, conformément à l'article 24(2), des éléments de preuve s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il est possible d'en conclure qu'un arrêt des procédures ne devrait être accordé que dans des circonstances semblables ou encore plus exceptionnelles.

12. A l'heure actuelle, l'injonction ne peut être utilisée contre la Couronne, ses mandataires et ses employés: Minister of Finance of British Columbia v. The King and Grand Council of the Crees v. The Queen (1981), 124 D.L.R. (3d) 574 (CAF); voir également, B. Strayer, "Injunctions against Crown Officers" (1964), 42 Rev. Bar Can. 1.

13. (1978) 1 RCS 1021, 35 CCC (2d) 129. Voir également, Re Orysiuk (1977), 37 CCC (2d) 445 (CA Alta.), R. v. Catagas (1977), 38 CCC (2d) 296, (); R. v. Lebrun (1978), 45 CCC (2d) 300 (); Abitibi Paper and The Queen (1979), 47 CCC (2d) 487 (), et R. v. Ridge (1979), 51 CCC (2d) 261 ().

Enfin, il convient de remarquer que le mot "réparation" ne veut pas dire "sanction". Le tribunal peut accorder une réparation au requérant, mais ne peut imposer de sanction au contrevenant. Par exemple, l'agent de la paix qui viole le droit constitutionnel du requérant à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives peut se voir condamner dans une instance civile à payer des dommages-intérêts au requérant, à titre de réparation. Mais le juge ne pourrait ordonner la détention de l'agent de la paix ou une mesure disciplinaire comme la suspension. La réparation doit avoir pour effet d'accorder un avantage personnel au requérant et non pas uniquement de punir une tierce personne.

F. IRRECEVABILITE DE CERTAINES PREUVES

L'article 24(2) mentionne une instance visée au paragraphe (1), dans le but d'assurer que des preuves ne sont exclues que lorsqu'un tribunal est saisi de la question. En d'autres termes, les preuves ne peuvent être exclues que dans le cadre d'une instance, et non pas lors d'une demande interlocutoire accessoire à l'instance principale. D'après cet article, seul le juge du procès peut exclure des preuves, s'il est établi que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cependant un juge qui entend une demande interlocutoire concernant une affaire dont il n'est pas encore saisi, n'a pas le pouvoir d'exclure des éléments preuves en vertu de l'article 24(2), puisqu'il ne s'agit pas d'une instance visée au paragraphe (1). De plus, il se peut qu'une demande d'exclusion, lors du procès ou auparavant, ne puisse être présentée si la Couronne n'a pas encore présenté les éléments de preuve contestés.

On pourrait soutenir qu'un juge de paix ne devrait pas exclure des éléments de preuve lors de l'enquête préliminaire pour la raison que, s'il existe un doute quant à l'admissibilité des preuves lors de l'enquête préliminaire, il faut donner à la Couronne le bénéfice du

14. (1975), 25 CCC (2d) 129 (CA. Ont.)

15. (1975), 27 CCC (2d) 488 (CACB)

16. (1980), 55 CCC (2d) 385 (CSC)

doute. Comme son nom l'indique, l'enquête préliminaire n'est qu'une enquête préliminaire au procès et ne constitue pas elle-même un procès. Cependant, il ressort des jugements de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Pickett¹⁴ et du jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire Norgren¹⁵ que les règles en matière de confession s'appliquent à l'enquête préliminaire comme au procès. D'autre part, la Cour du suprême du Canada a adopté dans l'arrêt Chabot¹⁶ une attitude restrictive en matière d'accusation lors de l'enquête préliminaire. Ces décisions laissent penser que les juges qui président une enquête préliminaire exerceront probablement le pouvoir de décider s'il convient d'exclure des éléments de preuve qui violent des garanties constitutionnelles. Il faudrait néanmoins noter qu'un juge ne peut exclure des éléments de preuve qu'après avoir examiné toutes les circonstances de l'affaire. Etant donné que celles-ci ne sont pas présentées au juge lors de l'enquête préliminaire, on pourrait soutenir qu'il n'a donc pas le pouvoir, pour cette raison, d'exclure des preuves en raison d'une violation de droits garantis par la Charte.

A ce sujet, on pourrait avancer un autre argument. Le paragraphe (2) mentionne "un tribunal" et l'on pourrait soutenir qu'un juge qui préside une enquête préliminaire ne constitue pas un tribunal, mais agit en tant que "persona designata" et ne peut donc exercer le pouvoir que confère l'article 24(2)¹⁷. D'après ce raisonnement, le juge de l'enquête préliminaire n'a pas le pouvoir d'accorder les réparations prévues par l'article 24(1).

Le verbe "conclu" que l'on retrouve à l'article 24(2) indique qu'un requérant ne peut se contenter d'affirmer qu'il y a eu violation d'un droit prévu par la Charte. Il en résulte qu'au moins pour ce qui est de l'article 24(2), un juge ne peut décider d'exclure certains éléments de preuve, avant d'en avoir conclu qu'il y avait eu violation ou négation d'un droit ou d'une liberté constitutionnel. L'article 24(1) contient également implicitement le verbe "conclu"; un tribunal ne peut

17. Voir Doyle c. La Reine, (1977) 1 RCS 597; voir également Herman c. Sous P.G. Can., (1978) 1 RCS 729, 5 CR (3d) 242 pour l'expression "persona designata"

accorder de réparation, avant d'avoir décidé qu'il y avait eu violation ou négation d'un droit. Il semble que le verbe "conclu" impose encore au requérant le fardeau d'établir sa prétention suivant laquelle il y a eu violation ou négation d'un droit constitutionnel.

Le temps utilisé à l'article 24(2) "sont écartés" indique bien sûr une obligation par opposition au paragraphe (1) qui accorde un pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, en vertu de l'article 24(1), le tribunal peut conclure qu'il y a eu une violation ou une négation, mais qu'il ne convient pas d'accorder une réparation dans les circonstances présentes. Par contre, en matière de preuve, lorsque le tribunal a conclu qu'il y a eu violation ou négation, il lui faut encore décider s'il est établi, eu égard aux circonstances, que l'utilisation des preuves est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Si cela est établi à la satisfaction du tribunal, celui-ci doit alors déclarer irrecevables ces preuves.

Etant donné que les preuves doivent être déclarés irrecevables et que l'admissibilité des preuves constitue généralement une question de droit,¹⁸ il semble très clair que la Couronne pourrait porter en appel la décision d'exclure des éléments de preuves en vertu de l'article 24(2). Ce raisonnement s'appuie également sur les dicta prononcés par le juge Lamer dans l'affaire Rothman.

Il est par contre moins sûr qu'il soit possible de porter en appel, à titre de question de droit, le fait d'accorder ou de refuser les réparations prévues à l'article 24(1), étant donné leur nature discrétionnaire.

L'utilisation du mot "établi" dans l'article 24(2) tient compte du jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire La Reine c. Appleby¹⁹, prononcé en 1971. Dans cette affaire, la Cour suprême a examiné l'article 237(1) du Code criminel du Canada qui concerne la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur. L'article 237(1) énonce que

18. R. v. Simpson (1977), 35 CCC (2d) 337 (CA Ont.)

19. (1972) RCS 303, 3 CCC (2d) 354

"...le prévenu est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule, à moins qu'il n'établisse qu'il n'avait pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche".

La Cour suprême a conclu que le prévenu ne pouvait se contenter de soulever un doute raisonnable pour repousser la présomption de l'article 237(1) et qu'il devait pour ce faire convaincre le tribunal d'après la prépondérance de la preuve.

Etant donné le principe énoncé dans l'arrêt Appleby, il semble très clair qu'il incombe au requérant d'établir d'après la prépondérance des preuves que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'utilisation dans l'article 24(2) de l'expression "eu égard aux circonstances" vise à exiger du tribunal qu'il concilie les valeurs atteintes par la violation d'un droit constitutionnel et les valeurs de la communauté ainsi que la nécessité de protéger la société. Le tribunal doit donc examiner la gravité de l'accusation, la conduite des policiers ainsi que toutes les autres circonstances pertinentes.²⁰ Cette exigence peut avoir pour effet que des éléments de preuve seront plus fréquemment écartés, s'il s'agit d'accusations peu graves. Dans ce domaine, le fait que les policiers aient commis une violation de manière consciente et volontaire, plutôt que par négligence, aura une importance capitale.

Le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire La Reine c. Hogan,²¹ dont la portée a peut-être été modifiée par la Charte, illustre l'application du critère que nous venons de mentionner. Dans cette affaire, les résultats du test de l'ivressomètre ont été déclarés admissibles au procès, bien que les policiers aient volontairement refusé à l'accusé l'exercice de son droit à consulter un avocat. Dans cette affaire, l'avocat de

20. Voir l'article 15(2) du Rapport sur les droits de la preuve de la Commission de réforme du droit du Canada qui contient une liste des facteurs pertinents.

21. (1975) 2 RCS 574, 18 CCC (2d) 65.

l'accusé tambourinait à la porte de la pièce dans laquelle se trouvait l'ivressomètre et les policiers lui en avaient refusé l'accès. Il se peut que la Cour suprême du Canada décide que le droit à retenir les services d'un avocat sans retard constitue un droit plus fondamental que certains autres droits et que le comportement tout à fait inacceptable des policiers justifie l'exclusion de certains éléments de preuve. L'utilisation de certaines preuves dans une situation semblable à celle de l'affaire Hogan serait donc susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Mais dans une affaire de meurtre, étant donné le caractère particulier des circonstances, par ex. lorsque la police cherche de nombreux cadavres et que des personnes enlevées par des criminels sont encore en vie, il est possible que le refus même volontaire de laisser le prévenu consulter un avocat ne soit pas susceptible dans les circonstances de déconsidérer l'administration de la justice.

Le 26 juin 1970, la Cour suprême du Canada s'est prononcée dans une affaire très controversée, l'affaire R. c. Wray.²² Dans cette affaire, Wray, l'accusé, était inculpé de meurtre non qualifié. Lors du procès, le juge a déclaré irrecevable une déclaration signée par l'accusé, parce qu'elle n'était pas volontaire. Un élément important pour cette décision était que la police avait refusé à l'accusé de consulter un avocat. Dans sa déclaration, l'accusé avait indiqué à la police qu'il s'était débarrassé de l'arme du crime en la jetant dans un marais. Par la suite, l'accusé avait amené les policiers à un endroit où, conformément à ce qu'il leur avait déclaré, ils trouvèrent l'arme du crime, un fusil. Le juge du procès a néanmoins refusé à la Couronne la permission d'apporter des preuves concernant le rôle qu'avait joué l'accusé dans la découverte de l'arme du crime. Il en est résulté, après la présentation de la preuve de la Couronne, un verdict d'acquiescement dirigé. La Couronne porta cette affaire en appel et le juge Aylesworth, parlant au nom de la Cour d'appel, a décidé que le juge du procès avait le pouvoir d'exclure ces preuves, comme il l'avait fait dans cette affaire.

22. (1971) RCS 272, (1970) 4 CCC a

Le juge Aylesworth a déclaré ceci:

"...j'estime que le juge du procès a le pouvoir de rejeter des preuves, même s'il s'agit de preuves importantes, s'il considère que leur utilisation serait injuste pour l'accusé ou susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il doit bien sûr exercer ce pouvoir discrétionnaire en tenant compte des faits particuliers à l'affaire. Il est vrai que rares seront les affaires dans lesquelles l'utilisation de certaines preuves serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice; nous pensons néanmoins que le juge du procès peut exercer ce pouvoir dans des cas de ce genre".

La Couronne a porté cette décision en appel, devant la Cour suprême du Canada cette fois, qui dans un jugement majoritaire (6 juges contre 3) a décidé que le juge du procès avait décidé à tort d'exclure cette preuve parce qu'il n'en avait pas le pouvoir. De fait, le jugement majoritaire a décidé qu'aucune décision judiciaire au Canada ou en Angleterre ne pouvait justifier l'affirmation selon laquelle le juge du procès a le pouvoir d'exclure des preuves admissibles, parce qu'il estime que leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le véritable critère en matière d'admissibilité des preuves est la pertinence de celles-ci par rapport aux questions en litige. Seules les preuves dont l'utilisation causerait un préjudice grave à l'accusé et dans la force probante par rapport à la principale question en litige devant le tribunal est insignifiante, peuvent être exclues. La Cour a ainsi déclaré que le juge du procès avait commis une erreur de droit en excluant les preuves concernant la découverte de l'arme du crime.

Bien entendu, le jugement dans l'affaire Wray a suscité de vives réactions de la part des associations professionnelles juridiques. Pour ces dernières, un tribunal qui déclare admissibles des preuves dont l'utilisation porte atteinte à la réputation du tribunal dans l'esprit du public, ne respecte pas son intégrité. En fait, la vérité à tout prix n'est pas le critère en matière d'admissibilité des preuves; l'Etat s'attend en effet à ce que ses policiers ne se comportent pas comme des criminels.

Il convient de noter incidemment qu'environ un an avant l'affaire Wray, le Rapport du Comité canadien sur la réforme pénale et correctionnelle, connu sous le nom de

rapport Ouimet, avait traité la question de la justice pénale. En plus de diverses autres recommandations, le comité avait indiqué qu'il serait souhaitable d'adopter une loi qui aurait pour but de clarifier le droit en matière d'admissibilité des preuves obtenues illégalement. Le comité a donc recommandé l'adoption d'une loi qui reprendrait les principes suivants:

1. Le tribunal peut, à sa discrétion, rejeter toute preuve recueillie illégalement.
2. Le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de rejeter ou d'admettre la preuve recueillie illégalement, doit tenir compte des facteurs suivants:
 - a) la violation des droits est-elle délibérée, s'est-elle produite par inadvertance, ou est-elle le résultat d'une méprise, d'ignorance ou d'une erreur de jugement?
 - b) existait-il une situation d'urgence qui obligeait à agir pour empêcher la destruction ou la perte d'éléments de preuve, ou d'autres circonstances qui justifiaient, en l'espèce, les mesures prises?
 - c) l'admission de la preuve en question serait-elle injuste pour l'accusé?
3. Les mesures législatives doivent prévoir que le pouvoir de décision qu'elles confèrent en ce qui concerne le rejet de la preuve recueillie illégalement n'affecte pas le pouvoir discrétionnaire dont dispose actuellement un tribunal de déclarer la preuve irrecevable, si l'application rigoureuse des règles de la preuve devait jouer injustement contre l'accusé.

Il est évident que cette dernière proposition n'a pas été retenue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Wray.

La Commission de réforme du droit du Canada²³ a également examiné la question de l'exclusion des preuves illégalement obtenues dans son Rapport sur le droit de la preuve de 1975. Le projet de Code de la preuve recommande ce qui suit

23. La Commission de réforme du droit de l'Ontario a également recommandé dans son Rapport sur le droit de la preuve de 1976 l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'exclusion de preuve (art. 26 et 27). La Commission MacDonald a également suggéré dans sa recommandation 283 la création au moyen d'une loi du pouvoir d'exclure les preuves susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice.

15.(1) Doit être exclue la preuve obtenue dans des circonstances telles que son admission risquerait de ternir l'image de la justice.

(2) Aux fins de l'application de la règle prévue au paragraphe précédent, toutes les circonstances de l'instance ainsi que celles entourant l'obtention de la preuve doivent être prises en considération, notamment l'intensité de l'atteinte à la dignité humaine et aux valeurs sociales, la gravité du litige, l'importance de la preuve en question, le caractère volontaire ou non du tort causé à l'accusé ou aux tiers et les circonstances propres à justifier l'acte, comme par exemple l'urgence qu'il y avait à empêcher la perte ou la destruction de la preuve ainsi recueillie.

De plus, le Parlement a adopté, en 1977, diverses modifications au Code criminel, dont l'une traitait de l'exclusion des preuves illégalement obtenues. Plus précisément, l'article 178.16 qui est entré en vigueur le 15 octobre 1977, stipule ce qui suit:

(1) "...Les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

Le paragraphe (2) apporte quelques nuances à ce qui précède:

(2) "...Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque peut refuser d'admettre en preuve des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée elle-même inadmissible, s'il est d'avis que leur admission en preuves ternirait l'image de la justice".

Depuis l'entrée en vigueur de cet article, il n'est arrivé qu'une fois que des preuves "dérivées" soient exclues par l'application de cet article, dans l'affaire Thomas²⁴ entendue à Toronto. La Cour d'appel de l'Ontario a récemment rejeté l'appel de la Couronne, mais cette Cour a indiqué qu'elle n'aurait sans doute pas exclu les preuves en question si elle avait entendu l'affaire.

A part l'affaire Wray, la seule autre affaire concernant la question des preuves illégalement obtenues qu'ait entendue la Cour suprême du Canada est celle qui a

24. (1982), 7WCB 132 (CA Ont.)

donné lieu au jugement Rothman c. La Reine,²⁵ prononcé le 2 mars 1981. Dans cette affaire, Rothman, l'accusé, avait été arrêté sur une accusation de possession de stupéfiants dans le but d'en faire le trafic et avait reçu l'avertissement traditionnel, mais avait refusé de faire une déclaration. L'accusé fut ensuite mis en cellule au poste de police et quelque temps après, un policier, habillé de vieux vêtements, vint le rejoindre dans sa cellule. Le policier en civil a déclaré à Rothman qu'il était pêcheur et qu'il avait été arrêté parce qu'il n'avait pas payé un billet de stationnement. A la suite de quoi, l'accusé a engagé la conversation avec le policier et a fait une déclaration incriminante concernant cette accusation. Lors du procès, le juge a décidé que le policier était une personne en autorité et a écarté la déclaration parce qu'il estimait que l'emploi d'un déguisement et de fausses représentations quant à l'identité du policier ne constituaient pas une méthode acceptable d'obtenir une déclaration. L'accusé a ensuite été acquitté et la Couronne a interjeté appel. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès. A son tour, l'accusé en a appelé devant la Cour suprême du Canada.

Le jugement majoritaire a été prononcé par le juge Martland qui a déclaré que le policier en civil à qui l'accusé avait fait une déclaration n'était pas une personne en autorité pour ce qui est de l'application des règles en matière de confession, parce que l'accusé ne l'avait pas perçu comme tel. Il fallait donc appliquer un test subjectif; l'accusé a-t-il connaissance du fait que la personne à qui il fait une déclaration est une personne en autorité; la critique de la méthode utilisée pour obtenir la confession ne pouvait justifier le refus de la recevoir en preuve. Lorsqu'il s'agit de décider de l'admissibilité d'une déclaration faite à une personne en autorité, le tribunal ne doit pas commencer par examiner la vérité de la déclaration faite par l'accusé, mais par la question de savoir si la déclaration est libre et volontaire, dans le sens qu'elle n'a pas été obtenue par la crainte qu'un préjudice ou l'espoir d'un avantage, et qu'elle est le fruit d'un esprit conscient.

25. (1981), 59 CCC (2d) 30 (CSC)

Le juge Estey, auquel s'est joint le juge en chef Laskin, a prononcé un jugement dissident et aurait écarté la déclaration faite au policier en civil.²⁶ D'après ces deux juges, il convient d'écartier les confessions qui auraient pour effet, si elles étaient admises, de déconsidérer l'administration de la justice ou de nuire à l'intérêt du public dans l'intégrité du processus judiciaire. D'après eux, la déclaration a été obtenue au moyen d'un stratagème et de mensonges par des personnes en autorité dans le but de détourner l'accusé de sa décision de garder le silence; la volonté du policier de faire échec au droit de refuser à faire une déclaration, qu'avait exprimée l'accusé, déconsidère l'administration de la justice; il fallait donc écartier cette déclaration.

Le jugement du juge Lamer est peut-être plus important dans le sens que ce jugement, même si les autres juges n'y ont pas souscrit, appartient à la majorité et aborde la question du pouvoir d'écartier certaines preuves et décide également que dans les circonstances la déclaration était admissible. Tous les juges de la majorité n'ont pas abordé la question de l'exclusion d'une preuve pour la raison que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice, mais le juge Lamer a examiné cette question en détail. Il déclare ce qui suit à la page 74 du Canadian Criminal Cases Report²⁷:

"...Je m'empresse également d'ajouter que, si la seconde partie de la règle ne confère pas un véritable pouvoir discrétionnaire, elle confère encore moins aux juges un pouvoir général de désavouer, au moyen d'une règle d'exclusion, toute conduite des autorités qu'un d'entre eux pourrait estimer regrettable, répugnante ou inconvenante. Il doit y avoir d'abord un lien étroit entre l'obtention de la déclaration et la conduite; en outre, cette conduite doit être si indigne que la magistrature qui administre la justice criminelle soit justifiée de croire que, à moins de se dissocier de cette conduite en rejetant la déclaration, sa réputation et, par conséquent, celle de tout le système judiciaire, sera ternie.

26. Aux Etats-Unis, la confession est admissible lorsque le policier joue le rôle d'un auditeur passif qui n'a pas "activement sollicité", la déclaration incriminante. Voir United States v. Henry (1979) 447 U.S. 264 et Wilson v. Henderson (1978), 584 F2d 1185 (CA, 2d. Cir.)

27. Ibid. A la n. 25

Pour décider si, dans les circonstances, l'utilisation de la déclaration dans l'instance ternirait l'image de la justice, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de l'instance, de la façon dont la déclaration a été obtenue, de la mesure dans laquelle on a porté atteinte aux valeurs sociales, de la gravité de l'accusation, de l'effet qu'aurait l'exclusion sur l'issue des procédures. Il faut aussi se rappeler qu'une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doit obéir aux règles du marquis de Queensbury. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d'artifices et d'autres formes de supercherie, et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l'application de la règle. Ce qu'il faut réprimer avec vigueur, c'est de leur part, une conduite qui choque la collectivité. Qu'un policier prétende être l'aumônier d'un centre de détention et entende la confession d'un suspect, c'est là une conduite qui choque la collectivité; il en est de même du fait de se présenter comme avocat d'office de l'aide juridique pour obtenir ainsi des suspects ou des accusés des déclarations incriminantes; donner une injection de penthotal à un suspect atteint de diabète en prétendant lui administrer sa dose quotidienne d'insuline et utiliser sa déclaration en preuve choquerait aussi la collectivité. Mais en général, se prétendre toxicomane pour démanteler un réseau de drogue ne choquerait pas, pas plus que se prétendre, comme en l'espèce, conducteur de camion pour obtenir la condamnation d'un trafiquant; en fait, ce qui choquerait la collectivité serait d'empêcher la police d'utiliser un tel artifice.

Cette citation revêt une importance particulière parce qu'elle contient une explication détaillée de l'expression "déconsidère l'administration de la justice" que l'on retrouve à l'article 24(2) et donne des exemples précis. Il faudrait néanmoins remarquer qu'il est possible que ces exemples n'entrent pas dans le cadre de l'article 24(2), puisqu'aucun d'entre eux ne concerne de manière évidente la violation d'un droit constitutionnel.

Le jugement du juge Lamer est également important, puisque le jugement dissident dans l'affaire Wray énonce des principes qui s'appliqueront à une situation visée par l'article 24. Puisque la Cour suprême a refusé d'adopter cette position dans l'affaire Rothman, il est fort probable que la majorité adopte l'attitude plus restrictive du juge Lamer plutôt que celle beaucoup plus libérale du juge en chef et du juge Estey.

G. EXCLUSION DE CERTAINES PREUVES POUR DES MOTIFS
CONSTITUTIONNELS AUX ETATS- UNIS

La Constitution des Etats-Unis et ses nombreux amendements ne mentionnent pas les recours disponibles dans le cas de violation de garanties constitutionnelles. Les tribunaux ont néanmoins décidé qu'il existait certains recours. En 1886, la Cour suprême des Etats-Unis a proclamé pour la première fois dans l'arrêt Boyd v. The United States²⁸, le principe suivant lequel une Cour fédérale a le pouvoir d'exclure une preuve obtenue illégalement. Le pouvoir d'exclure certaines preuves a par la suite pris la forme d'une exclusion presque automatique dans le cas de certaines violations constitutionnelles à la suite de l'affaire Weeks v. The United States²⁹, en 1914. Dans cette affaire, la Cour suprême a déclaré que, dans les poursuites fédérales, les violations du quatrième amendement empêchaient toute utilisation des preuves obtenues à la suite de perquisitions ou de fouilles déraisonnables. Par la suite, cette Cour a dégagé, à l'occasion d'un certain nombre de causes célèbres, le principe suivant lequel dans les poursuites fédérales, une preuve n'est généralement pas admissible lorsqu'elle a été obtenue en violation d'une garantie constitutionnelle.

Enfin, en 1961, la Cour a décidé dans l'affaire Mapp v. Ohio³⁰ que les preuves obtenues à la suite de perquisitions et de saisies en violation de la Constitution fédérale étaient inadmissibles dans un procès criminel devant une cour d'un Etat membre, de même que devant une Cour fédérale. Dans cette décision, la Cour a appliqué l'article 14 de la Déclaration des droits des E.U. qui énonce que "les Etats ne pourront adopter ou appliquer des lois qui abolissent les privilèges ou les immunités dont bénéficient les citoyens des Etats-Unis". La Cour a ainsi décidé que diverses garanties constitutionnelles s'appliquaient aussi bien aux poursuites intentées par les Etats membres qu'aux poursuites fédérales. Ce qui importe lorsqu'il s'agit de l'application de la Déclaration des

28. (1886), 116 U.S. 616

29. (1914), 232 U.S. 383

30. (1961), 367 U.S. 643

droits des Etats-Unis aux poursuites fédérales et à celles des Etats membres est que lorsqu'un tribunal a décidé qu'une garantie constitutionnelle avait été violée, le tribunal perdait presque tout pouvoir pour décider de l'admissibilité d'une preuve. D'une manière générale, cette preuve devait être écartée.

La justification de l'exclusion d'une preuve, telle qu'elle ressort d'un grand nombre d'affaires américaines, découle de la nécessité d'empêcher la police de violer les garanties constitutionnelles et de "l'impératif devoir de protéger l'intégrité des tribunaux" qui interdit à ces derniers d'être "parties aux violations illégales des droits constitutionnels des citoyens en permettant au gouvernement d'utiliser librement le résultat de ces violations"³¹.

Dans l'arrêt Silverthorne Lumber Co. v. U.S.³² en 1920, la Cour suprême des Etats-Unis a étendu l'exclusion aux preuves secondaires ou dérivées comme aux preuves primaires obtenues à la suite d'une violation d'un droit constitutionnel. Cependant, cette exclusion n'est pas nécessairement automatique. Divers principes permettent d'accepter des preuves secondaires obtenues illégalement dans des cas exceptionnels, comme l'indique ce qui suit:

- a) l'existence d'une source indépendante -- par ex., il existe une autre fiche contenant des empreintes digitales:

Bynum v. U.S. 91960), 274 F. ed 767 (D.C. Cir.)

- b) le principe de la découverte inévitable -- la preuve aurait été découverte en toute éventualité, par ex. un cadavre;

Brewer v. Williams (1976), 430 U.S. 387

31. Terry v. Ohio (1968), 392 U.S. 1

32. (1920), 251 U.S. 385

- c) l'illégalité compensée -- l'illégalité est compensée par l'intervention d'un acte indépendant de l'accusé ou d'un tiers qui interrompt la relation causale, par ex. une violation d'un droit constitutionnel qui conduit à la découverte d'un témoin pour la poursuite;

U.S. v. Ceccolini (1978), 435 U.S. 268

- d) l'exigence de la qualité pour agir -- l'intérêt de l'accusé ne doit pas se limiter à la question de l'admissibilité de la preuve, par ex. la violation reprochée doit le concerner directement par ex. -- sa vie privée ou ses biens et non pas un tiers--;

Flast v. Cohen (1968), 392 U.S. 813

De plus, la Cour suprême des Etats-Unis a quelque peu nuancé en 1967 la règle de l'exclusion dans les affaires constitutionnelles en élaborant le principe de l'erreur constitutionnelles n'ayant pas causé de préjudice.³³ En vertu de ce principe, un tribunal peut décider que, dans des circonstances particulières, l'erreur constitutionnelle n'a pas entraîné de préjudice et que, par conséquent, les preuves ainsi obtenues n'ont pas à être exclues.

De plus, certains jugements récents semblent adopter une attitude visant à concilier des intérêts divergents, attitude que reflète l'article 24(2) de la Charte, attitude qui ressort de la décision U.S. v. Williams³⁴, de la Cour d'appel des Etats-Unis, Fifth Circuit, rendue en 1980. Dans cette affaire, la Cour a énoncé le principe suivant en matière de preuve obtenue illégalement:

"Il ne faut pas exclure une preuve en appliquant la règle d'exclusion lorsque des policiers l'ont découverte à la suite d'actions prises de bonne foi et dans la croyance raisonnable, même si elle est fausse, qu'ils y sont autorisés, puisque la règle d'exclusion a pour but de dissuader les policiers de poser des actes volontaires et inacceptables et non pas des actes raisonnables posés de bonne foi".

33. Chapman v. California 386 U.S. 18; voir également United States v. Wade (1967), 388 U.S. 218, Chambers v. Maroney (1970) 399 U.S. 42, et Milton v. Wainwright (1972), 407 U.S. 371

34. (1980), 622 F 2d 830

Enfin, le rapport du Attorney General's Task Force on Violent Crime remis en août 1980 recommande l'adoption de ce principe par les tribunaux et le Congrès.

H. LES PREUVES DERIVÉES

Les tribunaux décideront si l'article 24(2) s'applique uniquement aux preuves directement obtenues à la suite de la violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnelle (comme c'est le cas à l'article 178.16(1) du Code criminel du Canada qui concerne uniquement l'interception d'une communication privée); ou s'il s'applique à la fois à la preuve primaire et aux preuves secondaires, c.-à-d. toutes les preuves directement ou indirectement obtenues à la suite de la violation d'un droit constitutionnel, comme dans l'article 178.16(2) qui applique un autre critère aux preuves secondaires). Les auteurs américains parlent, dans cette dernière situation, du principe des "fruits de l'arbre empoisonné".

Il semble que les tribunaux américains soient, à l'heure actuelle, davantage enclins à admettre des preuves secondaires, par ex. la découverte d'un cadavre, à la suite de la violation d'un droit constitutionnel, ou le droit à consulter un avocat.³⁵ Ils appliquent le raisonnement suivant: plus la preuve obtenue est éloignée de la violation, moins elle risque d'en être affectée. Pour décider s'il faut exclure une preuve, les tribunaux n'appliquent pas le critère du "n'eût été" (de l'illégalité) mais celui de "l'éloignement". En d'autres termes, la preuve a-t-elle été obtenue grâce à l'illégalité ou par des moyens suffisamment distincts de celle-ci pour qu'elle n'en soit pas affectée.³⁶ Les tribunaux accordent une très grande importance à la nature et la gravité de l'inconduite des policiers dans chaque affaire.

Dans ce domaine, les tribunaux canadiens hésiteront sans doute à exclure des preuves secondaires mais seront sans doute contraints de le faire si leur utilisation

35. Voir, Brewer v. Williams (1976), 430 U.S. 387

36. Wong Sun v. United States (1963), 371 U.S. 471

aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Plus la relation entre la preuve et la violation du droit constitutionnel est étroite, plus son utilisation risque de déconsidérer l'administration de la justice. Il faudrait remplacer la logique de la relation de cause à effet par l'adoption d'une attitude visant à concilier des intérêts divergents, c.-à-d. ceux de l'accusé et ceux de la communauté.

I. RÉTROACTIVITÉ

L'entrée en vigueur de la Charte soulèvera une question importante: les droits et libertés garantis par la Charte vont-ils s'appliquer aux comportements antérieurs à l'entrée en vigueur de la Charte? Il n'existe bien sûr aucune décision judiciaire canadienne qui traite de l'entrée en vigueur d'une Constitution. Il semble malgré tout possible d'utiliser les principes qui régissent une situation plus commune, celle des modifications législatives. Dans ce domaine, la règle générale est que les modifications concernant les règles de fond (droits substantifs)³⁷, par ex. la modification d'un droit d'appel³⁸, ne valent que pour l'avenir, c.-à-d. elles visent uniquement les actes posés après la mise en vigueur de la modification en question. Par contre, les modifications de règles procédurales, ainsi l'admissibilité des preuves, s'appliquent rétroactivement, c.-à-d. ces modifications déterminent l'admissibilité des preuves, même si celle-ci concernent des faits antérieurs à la mise en vigueur de la modification.³⁹ La question à résoudre est donc celle de savoir si cette distinction entre les règles de fond et les règles de forme s'applique aux recours de l'article 24.

A première vue, l'article 24(1) vise des réparations qui ne concernent pas le droit de la preuve et pour cette raison, ces réparations seront probablement considérées comme des règles de fond. Par exemple, en vertu de l'article 11 c) de la Charte tout inculpé a le droit

37. Upper Canada College v. Smith (1921), 61 RCS 413

38. Boyer v. The King, (1949) RCS 89

39. Howard Smith Paper Mills v. The Queen, (1957) RCS 403

d'être jugé dans un délai raisonnable. Si le juge du procès en arrive à la conclusion que l'inculpé n'a pas subi son procès dans un délai raisonnable, il semble que la réparation la plus appropriée serait d'annuler l'accusation ou d'ordonner l'arrêt des procédures. Ce genre de réparation constitue bien une règle de fond. De la même manière, doivent être qualifiés de règles de fond le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts, l'injonction ou un jugement déclarant qu'une loi, un programme gouvernemental ou une pratique administrative est inopérante.

Pour ce qui est de l'exclusion des preuves, la Cour suprême du Canada a énoncé dans l'affaire Howard Smith Paper Mills Ltd.⁴⁰ en 1957, la règle générale suivant laquelle les dispositions concernant le droit de la preuve sont réputées être de nature procédurale et s'appliquent donc rétroactivement. Ce principe découle du fait que les dispositions en matière de preuve n'ont généralement pas pour effet de créer une infraction ou d'annuler un moyen de défense; elles ne modifient pas non plus la nature ou l'effet juridique d'une transaction effectuée antérieurement. Mais cette règle comporte certaines exceptions comme l'indique le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire LeSarge⁴¹ qui concerne l'application de l'article 178.16 du Code criminel à l'admissibilité d'un enregistrement obtenu avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la protection de la vie privée, le 1^{er} juillet 1974.

Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que, puisqu'il n'existait aucun mécanisme pour obtenir une autorisation judiciaire pour l'interception des communications privées avant le 1^{er} juillet 1974, la police avait le droit à cette époque d'enregistrer les conversations de l'accusé et que, par conséquent, le Parlement n'avait pas l'intention de modifier l'admissibilité de ces communications par l'article 178.16.

Dans une décision récente, la Reine c. Ali⁴², la Cour suprême du Canada a également examiné l'application d'une modification au droit de la preuve en matière des dispositions du Code criminel concernant la conduite en état

40. (1957) RCS 403, 118 CCC 321.

41. (1976), 26 CCC (2d) 388

42. (1980) 1 RCS 221, CCC (2d) 282

d'ivresse. Cette modification avait pour effet d'exiger deux échantillons d'haleine plutôt qu'un seul, comme c'était le cas auparavant, avant qu'un certificat concernant l'analyse de l'échantillon d'haleine soit admissible comme preuve. Dans l'affaire Ali, l'accusé avait été reconnu coupable à son procès et son appel par voie d'exposé de cause, avait été rejeté. Mais à la suite d'un nouvel appel devant la Cour d'appel de Terre-Neuve, la condamnation avait été annulée. A son tour, la Couronne interjeta appel devant la Cour suprême du Canada, qui rétablit la condamnation.

La Cour suprême a décidé que, puisque le Parlement n'exigeait qu'un seul échantillon d'haleine au moment où l'accusé s'est vu demander d'en fournir un à des fins d'analyse, la modification exigeant deux échantillons d'haleine ne pouvait affecter la pratique antérieure. En d'autres termes, il serait tout à fait injuste d'exiger lors du procès ce qui n'était pas exigé par la loi en vigueur au moment du comportement incriminé. La Cour a interprété le principe suivant lequel les questions de preuve s'appliquent rétroactivement comme n'étant qu'une règle d'interprétation et que la rétroactivité des dispositions en matière de procédure et de preuve n'est pas automatique. Les nouvelles règles en matière de procédure ou de droit de la preuve s'appliquent rétroactivement uniquement dans la mesure où elles peuvent être adaptées aux procédures intentées à la suite de comportements antérieurs à la mise en vigueur de ces règles; dans cette affaire, il aurait été injuste d'appliquer ces modifications.

Par conséquent, nous soumettons respectueusement que l'article 24(2), tout comme l'article 24(1) concerne des nouvelles règles de fond c.-à-d. les réparations que l'on peut accorder à la suite de violation ou de négation des droits ou libertés garantis par la Charte. Les droits et libertés proclamés par la Charte n'ont aucune existence juridique tant que la Charte n'est pas entrée en vigueur; il est donc difficile d'affirmer qu'une personne devrait pouvoir exercer un recours prévu par la Constitution dans le cas de la violation d'un droit qui n'était pas garanti par la Constitution au moment où elle s'est produite. Ce même raisonnement vaut pour l'article 24(2), pour ce qui est du droit de la preuve. Comment peut-on dire que des preuves ont été obtenues dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la Charte, lorsque ces droits ou libertés ne sont garantis qu'après l'entrée en

vigueur de la Charte? Ce raisonnement s'applique particulièrement à l'article 10b) de la Charte, qui précise que chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention, d'être informé de son droit à avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Ni la common law, ni la loi, comme le Code criminel ou la Déclaration canadienne des droits, ne prévoit en effet ce droit.

Dans le même ordre d'idées, il semble improbable que les tribunaux considèrent que la violation d'un droit constitutionnel permette d'accorder une réparation de nature procédurale par opposition à une réparation de droit substantif. Chaque violation d'un droit constitutionnel devrait donner lieu au même genre de réparation. Même si la plupart de ces droits existent à l'heure actuelle, aucun d'entre eux ne jouit d'un statut constitutionnel. À l'inverse des questions de nature purement procédurales, les droits constitutionnels s'appliquent à des comportements *ex camera* et non pas à de simples pratiques *in camera*. Ainsi, il est probable que les réparations prévues à l'article 24 seront considérées comme des règles de fond et qu'elles s'appliqueront uniquement aux situations postérieures à l'entrée en vigueur de la Charte.

J. POSITION AMÉRICAINE EN MATIÈRE DE RÉTROACTIVITÉ⁴³

Un certain nombre de jugements de la Cour suprême des États-Unis concernant la Déclaration américaine des droits et ses garanties constitutionnelles ont abordé l'application dans le temps de ses décisions judiciaires.

En 1965, la Cour suprême a prononcé son jugement dans l'affaire Miranda v. Arizona⁴⁴ et a décidé que pour protéger le droit constitutionnel à ne pas s'incriminer soi-même, une personne en détention doit, avant son interrogatoire, être informée de son droit à consulter un avocat et d'avoir un avocat à ses côtés lors de l'interrogatoire, et que, si l'accusé est indigent, on doit

43. Pour l'essentiel, ce chapitre s'inspire des commentaires sur la rétroactivité qui figurent à la partie 28 de ce manuel.

44. (1965) 384 U.S. 436

charger un avocat de le représenter. Il est évident qu'avant cette décision, les policiers n'avaient pas adopté la pratique de fournir un avocat aux indigents puisqu'aucune décision antérieure ne leur avait fait connaître cette exigence. Une semaine après la décision Miranda, la Cour suprême abordait dans l'arrêt Johnson v. New Jersey⁴⁵ la question de la rétroactivité de la décision Miranda et d'un jugement connexe Escobedo v. Illinois⁴⁶, d'après lesquels l'accusé devait être informé de son droit constitutionnel à garder le silence et de son droit à obtenir les services d'un avocat. La Cour a suivi deux de ses jugements antérieurs⁴⁷ et a décidé que, pour trancher cette question, il fallait examiner le but de ces nouvelles normes en matière d'interrogatoire par la police, la portée de ses décisions antérieures à ce sujet et l'effet qu'aurait une application rétroactive de ces nouvelles normes sur l'administration de la justice. Dans l'affaire Johnson, la police avait respecté les normes fixées antérieurement par les tribunaux et il aurait donc été injuste d'appliquer rétroactivement ces nouvelles normes à moins que celles-ci "n'affectent l'intégrité du processus judiciaire" et n'aient pour but d'éviter "le danger réel de condamner un innocent".⁴⁸ Dans un jugement antérieur Gideon v. Wainwright⁴⁹, on avait fait une application rétroactive de la règle suivant laquelle un accusé indigent a droit aux services d'un avocat, parce que ce principe affectait l'intégrité du processus judiciaire. Il est évident que la présence ou l'absence d'un avocat au procès affecte la nature des preuves présentées. Cependant, dans l'arrêt Johnson, la cour a décidé que les normes énoncées dans les arrêts Escobedo et Miranda n'affectaient pas directement le processus judiciaire, mais concernaient plutôt la dignité de la personne et qu'à ce titre, elle ne devait pas recevoir une application rétroactive. Cependant, la cour a ensuite

45. (1965), 384 U.S. 719

46. (1964), 378 U.S. 478

47. Linkletter and Walker (1965), 381 U.S. 618, et Tehan and Scott (1966), 382 U.S. 406

48. Voir plus haut à la p. 728

49. (1963), 372 U.S. 335

décidé, quelque peu bizarrement, que ces normes devaient s'appliquer aux affaires en cours à la date où ces jugements ont été prononcés. Il est évident que les policiers ne pouvaient savoir que ces normes s'appliquaient à des interrogatoires menés avant le prononcé de ces jugements.⁵⁰

Cependant, dans ses jugements postérieurs, la Cour suprême s'est appuyée sur la notion d'avis juste et équitable et sur le respect de décisions existantes des tribunaux par les policiers et a décidé que les nouvelles normes n'affectant pas le processus judiciaire s'appliquaient uniquement aux actes posés par les policiers après l'élaboration de ces nouvelles normes. Il a ainsi été décidé que le droit à la présence d'un avocat lors d'une parade d'identification⁵¹ et l'extension du droit à la protection contre les perquisitions et les saisies pour incorporer l'interception des communications⁵² ne s'appliquaient pas au comportement des policiers avant le prononcé des jugements. Cette attitude se rapproche davantage de l'attitude canadienne, telle qu'elle ressort de la décision R. v. Ali⁵³, selon laquelle lorsqu'une modification n'a pas d'application rétroactive, elle s'applique uniquement aux comportements postérieurs à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. En d'autres termes, la modifications n'affecte pas l'admissibilité des preuves qui respectait les procédures en vigueur au moment où elles ont été obtenues.

CONCLUSION

Tout comme la Charte dans son ensemble est le résultat d'un compromis, conformément à la tradition canadienne, l'article 24(2) constitue lui aussi un compromis lorsqu'il prévoit que les éléments de preuve obtenus en

50. Pour une analyse de la question de la rétroactivité, voir: Mishkin, "The Supreme Court, 1964 Term Forward: The High Court, the Grot Writt and the Due Process of Time and Law" (1965), 79 Harv. L.R. 56, et Schwartz, "Retroactivity, Reliability, and Due Process: A reply to Professor Mishkin (1966), 33 U. Ch. L.R. 719

51. United States v. Wade (1966), 388 U.S. 218

52. Katz v. United States (1967), 389 U.S. 347

53. (1980) 1 RCS 221, 51 CCC (2d) 282

violation de la Charte peuvent être exclus dans des circonstances exceptionnelles. Le principe de common law suivant lequel les preuves pertinentes sont toujours admissibles, quelle que soit la manière dont elles ont été obtenues, est aboli dans le cas de la violation de droits garantis par la Charte. La règle d'exclusion américaine, suivant laquelle les preuves obtenues de manière inconstitutionnelle sont presque automatiquement exclues, est elle aussi abolie. Ainsi, on en est arrivé à un compromis acceptable sur ces deux principes, conformément à la tradition canadienne.



LOWE-MARTIN

PARAGRAPHE 24(1) LES RECOURS
CONSEQUENCES CIVILES

Les principales caractéristiques du paragraphe 24(1) de la Charte ont fait l'objet d'un examen dans l'article qui précède. Les réparations prévues par ce paragraphe devront s'inscrire dans le cadre des règles actuelles en matière de recours civil. Le présent document a pour but d'identifier certains problèmes qui peuvent se poser lorsqu'on invoque le paragraphe 24(1) pour obtenir une réparation contre la Couronne du chef du Canada, ses mandataires et ses employés.

Forme des recours

Il est impossible de prévoir tous les genres de recours qui pourront être utilisés pour obtenir réparation en vertu du paragraphe 24(1). Il convient néanmoins d'examiner trois situations:

- (1) une action ou une requête pour obtenir un jugement déclarant qu'une loi est invalide parce qu'elle est incompatible avec la Charte;
- (2) une action en dommages-intérêts ou pour obtenir une autre réparation (injonction, exécution en nature, etc.) en cas de violation ou de négation de droit garanti par la Charte; et
- (3) une demande d'examen judiciaire d'un acte administratif, soit en vertu d'un bref de prérogative ou d'une disposition spéciale comme l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.

Il serait également possible d'invoquer le paragraphe 24(1) ainsi que le paragraphe 52(1) à l'occasion de procédures où l'une des parties conteste la validité de la loi sur laquelle l'autre partie fonde ses prétentions, pour incompatibilité avec la Charte.

La première situation mentionnée plus haut soulève la question de la qualité pour agir. En vertu du droit actuel, le tribunal a la discrétion de permettre une demande de jugement déclaratoire concernant la validité d'une loi par une personne qui n'est pas directement affectée par celle-ci.¹ Cependant, le paragraphe 24(1) stipule qu'une réparation peut être accordée à "toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente Charte". L'article qui précède a abordé la question de savoir si ce paragraphe a pour effet de retirer à une personne qui a "un intérêt véritable à titre de citoyen à contester la validité d'une loi" mais qui n'est pas affectée directement par celle-ci, la qualité pour agir.²

Le paragraphe 24(1) est muet sur la question des intimés. Toute personne est susceptible de se retrouver dans la situation d'un intimé lorsqu'un requérant prétend que les droits que lui confère la Charte ont été violés ou niés par une loi. Dans une telle situation, l'intimé dans une demande de réparation sera la personne qui invoque la loi attaquée.

Dans les autres cas, la question de l'intimé dépendra de la portée attribuée à la Charte. Il a déjà été suggéré qu'en raison du paragraphe 32(1), la Charte s'appliquait uniquement aux assemblées législatives et aux

-
1. Minister of Justice of Canada v. Borowski, [1982] 1 W.W.R. 97, à la p. 117 (C.S.C.).
La cour a également décidé à la p. 115 qu'il ne fallait pas faire de différence entre une demande de jugement déclaratoire sur la validité d'une loi et une même demande invoquant l'incompatibilité de cette loi avec la Déclaration canadienne des droits.
 2. Voir les commentaires dans l'article précédent au paragraphe intitulé "Demande de réparation en vertu de la Charte".

gouvernements, mais pas aux personnes privées.³ Si l'on adopte ce raisonnement, les personnes privées ne peuvent nier ou violer les droits conférés par la Charte et ne peuvent donc être responsables en cas de négation ou de violation.

Quel est donc le sens de l'expression "gouvernement du Canada" que l'on retrouve au paragraphe 32(1)? Il serait intéressant d'examiner la manière dont cette expression, utilisée dans les lois fédérales, a été interprétée. Dans la décision Formea Chemicals Limited c. Polymer Corporation Limited⁴, la Cour suprême du Canada a décidé que l'expression "le Gouvernement du Canada" telle qu'utilisée dans la Loi sur les brevets désigne "la Couronne" et que cette expression visait donc une corporation à laquelle s'appliquait la Loi sur le fonctionnement des compagnies de l'État de l'époque. Les critères utilisés pour décider si une corporation est mandataire de la Couronne⁵ ont été également utilisés pour décider si un organisme de ce genre est mandataire du "gouvernement".⁶

Qu'en est-il des employés de la Couronne? Si, par exemple, un policier procède à une perquisition abusive au sens de l'article 8 de la Charte et cause des dommages aux biens soumis à la perquisition, la Couronne est-elle responsable des dommages? D'une manière générale, la responsabilité de la Couronne pour les actes de ses employés est une responsabilité pour autrui (vicarious) et n'existe que lorsque l'employé est responsable personnellement.⁷

3. Cette question a été examinée dans le premier article de cette série dans le paragraphe intitulé "Article 32 - Application aux gouvernements fédéral et provinciaux".

4. [1968] R.C.S. 754, aux pp. 756-759

5. Lorsque la loi est muette sur ce sujet, le principal critère utilisé pour décider si une corporation est un mandataire de la Couronne est la nature et le degré du contrôle qu'exerce la Couronne sur la corporation: voir les décisions Westeel-Rosco Ltd. c. Board of Governors of South Saskatchewan Hospital Centre, (1977) 2 R.C.S. 238; Fidelity Insurance Company of Canada c. Workmen's Compensation Board, [1979] 2 R.C.S. 27.

6. R. c. Achtem (1979), 52 C.C.C. (2d) 240 (C.A. Alta.), il a été décidé que l'Alberta Housing Corporation était visée par l'expression "gouvernement" figurant au paragraphe 110(1)b) du Code criminel.

7. Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, para. 3(1) a) et 4(2).

Dans le cas d'une perquisition abusive, la Couronne ne pourrait être déclarée responsable que si la Charte s'appliquait directement au policier de manière à ce que ses actes constituent une violation de la Charte. En d'autres termes, la Couronne ne pourrait être déclarée responsable que si l'on interprétait l'expression "gouvernement du Canada" du paragraphe 32(1), comme visant non seulement la Couronne et ses mandataires mais également tous ses employés. Cette expression recevrait ainsi une interprétation libérale qui pourrait bien être retenue par les tribunaux dans le but de donner plein effet aux dispositions de la Charte.

Cas des violations imminentes de la Charte

Le libellé du paragraphe 24(1), c. à d. "violation ... des droits", laisse entendre qu'une demande de réparation en vertu de cet article ne peut être présentée qu'une fois la violation subie. Ceci n'est pas très différent de la règle ordinaire suivant laquelle il n'est possible d'obtenir une réparation que lorsqu'il existe une cause d'action. Cependant, la règle ordinaire comporte deux exceptions majeures: le jugement déclaratoire d'après les règles de l'arrêt Dyson et l'injonction quia timet.

Le jugement déclaratoire Dyson est un recours discrétionnaire qui peut être exercé contre le Procureur général dans le but d'attaquer la validité d'une loi. Ce recours prend son nom de l'affaire Dyson v. Attorney General,⁸ dans laquelle un contribuable demandait un jugement déclarant que l'avis qu'il avait reçu et qui lui demandait de fournir certains renseignements sous peine d'amende n'était pas valide et qu'il n'était donc pas dans l'obligation de s'exécuter, l'avis étant ultra vires de la loi en question. La Cour d'appel a autorisé cette action bien que le demandeur n'ait eu aucune cause d'action qui lui aurait permis d'exercer d'autres recours; le demandeur n'avait pas à attendre qu'il soit poursuivi pour n'avoir pas respecté cet avis. Le jugement déclaratoire Dyson est maintenant reconnu en droit canadien.⁹

8. [1911] 1 K.B. 410 (C.A.) Voir les commentaires sur cette question dans de Smith's Judicial Review of Administrative Action (4^e ed., 1980) aux pp. 476-482

9. Voir Reid and David, Administrative Law and Practice, (2^e ed., 1978) à la p. 425; Thorson c. Procureur général du Canada, [1975] 1 R.C.S. 138.

L'injonction quia timet peut être accordée pour empêcher l'accomplissement d'un acte dont on craint les conséquences ou qui est sur le point d'être posé. Ce recours peut être exercé même en l'absence de dommage et de cause d'action. La personne qui entend exercer ce recours doit établir que l'injonction est nécessaire pour empêcher la violation de ses droits et que cette violation lui causerait des dommages importants et irréversibles.¹⁰

Le jugement déclaratoire Dyson et l'injonction quia timet sont des recours traditionnellement reconnus. Ils jouent un rôle important: grâce à eux, le requérant peut soumettre son litige à un tribunal sans avoir à attendre d'avoir subi des dommages ou de s'être vu imposer une amende. Ces recours sont discrétionnaires et ne sont accordés qu'après un examen attentif des circonstances de l'affaire. Malgré le texte du paragraphe 24(1), il paraît difficile de concevoir qu'un tribunal ne permette pas l'exercice de ces recours, lorsque des droits garantis par la Charte sont sur le point d'être violés. Ceci reviendrait à permettre des violations qui pourraient être évitées.

Tribunal compétent

Il a été mentionné dans l'article précédent que l'emploi du mot "tribunal" semblait empêcher les tribunaux administratifs d'accorder les réparations prévues à l'article 24. Il est possible de soutenir le contraire. Les lois constitutives de nombreux tribunaux les qualifient de cours d'archives.¹¹ Ces tribunaux ont un pouvoir de contrainte en matière de preuve et le pouvoir de trancher des questions de droit, ce qui leur donne le statut de cour de justice, même s'il s'agit de cours inférieures.¹² Il est donc possible de prétendre que ces tribunaux sont visés par l'expression "court" (dans la version anglaise) de l'article 24, étant donné que la version française utilise le mot "tribunal".

10. Voir Hanbury and Maudsley, Modern Equity (11^e ed., 1981), aux pp. 115-117.

11. Par exemple: La Commission d'appel de l'Immigration, en vertu de l'art. 65 de la Loi sur l'immigration de 1976, S.R.C. 1976-77, ch. 52; la Commission du tarif en vertu de l'art. 5 de la Loi sur la Commission du tarif, S.R.C. 1970, ch. T-1.

12. Voir l'arrêt Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada, [1979] 1 R.C.S. 218 aux pp. 246-250.

Cette interprétation peut également se justifier par un argument pratique. Si un tribunal comme la Commission du tarif ou la Commission d'appel de l'immigration constitue bien un "tribunal" au sens de l'article 24, il pourra donc entendre des requêtes visant à faire écarter des preuves obtenues dans des conditions qui portent atteinte aux droits de la Charte. Si ces tribunaux ne peuvent rendre ce genre de décision, il faudra les référer à la Cour fédérale d'appel ou demander à cette Cour de statuer sur ce genre de requête, à l'occasion d'une demande d'examen judiciaire.¹³ Il est difficile de concevoir que le législateur ait voulu obtenir un tel résultat, lorsqu'il a adopté l'article 24.

L'expression "compétent" pose un autre problème. Qu'est-ce qu'un "tribunal compétent" pour un recours contre la Couronne du chef du Canada?

L'expression "tribunal compétent" laisse entendre qu'il s'agit du tribunal qui, en l'absence de la Charte, aurait compétence sur l'objet du litige sur lequel porte l'action ou la requête. Lorsque l'objet du litige est une réclamation contre la Couronne du chef du Canada, le seul tribunal qui ait compétence dans ce domaine à l'heure actuelle est la Cour fédérale du Canada.¹⁴

Cependant, l'exclusivité de la compétence de la Cour fédérale a été remise en question. Dans l'arrêt Law

13. Le paragraphe 28(4) de la Loi sur la Cour fédérale permet le renvoi devant la Cour d'appel de toute question de droit; lorsque le tribunal a rendu une décision définitive, le paragraphe 28(1) prévoit le droit de présenter une demande d'examen. Aucun de ces moyens ne permet de régler rapidement les demandes d'exclusion de preuves présentées à un tribunal qui a une compétence exclusive en certains domaines.

14. Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, ch. 10 (2d Supp.) paragraphes 17(1), (2) et (3), art. 18; Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 7. Ce principe comporte quelques exceptions: par exemple, art. 8 de la Loi sur la responsabilité de la Couronne.

Society of British Columbia v. Attorney General of Canada¹⁵. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que la Loi sur la Cour fédérale n'a pas pour effet d'empêcher les cours supérieures des provinces de rendre un jugement contre le procureur général du Canada déclarant qu'une loi fédérale est ultra vires. Cette décision a fait l'objet d'un appel devant le Cour suprême du Canada; le jugement n'a pas encore été rendu.

Si l'arrêt Law Society est maintenu, il s'appliquerait à la première catégorie de situations que nous avons mentionnée au début de ce document et permettrait ainsi d'instituer devant une cour supérieure d'une province une demande de jugement contre le procureur général déclarant qu'une loi est invalide parce qu'elle est incompatible avec la Charte.

Si l'arrêt Law Society est maintenu, cela n'entraînerait aucune conséquence pour les deux autres sortes de situations, l'action en dommages et la demande d'examen judiciaire. La Cour d'appel a déclaré dans l'arrêt Law Society que le genre de demande que la Cour avait examinée, un jugement déclaratoire Dyson, ne faisait pas partie de la catégorie des recours sur lesquels la Cour fédérale avait une compétence exclusive. La Cour a clairement établi une distinction entre d'une part, la demande de jugement déclaratoire, et d'autre part, les réclamations contre la Couronne et les demandes d'examen judiciaire. D'après la Cour d'appel, ces dernières questions sont de la compétence exclusive de la Cour fédérale.¹⁶

Il existe, cependant, un autre raisonnement que celui qui a été retenu par les cours d'appel dans les

15. (1980), 108 D.L.R. (3d) 752 (C.A.C.B.). Voir au même effet la décision Borowski v. Minister of Justice of Canada, [1981] 1 W.W.R. 1 (C.A. Sask.); cette décision a fait l'objet d'un appel devant la Cour suprême du Canada qui a déclaré que les principes dégagés dans l'arrêt Law Society réglaient la question: (1982) 1 W.W.R. 97 à la p. 117. Pour l'opinion contraire, voir les décisions Denison Mines Ltd. v. Attorney General of Canada (1973), 32 D.L.R. (3d) 419 (H.C. Ont.); City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commission (1972), 27 D.L.R. (3d) 385 (C.A. Ont.)

16. Law Society (1980), 108 D.L.R. (3d) 752, aux pp. 756-758 (C.A.C.B.); Borowski, [1981] 1 W.W.R. 1, aux pp. 5-7, 16-19.

affaires Law Society et Borowski. Selon ce raisonnement, le Parlement ne peut retirer aux cours supérieures des provinces le pouvoir de décider de la constitutionnalité des lois. Dans cette optique, la compétence de la Cour fédérale en matière de jugement déclaratoire Dyson ne peut être que concurrente.¹⁷ Ce raisonnement permettrait même d'affirmer que les cours supérieures des provinces peuvent accorder n'importe quelle réparation contre la Couronne, du fait que le Parlement ne peut retirer aux cours supérieures ayant une juridiction inhérente le pouvoir d'accorder les réparations constitutionnelles prévues par le paragraphe 24(1) de la Charte.

Ce raisonnement n'a pas encore été examiné par les tribunaux. Un raisonnement connexe a été examiné dans l'affaire James Richardson & Sons Limited v. Minister of National Revenue¹⁸. La Cour du banc de la Reine du Manitoba a décidé qu'en vertu de l'article 101 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, le Parlement avait le pouvoir d'écarter la compétence des cours supérieures des provinces en matière d'examen judiciaire, dans le but d'assurer l'uniformité et la cohérence dans le contrôle judiciaire des tribunaux fédéraux. Cette cour n'a pas eu à se prononcer sur la question de la compétence des cours supérieures des provinces en matière de constitutionnalité des lois.¹⁹ On pourrait être malgré tout tenté d'appliquer à cette question le raisonnement tenu dans l'arrêt

-
17. Gibson, "Constitutional Law - Power of Provincial Courts to Determine Constitutionality of Federal Legislation" (1976), 54 Can. Bar Rev. 372; Hogg, "Is Judicial Review of Administrative Action guaranteed by the British North America Act?" (1976), 54 Can. Bar Rev. 716. Voir également Mullan, The Federal Court Act: Administrative Law Jurisdiction (1977) aux pp. 15-17.
 18. [1981] 2 W.W.R. 357 (C.B.R. Man.). Voir également Pringle v. Fraser, [1972] R.C.S. 821; Puerto Rico c. Hernandez, [1975] 1 R.C.S. 228; Howarth c. la Commission nationale des libérations, (1976) 1 R.C.S. 435; Mitchel c. La Reine, [1976] 2 R.C.S. 570; il ressort de ces décisions que le pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures des provinces peut leur être retiré.
 19. La question de la validité d'un article de la Loi de l'impôt sur le revenu a été posée dans l'arrêt Richardson. Cependant, le juge Morse a décidé cette affaire dans le cadre du contrôle judiciaire d'un acte administratif plutôt que dans celui d'un jugement déclaratoire en matière de constitutionnalité.

Richardson, au moins lorsque la compétence en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas retirée mais transférée à une cour créée en vertu de l'article 101. La Loi sur la Cour fédérale ne vise pas à empêcher toute contestation judiciaire des lois fédérales; elle vise plutôt à conférer cette compétence à un seul tribunal, en élargissant les procédures de contrôle des lois.

Réparations

A l'exception du paragraphe 24(2), l'article 24 ne semble pas augmenter le nombre des réparations qu'un tribunal compétent peut accorder; il indique plutôt que les mesures de redressement qui existent à l'heure actuelle pourront être accordées dans le cas d'une violation de la Charte. Cet article confère au tribunal compétent le pouvoir d'accorder la réparation qu'il estime convenable et juste mais ne lui donne pas la liberté de créer des mesures de redressement qu'il ne peut normalement accorder.

Si ce raisonnement est confirmé par les tribunaux, il est probable que la Couronne du chef du Canada conservera ses immunités traditionnelles en matière d'injonctions et des autres mesures de contrainte.²⁰

La décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire Société Asbestos²¹ n'est pas nécessairement contraire à cette hypothèse. Dans cette affaire, la Cour avait accordé une injonction contre la Couronne du chef de la province de Québec pour empêcher les autorités provinciales de donner effet à une loi inconstitutionnelle. La Cour a refusé d'appliquer une loi provinciale stipulant qu'une injonction de ce genre ne pouvait être accordée, en disant que la Couronne provinciale ne pouvait par sa propre législation s'immuniser contre des recours visant à faire examiner la validité de cette loi.²² Pour ce qui est de la

20. D'après la règle traditionnelle, la Couronne et les personnes qui agissent uniquement à titre de mandataires de la Couronne ne peuvent être visées par une injonction: Grand Council of the Crees c. La Reine (1981), 124 D.L.R. (3d) 574 (C.F.A.). Pour les employés, voir Minister of Finance of British Columbia v. The King, [1935] R.C.S. 278 et Strayer, "Injunctions Against Crown Officers" (1964), 42 Can. Bar Rev. 1.

21. Société Asbestos Ltée v. Société Nationale de l'Amiante, [1979] C.A. Qué. 342.

22. [1979] C.A. Qué. 342, à la p. 350.

Couronne du chef du Canada, la situation est différente: il ne s'agit pas d'une loi interdisant le recours à l'injonction qui serait susceptible d'être attaquée parce qu'elle prétend empêcher tout recours contre une loi ultra vires. Les tribunaux n'ont jamais eu le pouvoir d'émettre une injonction contre la Couronne. Ceci ne veut pas dire qu'une personne qui risque d'être lésée par une loi inconstitutionnelle est sans recours. Elle peut demander un jugement déclaratoire contre la Couronne.²³ Ou, lorsque ses droits sont en train d'être violés par des personnes qui agissent sous l'autorité d'une loi inconstitutionnelle, elle peut demander une injonction contre ces personnes.²⁴

Les réparations prévues par le paragraphe 24(1) de la Charte soulèvent un autre problème: quelle est la procédure à suivre pour les obtenir? Ce paragraphe énonce que toute personne, victime de violation de ses droits "peut s'adresser" pour obtenir une réparation. L'emploi des mots "peut s'adresser" laisse entendre que les réparations peuvent être demandées par voie de procédure sommaire, par voie de requête par exemple.

Cependant, certaines réparations, dont les plus importantes sont les dommages et le jugement déclaratoire, ne peuvent être accordées que par voie d'action.²⁵ Il est peu probable que le législateur ait eu l'intention de modifier la manière dont on peut obtenir les réparations. Il serait vraiment ironique que la Charte, en raison du paragraphe 24(1), ait pour effet d'abolir les protections traditionnelles que constituent les procédures préalables au procès, comme la communication des documents et l'interrogatoire préalable, et de substituer au procès une requête fondée uniquement sur des affidavits. Il nous paraît préférable de penser que les moyens à prendre pour obtenir une réparation n'ont pas été modifiés par la Charte.

23. Mais non une déclaration interlocutoire: Sankey c. Le Ministre des Transports, [1979] 1 F.C. 134 (Div. Inst.); C.I.G.O.L. v. Government of Saskatchewan, [1974] 4 W.W.R. 557 (B.R. Sask.); Collins v. Collins (1981), 122 D.L.R. (3d) 140 (H.C. Ont.).

24. Voir Strayer, "Injunctions Against Crown Officers" (1964), 42 Can. Bar Rev. 1.

25. Pour le jugement déclaratoire, voir par exemple, la règle 603 des Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, c. 663.

Prescription des recours

Des délais de prescription peuvent s'appliquer aux recours disponibles en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Ce paragraphe énonce que la violation d'un droit constitutionnel constitue une cause d'action. Si cette action doit être intentée, comme il le semble bien, dans le cadre de la responsabilité délictuelle, et que l'action vise à obtenir des dommages-intérêts, on peut se demander si la Loi sur la responsabilité de la Couronne doit s'appliquer.

La Loi sur la responsabilité de la Couronne contient des dispositions concernant les avis et les délais de prescription.²⁶ Une loi du Parlement peut-elle venir limiter les recours disponibles en vertu de la Charte? Par exemple, la Loi sur la responsabilité de la Couronne semble adopter le délai de six mois prévu dans la loi ontarienne, la Public Authorities Protection Act, pour l'institution d'une action en raison d'un acte d'une autorité publique.²⁷ Est-ce qu'un tel délai constitue "une limite raisonnable" au sens de l'article 1 de la Charte? Les limitations de ce genre peuvent-elles se justifier?

Conclusions

La Charte a donné un statut constitutionnel à certains droits et libertés. La Charte a prévu des recours pour les faire respecter. Les recours prévus doivent s'exercer devant les tribunaux judiciaires et prendre la forme des recours existants. Ces tribunaux et ces recours peuvent être utilisés pour faire respecter les droits prévus par la Charte et obtenir réparation dans le cas de violation de ces droits; mais pour le reste, ils n'ont pas été modifiés.

26. Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 10, 19. Pour les délais de prescription voir également la Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e supp), art. 37.

27. Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1980, c. 406, art. 11; voir également la Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, ch. N-4, art. 2; Voir le Recueil du contentieux - affaires civiles, au par. 17.1, pour une étude de l'utilisation de ces dispositions.



LOWE-MARTIN

ARTICLE 25 - DROITS DES AUTOCHTONES

L'article 25 de la Charte canadienne des droits et libertés constitue le premier d'une série de sept articles figurant sous le titre "Dispositions générales" qui énoncent certaines règles suivant lesquelles l'étendue des droits et des libertés garantis par les dispositions précédentes de la Charte doit être mesurée. Une première lecture de l'article 25 peut laisser croire que celui-ci constitue en lui-même une source originale de droits et libertés pour les peuples autochtones:

"25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés - ancestraux, issus de traités ou autres - des peuples autochtones du Canada, notamment:

- a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés acquis par règlement de revendications territoriales."

Cependant, il ressort nettement de la reconnaissance et de l'affirmation expresses des droits des peuples autochtones qui figurent ailleurs que dans la Charte, soit à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1981, que l'article 25, comme les autres "Dispositions générales", constitue une disposition d'interprétation et non une disposition de fond.

Du point de vue de son application pratique cependant, cette règle d'interprétation aura un effet certain, contrairement à certains autres articles d'interprétation de la Charte qui semblent n'avoir été ajoutés qu'à des fins déclaratoires. Bien que ses conséquences seront heureuses pour les peuples autochtones en favorisant la reconnaissance de leur statut particulier du point de vue constitutionnel, l'article 25 aura en fait des effets négatifs lorsqu'il sera appliqué puisqu'il imposera des restrictions à certains droits garantis des non autochtones et aura pour effet de sanctionner un certain degré de traitement discriminatoire. Bien que la règle générale qui sera euchâssée dans la Charte sera l'égalité

pour tous indépendamment la race, ce droit fondamental dépendra de l'exigence de l'article 25 suivant laquelle la garantie générale ne doit pas être interprétée de manière à signifier que les privilèges particuliers dont jouissaient jusqu'ici les peuples autochtones doivent désormais être accordés à tous. Conséquemment, dans les cas où il sera reconnu que le principe de l'égalité universelle portera atteinte aux droits traditionnels des autochtones, l'application du principe sera limitée ou même suspendue afin d'assurer la suprématie du droit des autochtones à un statut particulier.

Concrètement, l'interprétation de l'étendue des droits et libertés garantis faite conformément aux prescriptions de l'article 25, devrait, dans l'ensemble, assurer le maintien du statu quo en ce qui concerne le pouvoir de légiférer des divers paliers de gouvernement. Le pouvoir général de légiférer en ce qui concerne "Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens" que confère au Parlement la rubrique 24 de l'art. 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 ne sera pas touché par une affirmation voulant que les peuples autochtones ne soient pas traités de la même manière que les autres groupes de la population et que les droits garantis par la Charte ne soient pas respectés. En particulier, les conditions spéciales que prévoit la Loi sur les Indiens demeureront les mêmes et seront inattaquables malgré certaines injustices manifestes comme la défense pour les non Indiens de résider sur une réserve contrairement à la garantie de la liberté de circulation et d'établissement que prévoit le paragraphe 6(2) de la Charte. Aussi, étant donné que l'article 25 constitue une disposition d'interprétation, il semble qu'aucun argument ne pourrait être invoqué en vertu de celui-ci pour appuyer la proposition voulant que le pouvoir du Parlement de passer outre aux droits issus de traités en adoptant des lois appropriées (un pouvoir qui semble avoir été reconnu par une décision partagée rendue dans l'arrêt Calder et al. c. le Procureur général de la Colombie-Britannique, [1973] R.C.S. 313) ait été déplacé.

Dans le champ de compétence provincial, les mêmes règles générales de compétence continueront de s'appliquer. Ces règles ont été énoncées comme suit par le professeur Kenneth Lysyk dans un article intitulé (TRADUCTION) "La situation constitutionnelle unique de l'Indien du Canada" (The Unique Constitutional Position of the Canadian Indian), 45 Rev. du Bar. can. 513 (1967), aux pp. 535-6:

(Traduction) "On peut énoncer trois propositions générales pour présenter la question du pouvoir qu'ont les provinces de légiférer. Premièrement, comme le pouvoir de légiférer en ce qui concerne les Indiens a été conféré au Parlement du Canada, ou s'attendrait à ce que les provinces ne puissent pas adopter des lois intéressant les Indiens en tant qu'Indiens. Deuxièmement, on peut proposer, à titre complémentaire, que les lois provinciales d'application générale - c'est-à-dire, celles qui n'accordent pas un traitement spécial aux Indiens mais qui s'appliquent généralement à toutes les personnes résidant dans la province - seraient censées s'appliquer aux Indiens de la même manière qu'elles s'appliquent aux autres groupes de personnes qui sont assujettis aux lois du Parlement, notamment les étrangers et les corporations constituées en vertu des lois fédérales, et, par une certaine analogie, aux ouvrages et entreprises au sujet desquels le Parlement a le pouvoir de légiférer en vertu des exceptions au paragraphe 92(10) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Troisièmement, les lois provinciales qui pourraient s'appliquer aux Indiens si ce champ était inoccupé pourraient néanmoins être supplantées par les lois fédérales concernant les Indiens. Cette dernière proposition est évidemment une application de la doctrine dite de la suprématie (ou du chevauchement)."

Conséquemment, toute loi provinciale d'application générale comme la loi sur les relations de travail qu'a examinée la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Four B Manufacturing Ltd. c. United Garment Workers of America et al., (1979) 102 D.L.R. (3^e) 385, s'appliquera normalement tant sur une réserve qu'à l'extérieur de celle-ci et intéressera à la fois les Indiens et les non Indiens et, pourvu que les limitations qu'elle pourrait comprendre se situent "dans des limites qui soient raisonnables" au sens de l'article 1 de

la Charte, son effet ne sera pas atténué par l'article 25. Cela est conforme à l'esprit de l'article 88 de la Loi sur les Indiens qui se lit comme suit:

"88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant."

Cependant, une importante exception qui est prévue dans la partie introductive de l'article 88 et qui a été soulignée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt R. v. White and Bob, (1966) 52 D.L.R. (2^e) 481, est soulevée en ce qui a trait aux dispositions des traités qui ne sont pas du ressort des provinces. Dans le cas où un traité traite expressément des droits des autochtones, ses dispositions l'emportent sur les lois provinciales. Ainsi, il a été statué dans plusieurs arrêts, comme dans l'arrêt R. v. White and Bob, supra, que des lois sur le gibier ne s'appliquaient pas aux Indiens dont les droits de chasse et de pêche ont été enchâssés dans un traité.

Il conviendrait sans doute d'apporter deux précisions en ce qui concerne la portée de l'article 25. D'une part, l'alinéa b) reconnaît que les droits des peuples autochtones n'ont pas été déterminés de manière définitive dans le passé et que ceux-ci peuvent en acquérir d'autres par reconnaissance ultérieure par voie de règlement de revendications territoriales. D'autre part, l'effet restrictif de l'article 25 sur les droits garantis par d'autres dispositions de la Charte est lui-même limité par la prépondérance de l'article 28 qui prévoit que tous les droits et toutes les libertés sont garantis également aux personnes des deux sexes. Cette dernière disposition fera en sorte que soit éliminée toute distinction fondée sur le sexe, peu importe les traditions bien enracinées et,

(conjointement avec l'article 15 de la Charte et l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1981) que soit rendu expressément inopérant l'alinéa 12(1)b) de la Loi sur les Indiens qui a été maintenu malgré le recours intenté en vertu de la Déclaration canadienne des droits dans l'arrêt Procureur général du Canada c. Lavell, [1974] R.C.S. 1349.

ARTICLE 26 - AUTRES DROITS ET LIBERTÉS

"Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada."

INTRODUCTION

L'article 26 de la Charte canadienne des droits et libertés assure le maintien pour chacun des droits ou libertés qui existaient au Canada avant l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés même s'ils ne sont pas énumérés dans la Charte. Certains prétendent que cet article ne constituerait que la codification d'un principe d'interprétation normal des lois, voulant qu'il y ait une présomption que le législateur n'a pas voulu porter atteinte aux droits acquis.

C'est le juge en chef Duff qui a le mieux énoncé ce principe, dans l'arrêt Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board, (1933) R.C.S. 629 à la p. 638, en déclarant:

(Traduction) "Il ne faut pas interpréter une loi de manière à ce qu'elle soit préjudiciable aux droits acquis ou à un statut reconnu, à moins que les termes qui y sont employés n'exigent une telle interprétation. Coke qualifie la règle de "loi du Parlement" en ce sens, sans doute, qu'il s'agit d'une règle fondée sur la pratique du Parlement. On suppose que le Parlement manifeste son intention de manière expresse lorsqu'il souhaite porter atteinte à de tels droits ou à un tel statut, à moins que cette intention ne soit, de toute façon, clairement manifestée par un empiétement inévitable."

Voir également:

Campbell v. Halverson, (1919) 3 W.W.R. 657 (C.A. de la Sask.)

In Re The Public Utilities Act, (1920) 1 W.W.R. 31 (C.A. de l'Alberta)

Maine v. Stark, (1890), 15 A.C. 384

Central Control Board v. Cannon Brewery Co., (1919) A.C. 744

Attorney General for Canada v. Hallett and Carey Ltd. (1952) A.C. 427

Mais si le principe universellement reconnu voulant que l'on ne puisse pas porter atteinte aux droits acquis à moins que la loi ne le prévoie expressément, quel était le but de l'article 26? A-t-il été adopté par excès de prudence ou pour les motifs qu'exposait l'honorable juge Story dans un ouvrage intitulé (Traduction) Commentaires sur la Constitution des États-Unis (Commentaries on the Constitution of the United States) à la p. 651 de la 5^e édition (1891) lorsqu'il déclarait: (Traduction) "Cette clause a manifestement été introduite pour éviter toute erreur d'application mal intentionnée ou astucieuse de la maxime bien connue voulant qu'une affirmation dans des cas précis laisse supposer une négation dans tous les autres cas et inversement, qu'une négation dans des cas précis laisse supposer une affirmation dans tous les autres cas".

Le neuvième amendement à la Constitution américaine, qui est comparable à notre article 26, se lit comme suit:
(Traduction) "L'insertion de certains droits dans la Constitution ne doit pas être interprétée comme une négation ou une limitation des autres droits du peuple."

DÉFINITION DE "DROITS ET LIBERTÉS"

On a fait une distinction entre "libertés" et "droits". D'une manière générale, la distinction semble être la suivante. L'existence d'un droit ou d'un "pouvoir" laisse entendre que quelqu'un, soit une personne, soit l'État, a un devoir envers la personne titulaire du droit. Une liberté désigne une chose qu'une personne peut faire sans qu'une loi ne l'en empêche. C'est une chose qu'une personne peut faire parce qu'aucun devoir ne lui est imposé par la loi.

Nous sommes donc contraints d'essayer de déterminer quels sont ces "droits" et ces "libertés". Si l'on s'en remet à l'expérience américaine, force est de constater que cette détermination a entraîné certaines difficultés, même si le neuvième amendement est en vigueur depuis plus de 190 ans. Comme le dit un savant auteur,

(Traduction) "Les droits non énumérés que vise le neuvième amendement sont difficiles à déterminer. Il est fort probable que ces droits auraient été inclus s'ils avaient été faciles à cerner. Cela ne veut pas dire que le Congrès a ajouté le neuvième amendement à la déclaration des droits (Bill of Rights) pour parer à un éventuel oubli, puisque les habitants de la colonie étaient d'origine anglaise et qu'ils

étaient influencés par la tradition britannique voulant que les droits naturels soient fondamentaux et déterminés, qu'ils soient ou non reconnus par une constitution. Une compilation de ces droits comprend les suivants:

les droits naturels qui sont reconnus comme étant inaliénables et qui, par le fait même, sont propres à chaque individu en tant que citoyen d'une société libre, comprennent: le droit à la liberté et à la sécurité personnelle, le droit d'acquérir des biens et d'en jouir, le droit à la liberté de religion, à la liberté de conscience, à la liberté de contracter, à la liberté de la presse, à la liberté d'expression, de réunion et de pétition, à la liberté du travail, du commerce, des affaires ou du métier, et le droit à la vie privée. Les droits naturels ont été définis comme suit: 1) les droits qui appartiennent originellement et essentiellement à l'homme, les droits qui sont inhérents à sa nature et dont il jouit en sa qualité d'être humain indépendamment de tout acte de sa part; aussi 2) ceux qui découlent de la nature de l'homme et qui dépendent de la personnalité par opposition à ceux qui sont créés par la loi; aussi 3) ces droits qui sont innés et qui découlent des lois mêmes de la nature, comme la vie, la liberté, la recherche du bonheur et l'instinct de conservation."¹

Il pourrait être important de déterminer si une liberté ou un droit précis est visé par un article précis et garanti par le fait même et pouvant faire l'objet d'un redressement comme le prévoit la Constitution ou si ce droit et/ou cette liberté fait partie de la catégorie résiduaire visée à l'article 26. Un droit ou une liberté de cette catégorie ne serait évidemment pas protégé par la Constitution au même titre que les droits ou les libertés qui sont expressément énumérés. On ne peut pas s'empêcher de sourire un peu lorsqu'on lit comment un érudit qualifie le neuvième amendement de "presque mystérieux" (Dixon, The Griswold Penumbra, 64 Mich. L. Rev. 197, 205 (1965)) et comment le juge Jackson décrit celui-ci (Traduction) "les droits visés

1- The Ninth Amendment, Thomas R. Vickerman, (1966) 11 South Dakota Law Review, 172

par le neuvième amendement que le gouvernement fédéral n'aurait pas à garantir sont toujours un mystère pour moi". (Jackson, The Supreme Court in the American System of Government, 74-75 (1955))

L'arrêt américain le plus important qui traite du neuvième amendement est l'arrêt Griswold et al. v. The State of Connecticut, 381 U.S. 479 (1965). Bien qu'il y ait plusieurs jugements concordants sur le neuvième amendement, c'est celui du juge Goldberg qui en traite avec le plus de détails. Le jugement cite les paroles suivantes: (Traduction) "On ne peut pas présumer qu'une disposition a été insérée pour rien dans la Constitution". Le juge Goldberg ajoute: "Lorsqu'ils ont à déterminer si un droit est fondamental, les juges ne peuvent pas prendre une décision en toute liberté en se fondant sur leurs convictions et opinions personnelles. Ils doivent plutôt se baser sur les 'traditions' et sur la conscience (collective) de notre 'peuple' pour déterminer si un principe est suffisamment enraciné pour être considéré comme fondamental. Ils doivent se demander si la nature du droit en question est telle que sa négation équivaldrait à une violation des principes fondamentaux de la liberté et de la justice sur lesquels reposent toutes nos institutions civiles et politiques".

INTERPRÉTATION

Il semble, par conséquent, que l'article 26 est une codification d'un principe d'interprétation des lois bien établi. Ce principe reconnaît 1) que les lois ou la common law ont créé plusieurs droits et pouvoirs et que plusieurs grands domaines d'activité ne sont pas expressément réglementés, de sorte que les Canadiens sont "libres" de faire plusieurs choses différentes. 2) Le Parlement et les provinces ont jugé que l'importance de certaines des catégories de droits et de libertés mentionnées ci-dessus est tellement fondamentale que celles-ci doivent être garanties par la Constitution. Ces droits et libertés sont expressément énumérés dans la Charte des droits et libertés. 3) Le fait que ces droits et libertés ont été expressément énumérés dans la Charte ne doit pas être interprété de manière à laisser entendre que les autres droits et libertés n'existent pas. Cet état de choses fait cependant en sorte qu'il y a certains droits et libertés énumérés expressément qui jouissent d'une garantie

constitutionnelle et qui peuvent faire l'objet d'un redressement en vertu de la Constitution alors que d'autres droits et libertés ne jouissent pas de cette garantie et ne peuvent pas, par conséquent, faire l'objet d'un tel redressement. (Cela va à l'encontre de la récente tendance américaine à considérer les droits et libertés visés au neuvième amendement comme jouissant des mêmes garanties constitutionnelles que les autres droits et libertés). De plus, si un droit ou une liberté est à la fois garanti par la Constitution et reconnu par une autre loi, la personne lésée pourrait alors obtenir le redressement prévu à l'article 24 et tout autre redressement prévu ailleurs que dans la Constitution. On peut également distinguer les droits et libertés garantis par la Charte des autres droits et libertés qui pourraient exister en vertu de l'article 26 parce que les droits et libertés énumérés dans la Charte ne peuvent être modifiés ou abrogés que par voie d'amendement à la Constitution en la manière que prévoit celle-ci. Les autres droits et libertés résiduaire visés à l'article 26 peuvent pour leur part être abrogés ou modifiés à n'importe quel moment par voie de modification législative ou par l'exercice de tout pouvoir ayant permis à ce droit ou à cette liberté d'exister. De plus, il est possible de priver les Canadiens des libertés qui ne sont pas garanties par la Constitution simplement en adoptant une loi leur interdisant de faire ce qu'ils étaient libres de faire auparavant. Il est évident qu'on pourrait de la même manière créer de nouveaux droits et de nouvelles libertés non garantis par la Constitution.

Il convient de signaler que l'article 26 de la Charte n'est pas un article d'incorporation c'est-à-dire qu'il n'incorpore pas ces autres droits et libertés résiduaire dans la Constitution. L'article 26 établit une distinction évidente entre certains droits et certaines libertés qui existent au Canada. L'article 26 précise simplement que ces droits et libertés qui ne sont pas garantis par la Charte continuent d'exister comme ils existaient auparavant. Exception faite du redressement garanti par la Constitution, notre situation est donc semblable à celle des États-Unis sous les rapports suivants:

(Traduction) "C'est au tribunal qu'il appartient en dernière analyse de déterminer la nature des droits que conserve le peuple mais qui ne sont pas énumérés dans la Constitution. La croyance absolue que le pouvoir souverain appartient finalement au

peuple - que celui-ci renonce collectivement à plusieurs libertés individuelles au profit de l'ordre social - est une caractéristique implicite de notre régime constitutionnel. En échange, le peuple a confié au gouvernement un pouvoir dont l'étendue est limitée par la Constitution, mais comme en témoigne les énumérations expresses qui figurent dans la Déclaration des droits (Bill of Rights), il n'a pas renoncé à tous ses droits individuels au cours de ce processus. Ce que le neuvième amendement réaffirme, c'est donc qu'il y a des droits qui existaient avant la Constitution et que ceux-ci ne peuvent pas être niés ou atteints pour l'unique motif qu'ils ne sont pas énumérés dans la Déclaration des droits".

* The Ninth Amendment: A Survey of Theory and Practice in the Federal Courts Since Griswold v. Connecticut par Lyman Rhoades, Rodney R. Patula (1973) 50 Denver Law Journal 153 à la p. 175.

LISTE DES ARRÊTS

1. Campbell v. Halverson (1919) 3 W.W.R. 657 (C.A. de la Sask.)
2. Central Control Board v. Cannon Brewery Co. (1919) A.C. 744 (H.L.)
3. Griswold et al. v. The State of Connecticut 381 U.S. 479 (1965)
4. Attorney-General for Canada v. Hallett and Carey Ltd. (1952) A.C. 427 (J.C.P.C.)
5. Main v. Stark (1890), 15 A.C. 384 (J.C.P.C.)
6. In Re The Public Utilities Act (1920) 1 W.W.R. 31 (C.A. de l'Alberta)
7. Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board (1933) R.C.S.

LISTE DES PERIODIQUES (par auteur)

1. The Griswold Penumbra, par Dixon, 64 Mich. L. Rev. 197 (1965)
2. The Supreme Court in the American System of Government, Jackson, (1965)
3. The Ninth Amendment; A Survey of Theory and Practice in the Federal Courts Since Griswold v. Connecticut par Lyman Rhoades, Rodney R. Patula (1973) 50 Denver Law Journal 153
4. Commentaries on the Constitution of the United States, par M. le juge Story, 5^e Edition (1981)
5. The Ninth Amendment, Thomas R. Vickerman, (1966) 11 South Dakota Law Review 172



LOWE-MARTIN

ARTICLE 27 - PATRIMOINE MULTICULTUREL

Dans l'avant-projet de Charte canadienne des droits et libertés présenté en octobre 1980 il n'y avait aucune mention du patrimoine multiculturel du Canada, bien que l'un des objectifs de la Loi constitutionnelle de 1978 (Bill C-60) consistait à garantir "dans tout le Canada un respect égal pour les multiples origines, croyances et cultures... qui concourent à façonner la société canadienne". Par suite des démarches entreprises pour le compte de divers groupes ethniques et culturels cependant, l'avant-projet de Charte a été modifié de manière à comprendre une reconnaissance enchâssée du caractère diversifié de la société canadienne et l'article 27 se lit présentement comme suit:

"27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens."

On peut facilement constater que l'article 27, de par ses termes, ne prétend pas constituer une source originale de droits et de libertés individuels. Cet article constitue plutôt une règle d'interprétation suivant laquelle l'étendue des droits garantis par d'autres dispositions de la Charte peut être déterminée et il ne constituera pas en soi un tremplin servant à attaquer les lois, les règlements et les pratiques qui sont perçus comme étant préjudiciables à la diversité culturelle. Les garanties qui permettront à un individu de pouvoir conserver son identité culturelle sont comprises dans la liberté de pouvoir pratiquer la religion de son choix, dans la liberté de réunion et d'association avec d'autres, dans la défense des droits linguistiques et de manière plus générale, dans l'assurance que les lois s'appliquent de la même manière à tous sans distinction. Ces droits, ainsi que les autres droits fondamentaux énumérés dans la Charte, demeurent les mêmes peu importe le contexte dans lequel il peuvent recevoir une application pratique, que ce contexte soit politique, culturel ou économique et s'appliquent de manière à définir les rapports qui existent entre un individu et l'État dans tous les domaines de la société. Compte tenu de leur application universelle, ces droits réussissent en soi à atteindre les fins qu'envisage l'article 27 et dans cette

perspective, il semble que l'on puisse, dans une certaine mesure, justifier le fait que l'on considère l'article 27 comme une simple déclaration de principe qui ne produira aucun effet.

Même si l'on devait supposer que les libertés fondamentales prennent plus de dimension en raison de leur association, dans des circonstances appropriées, avec l'exigence d'examiner et de promouvoir les intérêts multiculturels, il est peu probable que l'influence additionnelle quelconque que cela pourrait exercer serait suffisante pour rendre légitime une pratique d'un groupe particulier qui serait par ailleurs contraire au droit pénal ou aux dispositions réglementaires. L'article 27 et les dispositions de la Charte qui traitent des droits et libertés absolus sont assujettis à la condition prévue à l'article 1 suivant laquelle leur étendue doit être "dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique" et il est difficile de comprendre pourquoi une diminution généralement acceptable de droits devrait être rendue inefficace en ce qui concerne une pratique qui, en l'absence de toute considération d'intérêts culturels particuliers, irait manifestement à l'encontre de la loi. Par exemple, bien qu'il n'y ait aucun arrêt rapporté à ce sujet, on soulève parfois l'argument dans des poursuites engagées en vertu de la Loi sur les stupéfiants qu'un certain sous-groupe ethnique doit, aux fins de ses pratiques religieuses, faire usage de drogues hallucinogènes et que l'on pourrait justifier que celui-ci soit exempté de l'application de la loi en attachant cette exemption à la liberté de religion garantie par la Déclaration canadienne des droits. Le rejet habituel de cette défense semble reposer sur le raisonnement voulant que cette loi soit d'application générale, qu'elle ait un fondement raisonnable et que dans ces circonstances, aucun intérêt social souverain ne serait servi par la reconnaissance de sa non application dans un seul domaine. D'un autre côté évidemment, une loi adoptée pour une catégorie particulière de personnes qui n'a aucun effet en ce qui concerne l'ensemble de la société éveillerait immédiatement des soupçons et, à moins que l'on puisse établir qu'elle se

situé dans des limites qui sont raisonnables conformément à la position adoptée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts portant sur "l'objectif fédéral valide", serait déclarée inopérante. Dans ce cas cependant, le mécanisme précis pour lancer l'attaque reposerait sur les droits à l'égalité garantis par l'article 15 et là encore, l'effet déclaratoire de l'article 27 ne se ferait probablement pas sentir.

Il conviendrait peut-être de signaler en passant qu'une autre condition concernant l'applicabilité de l'article 27 est posée par la déclaration de principe énoncée à l'article 28. Suivant cette déclaration qui a prépondérance, tous les droits et libertés qui sont mentionnés dans la Charte sont garantis également aux personnes des deux sexes. Il semblerait donc que serait exclue toute possibilité d'accepter qu'un groupe culturel agisse de manière à favoriser le maintien d'un système patriarcal ou matriarcal en violation de la Charte.

C'est probablement dans des domaines qui ne sont pas liés à l'application de la loi et qui intéressent davantage la reconnaissance du concept du multiculturalisme que l'article 27 trouvera son sens véritable. Dans un sens, l'article 27 est censé servir de complément au "programme de promotion sociale" que prévoit le paragraphe 15(2) et qui constitue une exception au droit garanti à l'égalité, puisqu'il devrait permettre aux groupes ethniques de bénéficier de programmes qui ne sont pas nécessairement de nature à améliorer leur situation comme l'exige le paragraphe 15(2). Le gouvernement accorde présentement des fonds à ces groupes à des fins, par exemple, qui semblent promouvoir le maintien et la valorisation de la mosaïque culturelle mais dont le but ultime n'est pas d'éliminer un désavantage particulier. Si ce n'était de l'article 27, le paragraphe 15(1) permettrait de remettre en question la pratique d'accorder ces subventions comme étant un cas de traitement discriminatoire que l'exception prévue au paragraphe 15(2) ne saurait justifier. Dans ce contexte, on peut soutenir que l'article 27 constitue le côté préventif du pouvoir de protéger les minorités, alors que le paragraphe 15(1) en constitue le côté curatif. D'une

manière plus générale, ce principe d'interprétation s'appliquera à plusieurs lois et règlements, comme les règlements établis sous le régime de la Loi sur la radiodiffusion qui exigent que du temps d'antenne soit réservé à la programmation ethnique et neutralisera la tâche de distinction qui pourrait par ailleurs s'avérer fatale en ce qui concerne l'objectif de promouvoir l'identité multiculturelle du Canada.

ARTICLE 28 - ÉGALITÉ DE GARANTIE DES DROITS
POUR LES DEUX SEXES

La différence de traitement fondée sur le sexe est l'un des motifs de discrimination qu'interdit expressément le paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés. Compte tenu de cette disposition de fond, il y a peut-être une certaine justification à considérer comme superflues les exigences de l'article 28 de la Charte qui figurent, avec plusieurs autres dispositions d'interprétation, sous le titre "Dispositions générales". Voici le texte de l'article 28:

"28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, exception faite de l'article 33, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes."

Toutefois, il ressort nettement des premiers mots de l'article que la règle qu'il énonce est plus rigoureuse que les autres règles qui figurent dans la partie intitulée "Dispositions générales" et que, de fait, contrairement à la protection générale qu'accorde le paragraphe 15(1) mentionné ci-dessus, les garanties qui assurent l'égalité entre les personnes des deux sexes doivent être interprétées strictement et n'admettent aucune exception. Par conséquent, bien que l'article 1 de la Charte permettrait probablement de justifier l'adoption d'une loi qui avantage un groupe d'âge par rapport à tous les autres et ce, malgré son caractère discriminatoire, parce qu'il s'agit d'une "règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables", ou, dans des circonstances plus exceptionnelles, que le paragraphe 33(1) permettrait au Parlement ou à une législature de donner effet à une telle loi au moyen d'une déclaration expresse, ni l'une ni l'autre de ces exceptions ne pourrait être invoquée pour tenter d'établir la validité d'une loi qui créerait des différences fondées sur l'identité sexuelle à cause de la clause dérogatoire de l'article 28.

Cela ne veut pas dire que l'article 15 est dénué de sens en ce qui concerne le domaine du droit à l'égalité pour les personnes des deux sexes. Son rôle consiste à créer le droit et il faut reconnaître qu'il a un effet certain en ce qui concerne les "programmes de promotion sociale" destinés à faire disparaître les effets sérieux qu'a entraînés la discrimination qui aurait été faite dans

le passé. Même s'il faut évidemment interpréter l'article 15 en conformité avec la règle énoncée à l'article 28, le fait de donner tout son effet à la clause dérogatoire pour invalider un procédé destiné à redresser un déséquilibre toucherait le fond même du concept de l'égalité universelle sur lequel la Charte est basée et aurait un résultat absurde en ce sens qu'on jugerait que les auteurs du projet ont tenu des propos inutiles en prévoyant l'amélioration de la situation désavantageuse qui découle des différences de traitement à l'endroit des personnes des deux sexes.

Néanmoins, l'importance primordiale accordée à l'article 28 posera de sérieux problèmes en ce qui concerne les lois qui ne pourront pas être reconnues comme étant de nature à apporter des améliorations. Dans l'arrêt Bliss c. Le Procureur général du Canada, [1979] 1 R.C.S. 183, par exemple, la Cour suprême du Canada a reconnu la validité d'une disposition de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage qui prévoyait une période de référence plus stricte pour les femmes enceintes en ce qui concerne les prestations, en dépit de l'argument à l'effet que ces exigences créaient une inégalité fondée sur le sexe contrairement à la Déclaration canadienne des droits. Bien que l'on ait souligné que l'effet réel produit par cette disposition était de créer une discrimination entre différentes catégories de femmes plutôt qu'entre hommes et femmes, la Cour a conclu que la restriction concernant l'admissibilité à recevoir des prestations constituait un "objectif fédéral valide" qui ne pouvait pas être déclaré inopérant sous le régime de la Déclaration canadienne des droits. Il semble que ce résultat, dans la mesure où il découle de la conclusion d'un "objectif fédéral valide", ne pourrait pas être le même en vertu de la Charte et ce, grâce à l'article 28. Même si l'article 1 permettait par ailleurs de justifier un traitement différent qui se situerait "dans des limites qui soient raisonnables", l'applicabilité de cette exemption serait exclue en raison de l'existence de la clause dérogatoire et, comme on l'a remarqué ci-dessus, la même considération préviendrait toute tentative du Parlement de sanctionner l'inégalité par voie d'une déclaration dérogatoire faite en conformité avec le paragraphe 33(1).

Cependant, comme le droit à l'égalité est enchâssé, quant au fond, dans l'article 15 et non dans l'article 28, et comme le paragraphe 32(2) prévoit que l'article 15 n'aura d'effet que trois ans après l'entrée en vigueur de la Charte, il est possible que l'on puisse, en

légiférant, éliminer la plus grande partie des problèmes de cette nature avant que les tribunaux puissent en être saisis. L'effet de l'article 28 sur les autres libertés garanties dont la reconnaissance ne sera pas soumise à un délai, plus particulièrement le droit à la liberté que prévoit l'article 7, pose un problème plus immédiat. Étant donné qu'un droit comme celui-là sera garanti également aux personnes des deux sexes, on peut se poser la question de savoir si, par exemple, une personne du sexe masculin pourrait être privée de sa liberté pour s'être conduit d'une manière qui ne serait pas contraire au droit pénal s'il s'était agit d'une personne du sexe féminin. Certaines des infractions d'ordre sexuel énumérées dans le Code criminel comme les rapports sexuels illicites et la séduction sous promesse de mariage ne constituent des infractions que si elles sont commises par une personne du sexe masculin et pourraient vraisemblablement être contestées dans un cas approprié si l'on invoquait à la fois les articles 7 et 28 de la Charte.

Bien que plusieurs des problèmes qui se posent dans ce domaine seront éventuellement réglés par une nouvelle interprétation législative des infractions qui en étendra la portée, comme dans le cas du projet de loi sur les infractions d'ordre sexuel (Bill C-53) qui a déjà été déposé devant le Parlement, ce à quoi les tribunaux auront à faire face dans l'immédiat c'est à la nécessité de concilier les impératifs de la Charte avec les interdictions du droit pénal qui, dans la plupart des cas, datent de longtemps. Comme il semble que l'effet d'exclusion des premiers mots de l'article 28 ne permettra pas de recourir à des notions comme celle de "l'objectif fédéral valide" qui sont vraisemblablement subsumées sous "une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables" comme le prévoit l'article 1, il ne semble pas qu'il sera possible de fabriquer des doctrines judiciaires pour justifier la discrimination fondée sur le sexe, à moins que ces doctrines ne soient expressément enracinées dans la Charte. Si l'article 1 prévoit expressément un moyen pour justifier un traitement discriminatoire, c'est dans le but d'éliminer tous les autres moyens, et l'exclusion par l'article 28 de cette possibilité de rationalisation pourrait entraîner de sérieuses conséquences en ce qui concerne l'application du droit pénal jusqu'à ce que le législateur prenne des mesures appropriées. D'autre part, il appartiendra toujours aux tribunaux d'examiner l'infraction en question de manière à déterminer son véritable lien avec l'accusé et de ne pas se

contenter d'un lien apparent fondé sur le sexe comme la Cour d'appel du Manitoba l'a fait récemment dans l'arrêt R. v. Marzan (le 25 novembre 1981). Dans cette affaire, le tribunal devait répondre à l'argument selon lequel l'article 156 du Code criminel impose une peine plus sévère à une personne du sexe masculin coupable d'attentat à la pudeur d'une autre personne du sexe masculin que celle qui serait imposée à toute autre personne qui serait coupable d'attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin en contravention de l'article 149, et que cette situation est contraire à la Déclaration canadienne des droits. Le tribunal a conclu que ce n'est pas la personne du sexe masculin en soi qui est visée par l'article 156, mais plutôt un genre de conduite qui, selon (Traduction) "les traditions séculaires de la morale judéo-chrétienne", a toujours causé une grande répugnance et que, par conséquent, le fait que le comportement homosexuel soit puni plus sévèrement que le comportement hétérosexuel illicite n'allait pas à l'encontre de la Déclaration des droits. Bien que le raisonnement qui précède semble plutôt subtil, il en résulte que si l'on pouvait décrire une infraction comme étant orientée vers un comportement plutôt que comme étant orientée vers une personne, l'argument voulant qu'une situation n'aille pas à l'encontre de l'égalité fondamentale des personnes des deux sexes et qu'elle puisse continuer à exister en vertu de la Charte des droits pourrait avoir du poids.

LA RENONCIATION

TABLE DES MATIÈRES

	<u>PAGE</u>
A. APERÇU GÉNÉRAL DU DROIT DE LA RENONCIATION AU CANADA ET AUX É.U.	1
B. IMPORTANCE DE LA RENONCIATION DANS LE CADRE DE LA CHARTE DES DROITS	2
C. LA RENONCIATION À DES GARANTIES PROCÉDURALES EN DROIT PÉNAL CANADIEN	3
D. LA RENONCIATION À CERTAINS DROITS EN DROIT PÉNAL AMÉRICAIN	7
E. GARANTIES JURIDIQUES AUXQUELLES IL N'EST PAS POSSIBLE DE RENONCER	11
F. GARANTIES JURIDIQUES AUXQUELLES IL EST POSSIBLE DE RENONCER	14

A. APERÇU GÉNÉRAL DU DROIT DE LA RENONCIATION AU CANADA ET AUX É.U.

La renonciation est un principe qui est apparu dans le droit d'equity et qui constitue une "défense en equity". Il se retrouve, sous cette forme, dans de nombreux domaines du droit. Halsbury's Law of England (4eme éd) en donne une définition générale au paragraphe 1471:

(TRADUCTION)

La renonciation est l'abandon d'un droit de sorte que l'autre partie est justifiée à invoquer cet abandon, en reconnaissant les faits mais en contestant les conséquences (confession and avoidance), si ce droit est invoqué par la suite. La renonciation peut être expresse ou tacite. Elle peut parfois ressembler à un choix et parfois être fondée sur les principes ordinaires en matière d'irrecevabilité à remettre en cause une question (estoppel), bien que, à la différence de cette exception, la renonciation doit toujours prendre la forme d'un acte intentionnel et informé. Une personne justifiée à invoquer une clause d'un contrat ou d'un texte législatif dont elle est seule à pouvoir bénéficier peut y renoncer et laisser le contrat ou la transaction s'exécuter comme si la clause ou la disposition n'existait pas. La validité de ce genre de renonciation dépend du consentement, et le fait que les actes de l'autre partie indiquent qu'elle en a connaissance constitue une considération suffisante. Lorsque la renonciation n'est pas expresse, elle peut se déduire d'un comportement qui est incompatible avec l'exercice d'un droit, même en l'absence d'écrit ou de considération pour la partie qui bénéficie de la renonciation; cependant, de simples actes de tolérance ne constituent pas une renonciation; de même, une partie ne peut tirer avantage d'une renonciation si sa conduite n'indique pas qu'elle désire s'en prévaloir. Il est possible de mettre fin à une renonciation en donnant un avis raisonnable, mais pas nécessairement formel, à moins que la partie qui tire avantage de la renonciation ne puisse revenir à la situation antérieure ou à moins que cela ne lui cause un préjudice.

La renonciation est un principe bien connu en droit pénal canadien et les avocats renoncent fréquemment à certaines garanties procédurales comme la lecture de l'accusation, le voir dire ou la comparution. Il est également possible de renoncer à des droits fondamentaux, ou bientôt constitutionnels, comme le droit à un procès devant jury ou le droit à un procès.

En droit américain, il est bien établi qu'un inculpé peut renoncer à des droits constitutionnels en matière de procédure:

La renonciation consiste à ne pas invoquer un droit, un privilège ou un droit d'action; pour qu'il y ait renonciation, une partie doit choisir de cesser de prétendre à un avantage ou à un bénéfice qu'elle aurait eu le droit d'exiger, en pleine connaissance, réelle ou présumée, de son existence; la renonciation peut être expresse ou implicite et peut se déduire du comportement de l'intéressé. Brown v. Cranston, 29 Cal. Rptr., 725, 729, 214, C.A. (2d) 660.

D'une manière générale, un prévenu peut "renoncer" à une disposition constitutionnelle aussi bien que législative, dont il pourrait bénéficier, en y consentant expressément, en ne l'invoquant pas en temps utile, ou en ayant un comportement incompatible avec l'intention de l'invoquer. Ex parte Steel, 18 S.E. (2d) 132, 135, 220 N.C. 685

B. IMPORTANCE DE LA NOTION DE RENONCIATION DANS LE CONTEXTE DE LA CHARTE DES DROITS

La Charte des droits mentionne expressément un certain nombre de droits que l'on peut retrouver dans d'autres lois, comme la Déclaration des droits. De fait, la Charte énonce qu'elle reconnaît certains droits plutôt qu'elle ne les crée. Avant la Charte, la violation de ces droits n'entraînait pas l'exclusion de certaines preuves ni le rejet des accusations:

- (i) Hogan c. La Reine, (1975) 18 C.C.C. (2d) 65 (C.S.C.) extrait du sommaire:

La cour a décidé que le fait que le prévenu a été empêché d'exercer son droit de consulter un avocat, ce qui aurait constitué une "excuse raisonnable" pour refuser de fournir un échantillon d'haleine, n'entraînait pas l'inadmissibilité des preuves obtenues à la suite du test de l'ivressomètre. Le prévenu avait obtempéré à la sommation, après avoir certes hésité, mais il n'existait pas de relation de cause à effet entre le refus de lui laisser consulter un avocat et l'obtention des résultats du test de l'ivressomètre. Cette preuve était donc pertinente et probante et donc admissible en vertu des principes bien établis de la common law. Quels que soient les recours disponibles dans le cas de violation de la Déclaration des droits, il n'existe aucune raison d'adopter un principe qui entraînerait l'exclusion automatique des preuves obtenues à la suite de la violation d'une de ses dispositions.

- (ii) R. v. Devison, (1975) 21 C.C.C. (C.A.N.B.),
extrait du sommaire:

Dans une accusation de négligence criminelle dans la conduite d'un véhicule à moteur ayant causé la mort, contrairement à l'article 203 du Code criminel, les résultats d'une analyse de sang sont admissibles en preuve, que l'échantillon de sang ait été pris avec ou sans le consentement du prévenu. Les paragraphes 1 a) ou 2 d) de la Déclaration des droits n'ont pas modifié la règle suivant laquelle une preuve obtenue illégalement est admissible, si elle est pertinente à une question en litige. Le paragraphe 1 a) institue une protection contre les déclarations incriminantes et non pas contre les conditions physiques incriminantes. De toute façon, cette preuve aurait été admissible même si elle avait été obtenue en violation de la Déclaration des droits.

L'article 24 de la Charte permettra de demander l'exclusion de certaines preuves lorsqu'elles ont été obtenues en violation des droits de la Charte - à moins que la Couronne ne puisse établir que le prévenu a renoncé à ses droits.

C. LA RENONCIATION À DES GARANTIES PROCÉDURALES EN DROIT PÉNAL CANADIEN

Au Canada, la renonciation à un droit est chose courante devant les tribunaux criminels. Un certain nombre de décisions ont d'ailleurs reconnu et admis cette procédure.

Tibor Korponey c. le Procureur général du Canada
(décision non rapportée de la Cour suprême du Canada prononcée le 26 janvier 1982).

À l'heure actuelle, cette décision fait autorité en matière de renonciation en droit pénal. Sa publication ne saurait donc tarder.

Inculpé de possession d'héroïne pour en faire le trafic en vertu du paragraphe 4(2) de la Loi sur le contrôle des stupéfiants, Korponey avait choisi d'être jugé par un juge et un jury conformément au paragraphe 484(2) du Code criminel. Après son enquête préliminaire, il avait manifesté l'intention de réopter pour un procès devant un juge seul mais ne l'avait pas fait, même si le poursuivant avait eu connaissance de cette intention. Le dossier

indique qu'au procès, les avocats de la défense et de la Couronne pensaient tous deux qu'il y avait eu réoption devant juge seul et qu'ils en avaient informé le tribunal. Le dossier indique que le procureur de la défense avait déclaré qu'il avait choisi un procès devant juge seul. Le procès s'est donc tenu devant un juge seul en prenant pour acquis qu'il y avait eu réoption. En fait, il n'y avait pas eu de réoption. La cour devait décider s'il y avait eu renonciation aux garanties procédurales que prévoit l'article 492 en matière de réoption. En d'autres termes, il fallait décider si le prévenu avait renoncé à son droit à un procès devant jury.

M. le Juge Lamer, parlant au nom de la cour, a déclaré ceci au sujet de la renonciation:

"Certaines exigences procédurales ont été adoptées pour la protection des droits de l'une des parties, c'est-à-dire de la Couronne ou de l'accusé, et d'autres pour la protection des droits des deux parties. Une partie peut renoncer à une exigence procédurale adoptée à son profit, mais lorsque cette exigence est dans l'intérêt des deux parties, il faut que les deux y renoncent. De façon générale, toutes les cours, y compris cette cour, ont reconnu le droit de renoncer à ce type d'exigence procédurale et un arrêt récent de cette cour a de nouveau confirmé ce droit relativement à un voir dire sur les circonstances entourant une déclaration faite par un accusé à une personne en situation d'autorité (voir John Kenneth Park c. Sa Majesté la Reine (1981) 59 C.C.C. (2d) 385). Mais l'exercice de ce droit est assujéti à celui du juge de première instance d'imposer le respect de l'exigence, même si on a manifesté le désir d'y renoncer, car c'est à lui qu'il appartient en dernière analyse de déterminer les garanties procédurales qu'il faut néanmoins respecter afin de protéger l'intégrité du système judiciaire et la confiance qu'il inspire.

Lorsqu'on examine les différents arrêts en matière de renonciation, le problème qui se présente est de savoir de quelles formalités une renonciation doit être assortie pour que la cour l'accepte et y donne suite, de sorte qu'elle constitue un empêchement pour la partie qui essaie d'invoquer le non-respect de cette exigence procédurale.

Comme principe général, je reprends ici les propos de notre collègue, le Juge Dickson, qui se prononçait au nom de la cour, dans l'arrêt Park, précité. Il parlait évidemment de la renonciation au voir dire par l'avocat:

'L'avocat de la défense n'a pas besoin de prononcer des mots particuliers ni de suivre une formule spéciale pour manifester la renonciation et le consentement à la recevabilité. Il suffit que le juge du procès soit

convaincu que l'avocat comprend de quoi il s'agit et qu'il a pris une décision éclairée de renoncer au voir dire.

...Bien que ne nécessitant pas une formulation particulière, la renonciation doit tout de même être expresse. Le silence ou la simple absence d'opposition ne constitue pas une renonciation valide. La question est de savoir si l'accusé renonce effectivement à l'exigence d'un voir dire et s'il reconnaît que la déclaration est volontaire et recevable en preuve. Si l'on peut répondre à cette question par l'affirmative, je ne puis croire à la nécessité d'autres moyens de procédure pour protéger les droits d'un accusé.'

En fait, la cour dit dans l'arrêt Park que si cette renonciation doit être valide, et j'ajoute qu'il en va de même pour toute renonciation, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce à cette garantie procédurale et qu'elle le fait en ayant pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure. On reconnaît cela depuis longtemps, comme le démontrent bon nombre d'arrêts, particulièrement ceux qui portent sur les devoirs d'un juge lorsqu'il y a plaidoyer de culpabilité, car, en avouant sa culpabilité, l'accusé renonce à son droit de soumettre la preuve de la Couronne à l'examen que constitue un procès. (Voir, entre autres, James Kevin Adgey c. La Reine, (1975) 2 R.C.S. 426; Lawrence Willard Brosseau c. La Reine, (1969) R.C.S. 181). Les devoirs du juge en matière de renonciation ne sont pas différents de ceux qui lui incombent dans le cas d'un plaidoyer de culpabilité. Les facteurs dont il tiendra compte pour décider si l'accusé a de façon claire et non équivoque pris une décision éclairée de renoncer à ses droits varieront en fonction de la nature de l'exigence procédurale à laquelle il renonce et de l'importance du droit qu'elle vise à protéger. Cependant, sont toujours pertinents la représentation ou la non-représentation de l'accusé par un avocat, l'expérience de l'avocat et, ce que j'estime un facteur très important dans un pays qui comporte autant de diversité que le nôtre, la pratique particulière qui s'est établie dans le ressort où les événements se déroulent.

Je passe maintenant à une étude de l'application de ces principes aux exigences procédurales contenues dans l'article 492."

Cette décision permet de dégager les principes suivants:

- (1) une partie peut renoncer à une exigence procédurale adoptée à son profit;
- (2) la personne qui renonce à une garantie procédurale doit le faire en termes clairs et non équivoques;

- (3) la personne qui renonce à une garantie procédurale doit le faire en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure;
- (4) le juge du procès a le pouvoir d'accepter ou de refuser la renonciation, car c'est à lui qu'il appartient en dernière analyse de déterminer les garanties procédurales qu'il faut néanmoins respecter afin de protéger l'intégrité du système judiciaire.
- (5) le juge du procès doit décider si l'accusé a pris une décision éclairée et non équivoque de renoncer à ses droits en tenant compte de:
 - (i) la nature de l'exigence procédurale à laquelle il renonce,
 - (ii) l'importance du droit qu'elle vise à protéger,
 - (iii) la représentation ou la non-représentation de l'accusé par un avocat, ainsi que de l'expérience de cet avocat,
 - (iv) la pratique dans le ressort où les événements se déroulent.
- (6) lorsque les formalités ont été respectées et que la cour a accepté la renonciation, la partie qui a consenti à la renonciation ne peut ensuite invoquer la violation de l'exigence procédurale.

La question de la renonciation à certains droits à l'étape de l'enquête n'est pas abordée dans cette décision. Quelle procédure devrait suivre un policier, avant ou après l'arrestation, pour s'assurer que les droits du prévenu sont protégés ou pour obtenir, de la part de ce dernier, une renonciation valide?

D. LA RENONCIATION EN DROIT PÉNAL AMÉRICAIN

L'adoption d'une Charte constitutionnelle des droits qui énumère des garanties juridiques, aura pour effet de beaucoup rapprocher le système constitutionnel canadien de celui des É.U. L'examen de la jurisprudence américaine indique que la question de la renonciation a été très souvent examinée par les tribunaux. Bien que les droits garantis par la Constitution américaine et ses amendements soient fort différents à certains égards, les principes juridiques qui s'appliquent en matière de renonciation découlent de la common law britannique et pourraient avoir une grande influence au Canada dans les affaires concernant la renonciation à des droits constitutionnels.

Voici une liste de ces principes:

- (i) Il est possible de renoncer à certains droits constitutionnels et non à d'autres:

les dispositions constitutionnelles qui garantissent à chaque individu faisant l'objet d'une poursuite criminelle certains droits, se répartissent en deux catégories: la première contient celles qui intéressent le public de manière générale et en tant que communauté aussi bien que le prévenu, et qui peuvent affecter la compétence matérielle des tribunaux; la deuxième, celles qui participent davantage de la nature d'un privilège, destinées à profiter au prévenu seul et qui n'affectent pas le grand public. Il est possible de renoncer aux dispositions figurant dans la dernière catégorie mais pas dans la première.

Le droit de plaider coupable et de renoncer au droit à un procès devant jury est un droit qui appartient à la deuxième catégorie et auquel il est possible de renoncer.

La question de savoir si un inculpé a pu recourir aux services d'un avocat ou s'il a renoncé à ce droit dépend des circonstances et des faits particuliers à chaque affaire.

In re Burgin, 124 P. (2d) 274,
74 Okl. Cr. 150;

Ex parte Gilbert, 11 P. (2d)
205, 71 Okl. Cr. 268.

- (ii) La renonciation au droit à un avocat et au droit de garder le silence (6^e amendement) implicitement:

les aveux spontanés du prévenu concernant un vol qualifié, faits à un gardien de prison et à des policiers, constituent une "renonciation" à son droit de garder le silence et à son droit aux services d'un avocat en rapport avec l'accusation de vol qualifié. Par conséquent, la règle selon laquelle les aveux obtenus de la part de personnes soupçonnées et détenues ne sont pas admissibles lorsqu'elles ne sont pas informées de leur droit à un avocat et de garder le silence ne s'applique pas aux aveux postérieurs du prévenu.

People v. Propp, 45 Cal.
Rptr. 690; 235 C.A. (2d) 619.

La renonciation aux services d'un avocat représente l'abandon intentionnel d'un droit ou privilège connu. Un prévenu ne peut être réputé avoir renoncé au droit à un avocat lorsqu'il n'avait pas connaissance de ce droit et n'en avait pas été informé.

State v. Davis, 212 A. (2d) 859.

- (iii) Obligation du gouvernement de prouver la renonciation:

Lorsqu'un interrogatoire se poursuit en l'absence d'un avocat et qu'il en résulte une déclaration,

la partie poursuivante doit apporter des preuves fort convaincantes pour établir que le prévenu a renoncé, en toute connaissance de ses droits et des conséquences de son choix, à son droit de ne pas s'incriminer par une déclaration et à son droit de retenir les services d'un avocat.

Escobedo v. Illinois, 378
U.S. 478, 490 v. 14.

"Cette cour a toujours fixé une lourde charge de preuve en matière de renonciation à un droit constitutionnel:

Johnson v. Zerbst, 304 U.S.
458 (1938),

et nous réaffirmons ces exigences en matière d'interrogatoire d'une personne en détention. Puisque la partie poursuivante a la responsabilité d'établir les circonstances qui ont entouré l'interrogatoire et qu'elle est seule en mesure de fournir une preuve corroborée des avertissements donnés au cours de cet interrogatoire tenu incommunicado, il est juste que cette charge de preuve lui incombe.

Une déclaration expresse de la part d'une personne indiquant qu'elle est prête à faire une déclaration et qu'elle ne désire pas recourir aux services d'un avocat, immédiatement suivie d'une déclaration, pourrait constituer une renonciation. Mais une renonciation valide ne peut se déduire du simple silence de l'accusé après qu'on l'ait informé de ses droits ou du seul fait que l'accusé ait avoué avoir commis une infraction.

De plus, toute preuve établissant que la renonciation du prévenu a été obtenue à la suite de menaces, de promesses ou de ruse indiquerait par conséquent que le prévenu n'a pas renoncé volontairement à son privilège."

Miranda v. Arizona, 384 U.S.
436 (1966)

- (iv) La renonciation au droit à un procès devant jury (6^e amendement):

une loi qui prévoit la possibilité de renoncer à un procès devant jury dans certaines affaires criminelles n'est pas contraire aux dispositions constitutionnelles garantissant le droit à un procès devant jury ainsi que le droit à obtenir rapidement un procès devant un jury impartial choisi parmi la communauté, puisque le droit à un procès devant jury est un droit auquel il est possible de "renoncer" dans une affaire criminelle en vertu d'une disposition législative.

Commonwealth v. Kramer, 22 A.
(2d) 46, 53.

- (v) La renonciation au droit d'obtenir rapidement son procès (6^e amendement):

Il est possible de renoncer au droit constitutionnel d'obtenir rapidement son procès et il y a "renonciation" lorsque le prévenu entend son procès sans émettre d'objection.

Ex parte Wilkerson, 117 P.
(2d) 172

Ex parte Meadows, 112 P. (2d)
419.

- (vi) La renonciation au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (4^e amendement):

une personne inculpée d'introduction par effraction "renonce" à son droit à la protection contre la perquisition de son logement pour y découvrir des objets utilisés dans la commission de cette infraction, lorsqu'elle dit aux policiers de procéder à une perquisition comme ils l'entendent.

Herren v. State, 127 P. (2d)
386.

La déclaration du shérif selon laquelle l'accusé lui a donné la permission de saisir sans mandat tout ce que le shérif désirait dans la maison de l'accusé a été admise en preuve à bon droit, puisqu'il est possible de "renoncer" à l'exigence d'un mandat pour la perquisition d'une résidence privée.

Reese v. State, 151 S.W. (2d)

828

U.S. v. Cooper, 499 F. (2d)

1060 (1974)

- (vii) Il est possible qu'une personne en état d'ivresse ne soit pas en mesure de connaître la nature de ses droits ou d'y renoncer:

l'accusé a été arrêté pour conduite en état d'ivresse et immédiatement amené chez un médecin qui a constaté son état d'ébriété. Un juge de paix (recorder) a ensuite jugé l'accusé et l'a trouvé coupable. L'accusé, qui avait refusé d'être assermenté et de participer à l'audition, n'a pas "renoncé" à son droit à subir un procès juste et impartial, puisque la notion de "renonciation" implique l'abandon d'un droit dont on connaît l'existence et qu'il est possible qu'une personne en état d'ivresse soit incapable d'apprécier la nature de ses droits.

Kruttschnitt v. Hagaman, 25

A. 2d 200, 202, 128 N.J.L.

246.

E. GARANTIES JURIDIQUES AUXQUELLES IL N'EST PAS POSSIBLE DE RENONCER

La notion de renonciation ne s'applique pas à un certain nombre de droits énumérés dans la Charte.

En effet, certains droits exigent du prévenu qu'il prenne certaines mesures pour les affirmer et leur donner effet:

- (i) article 10: chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention
 - c) de faire contrôler, par habeas corpus, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

- (ii) article 9: chacun a le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

- (iii) article 12: chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

D'autres droits sont rédigés en des termes qui indiquent qu'un tribunal doit intervenir pour les sanctionner, lorsqu'ils sont invoqués devant lui:

- (i) article 11: tout inculpé a le droit
 - g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

 - h) d'une part, de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, et d'autre part, de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

 - i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

- (ii) article 14: la partie ou le témoin qui ne peut suivre les procédures, soit parce qu'il ne comprend pas ou qu'il ne parle pas la langue utilisée, soit parce qu'il est atteint de surdité, a droit à l'assistance d'un interprète.
- (iii) article 13: chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant fourni par lui ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

D'autres droits appartiennent à la catégorie de ceux qui ne peuvent faire l'objet d'une renonciation parce qu'ils reflètent certains principes fondamentaux de notre système de justice pénale et qu'ils affectent donc la compétence des tribunaux:

article 7: chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

D'autres droits font également l'objet d'une définition au Code criminel, de sorte qu'y renoncer serait contraire aux lois, à la common law ou aux principes bien établis qui existent actuellement:

- (i) article 10: tout inculpé a le droit
 - a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche (voir le paragraphe 29(2) du Code criminel).
- (ii) article 11: tout inculpé a le droit
 - e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable, (voir l'article 457 du Code criminel et l'article 11 d) ci-dessus).

F. GARANTIES JURIDIQUES AUXQUELLES IL EST POSSIBLE DE RENONCER

Il est sans doute possible de renoncer, dans des circonstances appropriées, aux autres droits qui visent le cas d'une personne qui est inculpée, arrêtée ou détenue ou fait l'objet d'une enquête. Il s'agit de garanties procédurales ou personnelles, auxquelles il est possible de renoncer à l'heure actuelle ou qui pourront faire l'objet d'une renonciation, lorsqu'elles acquerront un nouveau statut en vertu de la Charte. Il est possible que l'absence d'une disposition précise en matière de renonciation permette d'attaquer l'admissibilité de certaines preuves lors d'un procès ou de présenter une demande de retrait des accusations ou constitue un motif d'appel.

1. Article 8: chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Au Canada, il est établi depuis longtemps que les perquisitions ne peuvent s'effectuer qu'en conformité avec les règles de droit existantes. Le propriétaire ou l'occupant peut renoncer à l'exigence d'un mandat de perquisition et permettre au policier qui en fait la demande, de procéder à une perquisition. The Law of Search Warrants in Canada, James A. Fontana p. 2.

"Lorsqu'on examine le droit actuel, il faut tenir compte d'un principe fondamental qui est demeuré presque inchangé. Il s'agit d'un principe essentiel qui influence tous les aspects juridiques des mandats de perquisition. D'après les principes de la common law, et de nos jours encore, personne n'a le droit d'entrer chez quelqu'un dans le but d'y procéder à une perquisition sans l'autorisation du propriétaire ou de l'occupant." R. c. Colet (1981) 2 W.W.R. 472 (C.S.C.)

M. le Juge Ritchie écrit à la p. 477. "il est vrai que l'appelant n'habitait qu'une cabane ou un abri, qui n'était sans doute pas conforme aux règlements de la ville de Prince Rupert, mais ce qui est en jeu dans cette affaire c'est le droit fondamental d'un citoyen de ce pays à la jouissance et au contrôle de sa propriété, notamment le droit de décider librement qui pourra y pénétrer".

et à la p. 479. "Comme je l'ai indiqué, j'estime qu'une disposition législative autorisant des policiers à pénétrer sur la propriété d'autrui sans y être invités ni autorisés constitue un empiètement sur les droits que la common law accorde au propriétaire. Si les termes de cette disposition sont ambigus, il conviendrait de l'interpréter strictement de manière à protéger les droits dont jouit le propriétaire en vertu de la common law."

Avant la Charte, les preuves obtenues à la suite d'une perquisition illégale, en raison soit de l'absence de mandat soit d'un mandat déclaré non valide, n'avaient pas à être remises à leur propriétaire, si elles devaient servir de preuves dans une poursuite criminelle.

Re Jensen, (1976) 36 C.R.N.S. 327
(C.S.C.B.)

Re Purdy et La Reine (1972)
8 C.C.C. (2d) 72 (C.A.N.B.)

Par conséquent, le domaine des mandats et des renonciations n'a pas soulevé de problème complexe qui aurait pu gêner les poursuites. L'article 24 de la Charte modifie cette situation, en ce qu'il prévoit certaines réparations, notamment l'exclusion de certaines preuves si les circonstances le permettent. On se rapproche ainsi de la "règle d'exclusion" du droit américain, en vertu de laquelle les preuves obtenues directement ou indirectement à la suite d'une violation d'un droit constitutionnel sont exclues.

D'après les principes généraux, les preuves obtenues lors d'une perquisition effectuée à la suite d'une renonciation valide ne peuvent être attaquées par le biais de l'article 24 de la Charte.

Le consentement ou la renonciation en droit américain en matière de perquisition et de saisie

En droit américain, les dispositions relatives aux perquisitions, fouilles et saisies abusives ne s'appliquent pas dans le cas où les autorités procèdent aux perquisitions ou aux saisies avec le consentement du particulier. Il est possible de renoncer à ce droit constitutionnel en consentant à la perquisition ou en remettant volontairement l'objet aux autorités. Cependant, ce consentement doit être libre et volontaire pour qu'il puisse constituer un abandon intentionnel d'un droit ou d'un privilège. Lorsqu'un policier déclare de bonne foi qu'il a l'intention de demander et d'obtenir un mandat de perquisition en l'absence d'un consentement spontané, un consentement donné par la suite ne sera pas qualifié d'involontaire ou de forcé pour cette seule raison. (United States v. Turner 628 F. 2d 461 (1980) Le consentement du propriétaire, c'est-à-dire le consentement de la personne qui est le propriétaire des lieux, des objets ou des documents visés ne soulève qu'une seule question, celle de savoir si le consentement est volontaire dans les circonstances. Il n'est pas nécessaire que la personne qui donne son consentement souhaite véritablement que la perquisition ait lieu pour que celle-ci soit qualifiée de volontaire. (United States v. Thompson 356 F. 2d 216 (1965) C.A. 2d, cert. refusé 384 U.S. 964). Un consentement est valide même si la personne n'a pas connaissance du caractère incriminant des objets en sa possession. (United States v. Simpson 353 F. 2d 530 (1965) C.A. 2d, cert. refusé 383 U.S. 971).

L'acceptation d'une prétendue justification légale ou d'une exigence formulée par des policiers ne constitue pas une renonciation volontaire ni un consentement valide. Une personne qui ne sait pas qu'elle peut refuser d'autoriser une perquisition en l'absence d'un

mandat ne peut renoncer à son droit à la protection contre les perquisitions sans mandat. (U.S. v. Blalock 255 F Supp. 268 (1966), D.C.Pa.)

On peut également se référer à:

Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218, 93 S.Ct. 2041, 36 L.Ed. 2d 854 (1973).

"La question de savoir si un consentement à une perquisition est réellement "volontaire" ou a été obtenu par l'emploi de la force ou de la contrainte, ou par des menaces, est une question de fait qui doit être tranchée en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire. La poursuite n'a pas à établir nécessairement que le propriétaire savait qu'il avait le droit de refuser son consentement pour prouver la validité du consentement. Comme c'est le cas pour les interrogatoires par des policiers, il s'agit de concilier deux intérêts opposés pour déterminer le caractère "volontaire" d'un consentement -- la nécessité d'effectuer de belles perquisitions et l'exigence tout aussi importante d'empêcher l'emploi de la force."
412 U.S. à la p. 227

Ce domaine du droit comporte un aspect qui n'est pas encore fixé. Il s'agit de la capacité d'une personne à consentir à une perquisition dont résulte la découverte de preuves pouvant incriminer une autre personne. Il semble que le critère généralement utilisé par les tribunaux inférieurs est que la personne qui a la possession et le contrôle des objets saisis ou des lieux dans lesquels ils ont été trouvés, peut consentir à la perquisition et à la saisie, bien que les tribunaux aient souvent hésité à permettre à une tierce personne de consentir à la fouille des objets personnels d'une autre personne. Il a été décidé que le consentement du conjoint était valable dans les décisions Roberts v. United States 332 F 2d 892 (1964), C.A. 8th, cert. refusé 380 U.S. 980 et Stein v. United States 166 F 2d 851 (1948), C.C.A. 9th, cert. refusé 334 U.S. 844.

Que le consentement soit celui du propriétaire ou d'une tierce personne, c'est à la poursuite de prouver le caractère volontaire du consentement.

2. Article 10: chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention
- b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit.

Ce droit figure dans la Déclaration canadienne des droits. En vertu de la Charte, une personne en état d'arrestation a en outre le droit d'être informée de ce droit par l'agent de police au moment de l'arrestation ou de la détention. Ce droit s'applique uniquement au moment de l'arrestation ou de la détention et ne comprend pas celui d'exiger la présence d'un avocat ou d'en obtenir un de l'aide juridique avant de faire une déclaration. La seule obligation du policier est peut-être de mettre à la disposition de la personne arrêtée ou détenue un téléphone qui lui permette de parler sans crainte, d'être entendue et de lui fournir un annuaire téléphonique ou le numéro de l'aide juridique. La Déclaration des droits garantit le droit de retenir les services d'un avocat mais non celui d'avoir un avocat nommé d'office (Re Ewing and Kearney and The Queen (1975) 18 C.C.C. (2d) 356 (C.A.C.B.)). En outre, la Charte impose clairement aux forces de police le devoir de s'assurer que le prévenu est informé de son droit.

Les corps de police ont donc le devoir d'informer les personnes en état d'arrestation de leurs droits. Il n'est pas possible de renoncer au droit d'être informé de ces droits. En pratique, le prévenu doit choisir entre deux possibilités: exercer son droit à retenir les services d'un avocat ou refuser de l'exercer. Le policier doit prendre note de la renonciation qui doit satisfaire aux exigences prévues en ce domaine. Les déclarations devraient mentionner cette renonciation par écrit, avec les initiales du prévenu, tout comme l'avertissement prévu est maintenant inscrit et signé avant la prise d'une déclaration par écrit. Cette renonciation est particulièrement importante lorsqu'il en résulte une déclaration incriminante. En effet, l'absence d'une renonciation valide pourrait être utilisée par la suite pour attaquer l'admissibilité de la déclaration. Le prévenu peut également annuler sa renonciation, s'il indique à un moment donné qu'il entend exercer son droit de retenir les services d'un avocat. Lorsque la renonciation est annulée, il faut donner au prévenu l'occasion de retenir les services d'un avocat.

3. Article 11: tout inculpé a le droit

- a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche.

Les droits de l'article 11 sont de nature procédurale et dépendent des tribunaux pour leur protection. Les principes énoncés dans la décision Korponey s'appliqueront à la renonciation à un de ces droits. Les tribunaux auront le pouvoir de décider de la validité des renonciations. Lorsque l'avocat est présent, il arrive souvent qu'il y ait renonciation à la lecture des accusations. Lorsque ce droit n'a pas été respecté, il conviendrait simplement de faire cette lecture ou de fournir une copie de la dénonciation.

- b) d'être jugé dans un délai raisonnable

D'après moi, il s'agit d'un droit nouveau en droit constitutionnel canadien (Rourke c. La Reine (1977) 35 C.C.C. (2d) 129 (C.S.C.) à la p. 145) mais qui existe depuis un certain temps dans la Constitution américaine. Il est possible que ce droit vise également la Couronne et la défense.

En droit américain, il est possible de renoncer à ce droit soit expressément, soit tacitement:

- (i) il est possible de renoncer au droit de subir rapidement son procès mais la renonciation doit être volontaire et faite en connaissance de cause. People v. Adams, (1976) 38 N.Y. 2d 605.
- (ii) les prévenus sont accusés de possession d'armes à feu chargées. Le dossier indique qu'il s'est écoulé plus de deux années entre la date de l'arrestation et celle de la requête pour rejet de l'accusation en raison de la violation du droit à obtenir rapidement son procès. Il a été décidé que le consentement de l'avocat de la défense aux nombreux délais, en raison de poursuites fédérales pour des inculpations connexes, constituait en

droit une renonciation au droit de subir rapidement son procès. People v. Panarella (1975) 50 A.D. 2d 304.

(iii) l'accusé ne peut se plaindre du retard à subir son procès lorsqu'il a, soit demandé, soit accepté, des remises de la date de son procès. People v. Mangan (1962) 16 A.D. 2d 986.

(iv) Un accusé ne peut invoquer cet article lorsqu'il semble que depuis la date de la mise en accusation, il n'y a pas eu de délai déraisonnable dans les poursuites et lorsque les délais encourus ont été le fait de l'accusé et de son procureur. People v. Worthington, (1963) 38 Misc. 2d 294.

En droit américain, le prévenu doit exercer son droit à obtenir rapidement son procès. S'il ne le fait pas, sa conduite ou celle de son avocat pourrait être considérée comme une renonciation à ce droit.

Au Canada, les principes en matière de renonciation à des garanties procédurales ressortent du jugement rendu dans l'affaire Korpony. D'après cette décision, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire dans ce domaine. Il est donc possible qu'ils utilisent des critères semblables à ceux du droit américain en vertu desquels il faut examiner les circonstances de chaque affaire et concilier des intérêts divergents.* En fin de compte, le prévenu cherche à obtenir un arrêt des procédures en raison du délai.

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche.

La poursuite ne peut obliger l'accusé à témoigner. Bien qu'il s'agisse d'une garantie procédurale, les tribunaux n'ont pas à en régler l'exercice, si ce n'est pour s'assurer que l'accusé sait qu'il n'est pas obligé de témoigner. Il est bien établi en droit canadien qu'il est possible de renoncer à ce droit.

* Voir les commentaires sur l'art. 11 b) à la p. 15.

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

Le droit de plaider coupable et donc de renoncer à un procès est bien établi en droit canadien. Dans une affaire grave, il serait malgré tout possible de retirer en appel un plaidoyer de culpabilité ou d'annuler une renonciation au droit de subir son procès, dans un cas où l'accusé n'aurait pas compris la gravité de l'accusation ou les conséquences de son plaidoyer ou si le juge du procès n'avait pas pris le soin de s'en assurer.

James Kevin Adgey c. La Reine, voir supra,
Lawrence Wellard Brosseau c. La Reine, voir supra.

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave.

Cet article prévoit un procès devant jury dans certains cas. Le choix prévu aux articles 464 et 484 du Code criminel permet de renoncer à ce droit.

En conclusion, la renonciation à certains droits importants peut se produire au cours d'une enquête, en présence d'un policier (renonciation au droit à la protection contre les perquisitions et les saisies), au moment de l'arrestation ou de la détention, en présence d'un policier (paragraphe 10 b) le droit de retenir les services d'un avocat) ou devant les tribunaux après le dépôt d'une dénonciation (les droits énoncés à l'article 11). La renonciation à une garantie procédurale à l'occasion d'une procédure judiciaire doit respecter les principes énoncés dans la décision Korponey. La renonciation à un droit devant un policier devrait se conformer aux principes généraux du droit en la matière:

- (i) la personne doit connaître l'existence et la nature de son droit,
- (ii) elle doit renoncer volontairement à ce droit, expressément ou tacitement - le silence ne suffit pas,

(iii) il est possible d'annuler la renonciation à un droit et d'exercer ce droit par la suite.

Il serait souhaitable que les avocats et les policiers connaissent les principes appliqués aux États-Unis dans ce domaine, pour éventuellement les adopter ou pour expliquer un autre choix.



LOWE-MARTIN

RÉTROACTIVITÉ DE LA CHARTE

I. LE PROBLÈME ÉNONCÉ DE NOUVEAU

L'enchâssement d'une Charte des droits dans le droit constitutionnel canadien soulève la question de savoir si elle aura ou non un effet rétroactif sur les procès pénaux. Les garanties juridiques que prévoient les articles 7 à 14 de la Charte entraîneront certainement de nombreux litiges, surtout si on les place dans le contexte des recours de l'article 24. Cette dernière disposition permet au juge d'écarter les éléments de preuve pertinents qui auraient été obtenus d'une façon qui porte atteinte aux droits garantis par la Charte, si le fait de les admettre en preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans quelle mesure ces nouvelles règles de preuve pourront-elles s'appliquer à des situations antérieures à la proclamation de la Charte? Un accusé pourra-t-il, par exemple, demander le redressement prévu à l'article 24 pour une perquisition et une saisie injustes même si le crime dont il est accusé a été commis deux mois avant l'entrée en vigueur de la Charte? Cette question est loin d'être académique en ce qui concerne l'accusé puisque ses chances d'être acquitté risquent d'être considérablement meilleures si certains éléments de preuve pertinents sont écartés.

Il y a trois principales catégories de cas dans lesquels se pose le problème du moment de l'entrée en vigueur de la Charte. Premièrement, comme on l'a déjà mentionné, le procès d'un accusé peut avoir lieu après la proclamation de la Charte mais porter sur des accusations découlant d'un crime commis avant cette date. Deuxièmement, un procès pénal peut, de fait, être en instance au moment de l'entrée en vigueur de la Charte. Enfin, une personne reconnue coupable d'une infraction peut également être en train de purger une peine d'emprisonnement au moment de la proclamation de la Charte. Sur le plan pratique, les deux premières catégories posent des problèmes beaucoup moins sérieux. Si la Charte devait agir rétroactivement, les modifications corrélatives aux règles de la preuve pourraient être apportées alors même que le procès se déroule et avant que le jugement final ne soit rendu. En ce qui concerne la troisième catégorie cependant, le procès est terminé et la condamnation est prononcée avant même que les intéressés apprennent que les règles de preuve sont modifiées. En effet, en ce qui concerne cette troisième catégorie, il s'agit incontestablement d'un cas de res

judicata où la culpabilité ou l'innocence a été déterminée en conformité des lois en vigueur au moment du prononcé du jugement.

Il ne faut pas s'étonner de ce que l'on ne puisse pas régler la question de la rétroactivité, sur le plan constitutionnel du moins, d'une manière non équivoque, à partir d'une série de décisions judiciaires indépendantes rendues dans le passé. Le Canada n'a jamais eu de Déclaration des droits enchâssée dans sa Constitution et laisse donc, par le fait même, la magistrature se débrouiller avec le problème qu'elle essaiera de résoudre par analogie ou par comparaison avec l'expérience étrangère ou en se fondant sur les principes fondamentaux sur lesquels elle croit que la Charte est fondée. À l'heure actuelle, il y a deux façons fondamentales de traiter la question. D'une part, on tente d'envisager la question de la rétroactivité dans le contexte des arrêts qui constituent des précédents en ce qui concerne le problème de l'interprétation des lois. Il n'est pas exceptionnel que des lois soient modifiées et nos tribunaux ont déjà eu l'occasion d'examiner l'effet rétroactif des modifications législatives sur les litiges en instance. La jurisprudence en la matière peut certainement être utile comme indicateur de l'attitude que les tribunaux peuvent prendre vis-à-vis la Charte des droits. La deuxième partie envisage le problème en se fondant sur l'expérience américaine en ce qui concerne l'interprétation et l'application de sa propre Déclaration des droits. Il est reconnu que la magistrature américaine a eu un rôle à jouer dans l'application d'une gamme importante de droits fondamentaux qui intéressent le processus pénal en interprétant le "substantive due process". Comme l'étendue de ces droits s'est élargie avec le temps, la question de savoir si les droits qui venaient s'ajouter n'avaient qu'un effet pour l'avenir a fait l'objet de nombreux débats. La reconnaissance de droits que l'on croyait jusques alors inexistantes, du moins du point de vue des autorités des États, présente une analogie certaine avec la proclamation de la Charte des droits au Canada. Dans les deux cas, il faut faire face au problème de la rétroactivité. La réaction américaine, quoique conditionnée par une histoire différente tant sur le plan juridique que sur le plan constitutionnel, devrait s'avérer édifiante au moins pour ceux qui ont à affronter le même problème au Canada.

II RETROACTIVITÉ ET INTERPRÉTATION DES LOIS

Il y a longtemps que la common law a posé le principe général selon lequel les lois qui traitent des droits positifs ne doivent pas être appliquées d'une manière rétroactive à moins que cela ne soit expressément prévu. Par contre, une loi qui ne porte que sur des questions de procédure est considérée comme rétroactive à moins, évidemment, que le législateur qui l'a adoptée ne manifeste expressément une intention contraire. Ainsi, c'est la distinction entre le droit positif et la procédure qui constitue le point de départ de la common law. Conséquemment, les dispositions de fond ne s'appliquent habituellement pas aux événements qui sont antérieurs à leur adoption.

Ce principe général de la common law a été examiné dans une série d'arrêts canadiens traitant des lois qui régissent les droits d'appel¹. Outre le fait qu'ils sont en accord avec le principe général énoncé ci-dessus, ces arrêts établissent clairement qu'un droit d'appel n'est pas une simple question de procédure et que la loi le régissant qui est en vigueur au moment où une action ou une poursuite est intentée s'appliquera à tout appel subséquent. En d'autres mots, si une loi portant sur le droit d'appel est adoptée après qu'une poursuite est commencée, elle ne s'appliquera pas à cette poursuite, c'est-à-dire qu'elle n'aura pas d'effet rétroactif. Le même raisonnement s'applique peu importe qu'une modification législative crée un droit d'appel ou qu'elle en abolisse un, à moins, évidemment, qu'elle ne prévoie expressément le contraire.

Toutefois la jurisprudence qui porte principalement sur le droit d'appel ne règle certainement pas la question de savoir dans quelle mesure, s'il en est, la Charte des droits a un effet rétroactif, pour une raison assez évidente. Il n'y a à peu près aucun rapport entre la définition des droits d'appel et la nature et la qualité des événements ayant donné naissance à la cause d'action ou de poursuite pénale. Les droits d'appel peuvent être modifiés sans que

¹ (Hyde v. Linsay (1898) 29 R.C.S. 99; Rex v. Rivet (1944) 81 C.C.C. 377; Boyer v. The King (1949) R.C.S. 89; et R. v. Vallières (N^o 2) 17 C.C.C. (2^e) 361.)

cela ait d'effet sur le comportement des individus impliqués dans des événements qui ont donné lieu à une poursuite pénale. Dans un sens très important, ils sont neutres et n'ont aucun effet sur le cours des événements qui ont eu lieu avant qu'une poursuite ne soit intentée. Ce n'est pas du tout le cas lorsqu'il s'agit des garanties juridiques que prévoit la Charte. Ces droits établissent des critères qui auront vraisemblablement une influence sur la manière dont les officiers de justice tiendront leurs enquêtes criminelles. Il y a donc un rapport important entre ces droits et les événements qui ont lieu avant qu'une poursuite ne soit intentée. Quiconque voudra prétendre que la Charte a un effet rétroactif absolu devra répondre à l'argument portant qu'on ne pouvait pas s'attendre à ce que les officiers de justice respectent des critères juridiques qui n'existaient pas au moment de la tenue d'une enquête criminelle particulière.

Bien que la jurisprudence en matière de droits d'appel nous éclaire peu sur les répercussions plus précises d'une Charte rétroactive, elle réaffirme néanmoins le principe fondamental de la common law selon lequel les modifications au droit positif n'ont d'effet que pour l'avenir, sous réserve de disposition contraire dans la loi.² La Cour d'appel de l'Ontario a mentionné et appliqué ce principe fondamental dans l'arrêt Regina v. Lesarge³ dans des circonstances assez pertinentes à la question de la rétroactivité de la Charte. En bref, cet arrêt traite de l'application de modifications apportées au Code criminel en ce qui concerne la mise sur écoute d'une ligne téléphonique. La Couronne a voulu présenter en preuve des éléments obtenus par écoute électronique avant que le Code ne soit modifié. Elle ne s'est toutefois pas conformée à la procédure prévue par les modifications. Les modifications qui avaient toutes été adoptées avant le début du procès prévoyaient, entre autres, que les communications privées qui avaient été interceptées d'une manière illégale,

2 (Voir aussi Singer v. The King (1932) R.C.S. 70; Howard Smith Paper Mills v. The Queen (1957) R.C.S. 403; La Banque royale du Canada c. M.R.N. (1971) R.C.S. 1038; Gervais c. R. (1978) 4 R.C. (3^e) 161, pour des exemples de ce principe fondamental).

3 (1975) 26 C.C.C. (2^e) 388.

c'est-à-dire d'une manière non conforme à la nouvelle procédure, n'étaient pas admissibles en preuve (voir l'article 178.16 du Code criminel). Sa défense s'est évidemment opposée à ce que la preuve de la Couronne soit admise. Voici ce que le juge d'appel Houlden a déclaré en ce qui concerne la question de la rétroactivité.

(Traduction) "Comme la mise sur écoute qui a été faite dans cette affaire n'était pas illégale avant l'adoption de la Loi sur la protection de la vie privée, tombe-t-elle sous le coup de l'article 178.16(1)? En d'autres mots, l'article 178.16(1) devrait-il avoir un effet rétroactif?"

Le principe voulant que les lois en matière pénale ne soient pas appliquées rétroactivement est un principe bien établi en ce qui concerne l'interprétation des lois: 36 Hals, 3^e éd., p.425, paragraphe 645. D'autre part, le principe selon lequel une loi qui traite uniquement de questions de procédure a normalement un effet rétroactif constitue également un principe d'interprétation bien établi: Maxwell, Interpretation of Statutes, 12^e éd. (1969), p.222. Dans le cas qui nous occupe, la Loi sur la protection de la vie privée ne traite pas uniquement de questions de procédure. De fait, elle crée trois nouvelles infractions: l'interception volontaire d'une communication privée (article 178.11(1)), la possession, la vente ou l'achat d'un dispositif devant servir à l'interception clandestine de communications privées (article 178.18(1)) et la divulgation volontaire de renseignements obtenus par l'interception d'une communication privée (article 178.2(1)). L'article 178.16 est tellement inextricablement lié aux dispositions de fond de la Loi sur la protection de la vie privée qu'il est impossible, à mon avis, de lui donner un effet rétroactif.

De plus, comme la loi n'était pas en vigueur au moment qui nous intéresse, la police ne pouvait pas se conformer aux dispositions de l'article 178.16."⁴

En résumé, l'arrêt Lesarge a non seulement affirmé à nouveau l'importance de la distinction entre les questions de fond et les questions de procédure mais il a souligné le fait qu'il n'est pas du tout raisonnable de s'attendre à ce que les policiers respectent des règles de droit qui n'existent pas au moment où ils font leur enquête.

4 Ibid, pp. 395-96

Récemment, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de réexaminer la question de l'effet rétroactif des modifications au Code criminel dans l'arrêt R. c. Ali.⁵ L'importance de la distinction entre les questions de fond et de procédure a été soulignée encore une fois. La question en litige découlait des modifications apportées aux règles de la preuve que prévoit l'article 237 en ce qui concerne l'alcootest. L'article 237 traite essentiellement des conditions en vertu desquelles un certificat délivré par un technicien qualifié constitue la preuve prima facie de son contenu en ce qui concerne le taux d'alcoolémie dans le sang d'un prévenu. Cet article a été modifié en mai 1976 de manière à exiger le prélèvement de deux échantillons d'haleine plutôt qu'un seul comme c'était le cas auparavant.

Bien que l'infraction ait été commise avant que la modification soit apportée, l'accusé a subi son procès plusieurs mois après mai 1976. On a soutenu que l'exigence d'un double échantillon d'haleine devait s'appliquer dans le cas de l'accusé. Le fait que la modification en question portait strictement sur le mode de preuve et sur la nature de la présomption établie par la production du certificat du technicien favorisait l'accusé. Comme on pouvait prétendre qu'il ne s'agissait que de simples questions de procédure, il semblait logique qu'elles aient un effet rétroactif.

En rejetant les arguments de l'accusé, le jugement majoritaire n'a pas contesté la question de la distinction entre les règles de fond et les règles de procédure ni celle de son effet en ce qui concerne la rétroactivité. Le jugement a toutefois précisé que bien que les modifications apportées à la procédure avaient habituellement un effet rétroactif, cette règle n'a pas un caractère absolu: "...il s'agit seulement d'un guide qui a pour but d'aider à découvrir la véritable intention du Parlement, ce qui est l'objet principal de l'interprétation des lois."⁶ Dans son jugement, M. le juge Pratte a fait deux remarques importantes. Premièrement, les modifications apportées à la procédure prévue à l'article 237 sont si inextricablement liées à l'infraction même d'alcootest de l'article 235 qu'il

5 [1980] 1 R.C.S. 221

6 Ibid, p. 235

est impossible que le Parlement ait eu l'intention de leur donner un effet rétroactif. Deuxièmement, les modifications législatives doivent, même lorsqu'elles touchent la procédure, être interprétées en conformité avec la Loi d'interprétation⁷, dont l'une des dispositions se lit comme suit:

36. Lorsqu'un texte législatif (au présent article appelé "texte antérieur") est abrogé et qu'un autre texte législatif (au présent article appelé "nouveau texte") y est substitué,

d) la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, autant qu'elle peut y être adaptée, dans le recouvrement ou l'imposition des peines et confiscations encourues et pour faire valoir des droits existants ou naissant aux termes du texte antérieur, ou dans toute procédure concernant des choses survenues avant l'abrogation;

En réalité, cet article impose une restriction à caractère pratique en ce qui concerne la règle de la common law suivant laquelle les modifications à la procédure sont censées avoir un effet rétroactif. Il propose que la procédure établie par une modification législative ne soit suivie que dans la mesure où elle peut être adaptée aux poursuites engagées relativement à des questions antérieures aux modifications. La question de savoir dans quelle mesure une nouvelle procédure est "adaptable" relève évidemment de l'interprétation des tribunaux.

La jurisprudence canadienne qui porte sur l'effet rétroactif des modifications législatives comprend au moins trois propositions qui pourraient avoir un rapport avec la Charte des droits. Premièrement, il paraît indiscutable que les garanties juridiques que prévoient les articles 7 à 14 sont des questions de fond et non de procédure. Logiquement, si l'on procède par analogie, il s'ensuit que ces droits ne peuvent pas avoir un effet rétroactif, à moins que l'on ne considère inadmissible, pour une raison ou pour une autre, d'appliquer ces anciens principes de la common law à la question de l'interprétation de la Constitution. Certains pourraient croire que les droits qui sont enchâssés dans la Constitution sont tellement sacrés qu'il ne convient pas du tout d'appliquer les principes de la common law pour

⁷ S.R.C. 1970, c. I - 23

déterminer s'ils ont un effet rétroactif. On pourrait croire qu'une fois reconnu par la Constitution, un droit est soustrait, d'une manière ou d'une autre, à l'application des principes établis pour le domaine moins sublime des droits reconnus par des lois. Il faut convenir qu'il y a une distinction qui s'impose entre les droits qui sont reconnus par la Constitution et ceux qui sont reconnus par la loi, mais en l'absence de principes d'interprétation constitutionnelle expressément établis qui peuvent nous aider à résoudre la question qui se pose ici, il semble qu'il serait tout à fait prématuré d'écarter la jurisprudence qui traite de l'effet rétroactif des modifications législatives pour le motif qu'elle n'a aucun rapport avec la question qui nous occupe. Nous comprendrons mieux la possibilité d'établir des principes d'interprétation constitutionnelle en examinant ci-après l'expérience qu'ont connue les Américains avec leur propre Déclaration des droits.

Quiconque voudrait prétendre que la Charte a un effet rétroactif pourrait cependant faire valoir que, examiné sous son aspect essentiel, l'article 24 porte sur la procédure. On pourrait soutenir, par exemple, que le fait d'écarter des éléments de preuve en vertu du paragraphe 24(2) est une simple question de procédure; cette nouvelle règle de preuve devrait donc avoir un effet rétroactif. Cet argument est évidemment réfutable. Comme on suppose que la distinction qu'établit la common law entre les questions de fond et les questions de procédure est pertinente et applicable, il s'ensuit que l'on doit également appliquer les subtilités de l'arrêt Lesarge. Comme on se souviendra, le tribunal avait, dans l'arrêt Lesarge, souligné le lien inextricable entre les modifications législatives de fond et celles de procédure. Ce lien rendait insoutenable l'argument voulant que les dispositions portant sur la procédure aient un effet rétroactif. De la même manière, les questions de procédure prévues à l'article 24 de la Charte sont intimement liées aux droits dont traitent, quant au fond, les articles 7 à 14. Elles équilibrent, en effet, l'équation ou la corrélation entre la déclaration de garanties juridiques, quant au fond, et les dispositions nécessaires à leur application, qui en assurent le respect. Un autre tribunal pourrait être tenté d'adopter le raisonnement suivi dans l'arrêt Lesarge et de déclarer que de nouvelles règles de

procédure qui n'ont aucune raison d'être si l'on ne tient pas compte des droits auxquels elles se rapportent, n'ont d'effet que pour l'avenir.

L'argument présenté dans l'arrêt Lesarge voulant qu'il ne soit aucunement juste ou raisonnable de s'attendre à ce que les policiers adoptent des normes et suivent des procédures juridiques qui ne sont pas définies et qui n'existent même pas au moment où ils tiennent une enquête constitue un autre argument en faveur de la non-rétroactivité de la Charte. La loi prévoit de quelle façon un policier doit se conduire dans des circonstances données. Théoriquement, si la loi pertinente est modifiée, les limites du comportement policier légitime seront également modifiées. L'effet rétroactif de ces modifications ne peut aucunement changer le cours des événements qui ont déjà eu lieu. Le principe voulant que des événements passés soient jugés en conformité de principes et de normes qui existaient au moment où ils sont survenus constitue certainement un principe fondamental de notre patrimoine juridique.

L'effet cumulatif des arguments présentés jusqu'ici laisse planer un doute sérieux sur tout effet rétroactif que l'on voudrait prétendre donner à la règle d'exclusion que prévoit l'article 24. Il faut évidemment admettre qu'une fois proclamée, la Charte des droits soulèvera des problèmes d'interprétation constitutionnelle par opposition aux problèmes d'interprétation des lois dont traite la jurisprudence canadienne actuelle. Dans le but de mieux nous éclairer sur le sujet, nous étudierons donc maintenant l'expérience constitutionnelle américaine dans la mesure où elle porte sur les problèmes de rétroactivité posés par leur propre Déclaration des droits.

III LA RÉTROACTIVITÉ ET LA DÉCLARATION DES DROITS AMÉRICAINE

Comme on l'a déjà dit, on a soulevé aux États-Unis la question de la rétroactivité en raison de certains jugements de la Cour suprême reconnaissant une série de garanties constitutionnelles particulières applicables au processus criminel qui n'avaient pas encore reçu d'application au niveau de la juridiction des États. Ces garanties visent la façon dont s'effectuent les interrogatoires de la police, le

droit de l'accusé de recourir à l'assistance d'un avocat, la règle contre l'auto-incrimination, et des questions de fouille et de saisie.⁸ La reconnaissance de strictes normes constitutionnelles, particulièrement dans les décisions Escobedo et Miranda, ont soulevé la question de savoir si elles allaient s'appliquer à des affaires qui étaient déjà en appel, ou encore qui étaient pendantes ou en instance d'être jugées. En présence de centaines de déclarations de culpabilité prononcées antérieurement, contestées pour nullité depuis et encore pendantes, la Cour suprême a répondu rapidement en rendant sa décision dans l'affaire Johnson v. New Jersey⁹, une semaine après le prononcé du jugement dans l'affaire Miranda. La Cour a approuvé une série de trois questions¹⁰ qu'il y a lieu de poser pour établir si les nouvelles normes constitutionnelles relatives à la procédure criminelle doivent avoir un effet rétroactif, et par conséquent s'appliquer aux procès en instance au moment où ces normes ont été rédigées; voici les trois questions susmentionnées:

- (i) quel est le but visé par les nouvelles normes?
- (ii) dans quelle mesure les fonctionnaires chargés de l'application de la loi se sont-ils rapportés aux anciennes normes?
- (iii) quel serait l'effet de l'application rétroactive des nouvelles normes sur l'administration de la justice?

En ce qui concerne la première question, la Cour suprême a souligné que l'effet rétroactif des nouvelles normes n'est acceptable que lorsqu'elles visent principalement à assurer la fiabilité du processus d'enquête. C'est l'importance même de ce processus qui pourrait permettre l'application d'une norme constitutionnelle reconnue depuis peu à des procès déjà en cours ou à des déclarations de culpabilité déjà prononcées. À cet égard, un commentateur américain a dit ce qui suit:

⁸ (Voir Mapp v. Ohio (1961) 367 U.S. 643; Malloy v. Hogan (1964) 378 U.S. 1; Murphy v. Waterfront Commissioners (1964) 378 U.S. 52; Gideon v. Wainwright (1963) 372 U.S. 335; Escobedo v. Illinois (1965) 378 U.S. 478; Miranda c. Arizona (1967) 384 U.S. 436)).

⁹ (1966) 384 U.S. 719.

¹⁰ Ces questions ont tout d'abord été posées dans l'affaire Linkletter v. Walker (1965) 381 U.S. 618. Voir aussi Gosa v. Mayden (1973) 413 U.S. 665.

(Traduction) "Lorsqu'une garantie constitutionnelle est accrue de façon à rendre encore plus fiable une déclaration de culpabilité, la nouvelle norme rend nécessairement cette déclaration tributaire d'une plus grande conviction dans la culpabilité de l'accusé...Vu notre désir de sauvegarder la liberté des innocents, il est bien possible que des procédures antérieures, qui n'étaient pas conformes aux nouvelles normes constitutionnelles visant à établir la culpabilité de l'inculpé, soient considérées inaptes à justifier davantage la détention d'un accusé...À cet égard, l'habeas corpus évaluerait la validité d'une déclaration de culpabilité, si ancienne soit-elle, conformément aux nouvelles normes constitutionnelles dont l'effet voulu est d'accroître la fiabilité du processus par lequel la culpabilité de l'accusé est établie."¹¹

On a avancé que les nouvelles normes constitutionnelles ne devraient pas avoir d'effet rétroactif lorsqu'elles visent surtout la protection de la dignité personnelle et du respect dû à tous. Ce point de vue fait l'objet de critiques parce qu'il tend à établir une hiérarchie indésirable au sein des droits constitutionnels, certains d'entre eux justifiant l'effet rétroactif des garanties constitutionnelles, alors que d'autres n'ont pas cet effet.¹² Lorsqu'une constitution énonce des droits considérés comme fondamentaux dans une société libre et démocratique, comment un tribunal peut-il se permettre de comparer ces droits les uns aux autres pour établir ceux d'entre eux auxquels il convient d'accorder un effet rétroactif? Ce genre de critiques souligne la contradiction inhérente qui existe entre l'effort déployé pour classifier les droits en décidant de leur rétroactivité, et l'intention que l'on a de faire reconnaître ces droits comme fondamentaux dans une société libre et démocratique. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'aucun droit ne peut être considéré comme absolu; son étendue doit être mesurée en fonction d'autres valeurs fondamentales reconnues par la

¹¹ (Paul Miskin: The Supreme Court, 1964 Term Forward: The High Court, the Great Writ and the Due Process of Time and Law: 79 Harvard Law Review (1965) 56 p. 80-82.) Ceux qui s'intéressent au débat suscité aux États-Unis par l'effet rétroactif des garanties constitutionnelles ont intérêt à comparer l'article de Miskin et celui de Schwartz intitulé: Retroactivity, Reliability, and Due Process: A Reply to Professor Miskin, (1966) 3 U. Ch. L. Rev 719.

¹² Allen, Federalism and the Fourth Amendment, 1961 Supreme Court Review 1.

collectivité. Les droits fondamentaux, à l'instar de toute règle de droit, n'existent pas dans l'abstrait, mais ils doivent être reliés au but qu'ils visent. Sans aller jusqu'à accorder un effet rétroactif immédiat à toute interprétation judiciaire des droits fondamentaux en matière de procédure criminelle afin de se conformer à la théorie absolutiste des droits civiques, la façon la plus rationnelle d'aborder le problème consiste à étudier la fin première pour laquelle une règle a été conçue. Ainsi, lorsqu'une nouvelle norme constitutionnelle vise principalement à accroître la fiabilité d'une condamnation antérieure, on devrait lui accorder un effet rétroactif.

Comme on peut le constater, les trois questions susmentionnées limitent considérablement l'application de la rétroactivité à la Déclaration des droits américaine en ce qui concerne la procédure criminelle. La Cour suprême a refusé de reconnaître un effet rétroactif aux normes particulières énoncées dans Miranda (la règle contre l'auto-incrimination et la nature d'une mise en garde de la police avant un interrogatoire) et dans Escobeda (le droit du prévenu de consulter un avocat lorsqu'il est sous garde en attendant son interrogatoire, et d'être informé de son droit constitutionnel de garder le silence). Cette décision se fonde sur le fait que l'objectif principal des nouvelles normes en cause n'est pas d'accroître la fiabilité du processus d'enquête, mais plutôt de protéger la dignité de chaque citoyen et le respect dû à sa personne. La Cour a reconnu l'existence d'un lien entre les nouvelles normes et le processus d'enquête, mais elle n'a pas trouvé ce lien assez fort pour justifier la reconnaissance d'un effet rétroactif aux normes en question.¹³

13 Il faut toutefois souligner que certains aspects du droit à l'assistance d'un avocat ont reçu un plein effet rétroactif. Ce sont: (i) le droit à l'assistance d'un avocat au procès, Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335 (1963); (ii) le droit à l'assistance d'un avocat au moment de la mise en accusation où il faut aussitôt alléguer la folie ou renoncer à cette défense pour la suite, Hamilton v. Alabama 368 U.S. 52 (1961); (iii) le droit à l'assistance d'un avocat en appel; Douglas v. California 372 U.S. 353 (1968); (iv) le droit à l'assistance d'un avocat aux audiences visant la violation de la mise en liberté surveillée, McConnell v. Rhay 393 U.S. 2 (1968). Ces droits sont si clairement liés au processus d'enquête qu'on leur a accordé un plein effet rétroactif.

La Cour suprême a également reconnu qu'il serait injuste d'imposer aux forces de l'ordre de nouvelles normes de conduite quand elles n'avaient pas été avisées de l'accroissement de leurs obligations avant que ne soient prononcées les décisions qui ont fait jurisprudence. Assez curieusement, la Cour suprême a décidé que les nouvelles normes énoncées dans Miranda et Escobeda ne s'appliqueraient qu'aux procès postérieurs à chacune de ces décisions.¹⁴ Ainsi donc, les décisions portées en appel, celles qui étaient susceptibles d'être contestées pour nullité radicale et les procès déjà en cours au moment où est rendu un certain arrêt de la Cour suprême seraient régis par les "anciennes" règles. Cependant si l'un des soucis de la Cour suprême était d'offrir aux "autorités" la possibilité de modifier leur façon d'agir en fonction des nouvelles normes constitutionnelles, pourquoi ces dernières devraient-elles s'appliquer aux procès postérieurs à la décision de la Cour suprême dans une certaine affaire, mais qui visent des actes criminels et des enquêtes ayant eu lieu avant cette décision? Un simple souci de logique semble exiger que les nouvelles règles ne s'appliquent pas aux enquêtes tenues avant la décision pertinente d'un tribunal, quelle que soit la date du procès. De fait, cela semble être l'intention sous-jacente à la seconde des trois questions visant la rétroactivité des normes adoptées par les tribunaux. Puisque le respect des anciennes règles par les autorités est une considération importante quand il s'agit de résoudre la question de la rétroactivité, la date limite fixée par la Cour suprême semble par trop arbitraire. D'autre part, la Cour suprême a choisi une date limite différente à l'égard du droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'identification du suspect et en ce qui concerne la règle visant l'irrecevabilité de la preuve obtenue par le biais de l'écoute électronique illégale. Dans ces deux cas, la conduite des autorités mise en question a échappé à l'application des nouvelles normes si elle était antérieure

¹⁴ On en est arrivé à la même décision à l'égard du droit constitutionnel d'être jugé par un jury populaire en ce qui concerne des infractions plus graves que les simples contraventions. Ce droit a été reconnu dans Bloom v. Illinois 391 U.S. 194 et dans Duncan v. Louisiana 391 U.S. 145, et dans DeStefano v. Woods 392 U.S. 631, les juges ont confirmé que ce droit n'avait d'effet qu'après sa reconnaissance.

à la date des arrêts de la Cour suprême.¹⁵ C'est précisément la conclusion à laquelle devrait logiquement en arriver un tribunal soucieux d'accorder aux forces de l'ordre la possibilité de connaître l'existence de nouvelles normes constitutionnelles.

Selon le troisième volet du test américain visant la rétroactivité des normes constitutionnelles, le juge doit évaluer les conséquences de la rétroactivité sur l'administration générale de la justice. Cette question revêt une importance particulière lorsque l'on allègue la nullité radicale d'une déclaration antérieure de culpabilité, en ce sens qu'elle souligne la difficulté inhérente qu'il y a à faire une nouvelle étude de la preuve longtemps après la fin du procès. Il peut manquer des témoins, les mémoires ont pu s'obscurcir et des éléments de preuve disparaître, être détruits ou détériorés au moment où le tribunal doit déterminer la recevabilité de la preuve en fonction des nouvelles normes constitutionnelles. On comprend aisément que la Cour suprême des États-Unis ait répugné à permettre que soient établis de nouveau d'importantes questions de fait quand le temps écoulé pouvait diminuer considérablement l'efficacité du processus d'enquête.

Mise à part la contradiction logique exposée plus haut, la position de la Cour suprême des États-Unis au sujet de la rétroactivité nous fournit un cadre rationnel pour étudier l'impact des nouvelles normes constitutionnelles sur les procès au criminel déjà en cours ou terminés au moment où un tribunal a rendu sa décision. En résumé, la Cour suprême a reconnu explicitement que d'accorder sans distinction un effet rétroactif aux nouvelles normes constitutionnelles ne sert pas l'administration de la justice en général, pas plus que cela ne se rattache nécessairement aux fins pour lesquelles les normes sont appliquées.

¹⁵ En ce qui concerne le droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'identification du suspect, voir: U.S. v. Wade 388 U.S. 218 (1967) et Gilbert v. California 388 U.S. 263 (1967). Voir sur l'écoute électronique illégale: Katz v. United States 399 U.S. (1967).

IV CONCLUSION

Le droit canadien sur la rétroactivité des modifications statutaires aussi bien que la doctrine constitutionnelle des États-Unis appuient la thèse voulant que les droits compris dans la Charte, tout au moins dans la mesure où ils visent la conduite et la façon d'agir des policiers, ne devraient pas avoir d'effet rétroactif. Le point de vue américain selon lequel les droits touchant à la procédure criminelle doivent être évalués en tenant compte du processus d'enquête est parfaitement sensé. Lorsque la fin première d'un droit n'est pas d'accroître de façon sensible la fiabilité des normes en matière de preuve, l'importance qu'il y a d'accorder à ce droit un effet rétroactif se trouve considérablement amoindrie. Si les tribunaux canadiens étaient saisis de cette question, ils réserveraient vraisemblablement un accueil très favorable au point de vue logique de la Cour suprême des États-Unis. Ne serait-ce que pour cette raison, il est peu probable que les droits exposés à l'article 8 (le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives) ou à l'article 10 (le droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation et d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat) se verraient accorder un effet rétroactif.¹⁶ Ces droits jouent un rôle important lorsqu'il s'agit de protéger la dignité des citoyens et le respect dû à leur personne, comme l'a décidé la Cour suprême des États-Unis, mais ils ne contribuent pas considérablement à accroître la fiabilité du processus d'enquête au cours d'un procès au criminel. Cependant le contraire est probablement vrai en ce qui concerne l'alinéa 11 d) de la Charte, qui garantit le droit de l'inculpé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable. Ce droit se rapporte réellement au déroulement du procès-même et à la fiabilité de ses conclusions, et par conséquent le premier volet du test américain en matière de rétroactivité des normes constitutionnelles ne suffirait pas à le priver d'un effet rétroactif.

¹⁶ Il convient cependant de souligner que certains aspects du droit à l'assistance d'un avocat peuvent être étroitement liés au processus d'enquête et, de ce fait, être susceptibles d'avoir un effet rétroactif. Voir la remarque numéro 13.

La seconde condition jugée essentielle par la Cour suprême américaine au caractère rétroactif d'une nouvelle norme constitutionnelle a déjà été clairement énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario dans Lesarge. Le point de vue de la Cour d'appel de l'Ontario jouit d'une importance accrue du fait que la Cour suprême des États-Unis en a fait une règle constitutionnelle d'interprétation. Encore une fois, il est très sensé de tenir compte de la mesure dans laquelle les forces de l'ordre se sont conformées aux normes antérieures de conduite. Ces autorités ne sont pas des devins capables de prévoir les modifications qui seront apportées aux normes légales qui précisent les limites de la conduite permise.

On peut également s'appuyer sur la distinction très débattue entre le droit positif et la procédure et son application à la question de la rétroactivité. On a parlé plus haut de l'importance de cette distinction; il suffit de dire qu'elle fournit le troisième argument de taille qui s'oppose à tout effet rétroactif de la Charte.

Le seul problème que la jurisprudence américaine n'a pas réglé de façon satisfaisante est celui qui touche à la date limite pour l'application des "nouvelles" normes. Comme on l'a vu, les "nouvelles" normes visées par les affaires Miranda et Escobedo doivent s'appliquer à tous les procès qui débutent après un jugement donné de la Cour suprême, même si la police a fait enquête avant ce jugement. Si l'on doit accorder quelque poids à la règle selon laquelle il convient de donner un avis suffisant aux forces de l'ordre des nouvelles normes constitutionnelles adoptées, il ne semble pas logique d'appliquer ces dernières à une certaine affaire simplement parce que le procès a commencé après un certain jugement de la Cour suprême. En toute logique, la date limite doit se rapporter au moment où ont eu lieu l'acte criminel et l'enquête de la police. Les anciennes normes devraient s'appliquer à ces événements pour la simple raison que les forces de l'ordre n'ont pu recevoir un avis suffisant de la modification apportée aux droits constitutionnels de l'accusé. Il n'existe en principe aucune raison pour laquelle on devrait s'attendre à ce qu'un tribunal canadien adopte la date limite arbitraire établie par la Cour suprême des États-Unis. Cette question devrait être déterminée en fonction des principes de base relatifs à la question de la rétroactivité. Ainsi donc, lorsque la

fiabilité des conclusions du procès n'est pas mis en question, lorsque les forces de l'ordre se sont scrupuleusement conformées aux normes de conduite en vigueur au moment de l'enquête, et que la distinction entre le droit positif et la procédure milite contre la rétroactivité, il semble peu probable que les nouvelles normes doivent s'appliquer à des faits antérieurs.

SUPPLÉMENT

Il est possible que les partisans d'une Charte entièrement rétroactive (au sens contesté plus haut) feront valoir que certains droits compris dans la Charte ne font qu'affirmer de nouveau l'existence de droits antérieurs à sa proclamation. Si une telle prémisse peut se justifier, on avancera alors que le seul changement réel résultant de la Charte se trouve à l'article 24, qui relève strictement de la procédure. On aura alors recours à la distinction entre le droit positif et la procédure pour appuyer la conclusion selon laquelle les droits visés par la Charte devraient jouir d'un plein effet rétroactif.

Ce raisonnement peut par exemple être appliqué à l'article 8 de la Charte, qui établit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Le Code criminel actuel prévoit une procédure visant la délivrance d'un mandat de perquisition pourvu que des "motifs raisonnables" justifient cette mesure (par. 443(1) C. cr.). Selon ce paragraphe, trois éléments essentiels doivent être réunis pour qu'un juge de paix puisse délivrer un mandat:

- (i) la description d'une infraction reprochée;
- (ii) la description des objets recherchés;
- (iii) la définition des lieux devant faire l'objet de la perquisition.

Toute dénonciation faite auprès d'un juge de paix qui vise la délivrance d'un mandat de perquisition doit contenir suffisamment les trois éléments énumérés plus haut pour convaincre un homme raisonnable que dans les lieux précisés se trouvent les objets décrits susceptibles de servir de preuve relativement à l'infraction reprochée. (Voir à ce sujet PSI Mind Development Institute Ltd. et al. and the Queen (1977) 37 C.C.C. (2) 263, H.C.J. de l'Ontario). Comme le dit le Code criminel, "le juge de paix doit être convaincu qu'il existe un motif raisonnable pour croire que ces trois éléments sont présents." Si une dénonciation est défectueuse relativement à l'un de ces éléments, en théorie,

elle est susceptible d'être annulée par voie de certiorari décerné par un juge d'une cour supérieure. Ainsi, grâce à ce bref de prérogative, quiconque se juge victime d'une perquisition illégale n'est pas tout à fait sans recours. Étant donné le recours possible offert par le droit administratif contre les mandats défectueux et l'obligation pour le juge de paix d'avoir "des motifs raisonnables pour croire" à l'existence des trois éléments susmentionnés avant de décerner un mandat, comme l'exige le paragraphe 443(1) du Code criminel, peut-on soutenir avec raison que l'article 8 de la Charte ne fait rien de plus qu'affirmer de nouveau des droits existants?

La réponse initiale à ce raisonnement peut comporter deux volets. Tout d'abord, le paragraphe 443(1) du Code ne déclare ni n'établit des droits en soi. Il ne fait que établir la procédure visant la délivrance des mandats de perquisition. Le défaut de se conformer à cette procédure peut donner lieu à un bref de certiorari, que l'on peut considérer comme le pendant administratif de l'article 24 de la Charte, bien que cet article ait une portée certainement plus large que les règles relatives aux brefs de certiorari. Les exigences en matière de procédure exposées au paragraphe 443(1) du Code criminel sont étroitement liées à l'interprétation traditionnelle de l'application régulière de la loi (due process of law) que l'on trouve dans la common law anglaise. Tout manquement à ces règles de procédure est illégal parce que ni la common law ni la droit statutaire ne peuvent le justifier. S'il se trouve que des droits de l'individu sont créés en vertu du paragraphe 443(1) du Code criminel, c'est purement par voie de conséquence. De plus, l'étendue du droit implicite qui protège une personne contre la perquisition de ses locaux en l'absence d'un mandat régulier varie selon le droit positif qui crée la procédure régissant la délivrance du mandat de perquisition. Ces considérations nous amènent à la seconde objection à la thèse selon laquelle l'article 8 de la Charte ne fait qu'affirmer de nouveau un droit de l'individu déjà existant.

L'article 8 inscrit dans la constitution le principe voulant que chacun ait droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Le droit constitutionnel fera plus que garantir le respect des

exigences établies par le Parlement en matière de délivrance d'un mandat de perquisition, il fera également office de norme servant à juger la procédure établie à cet égard. En d'autres termes, l'article 8 crée le critère du "caractère raisonnable" qui transcende la simple "légalité" de la délivrance du mandat de perquisition. Même une loi du Parlement qui prévoit expressément une procédure visant la délivrance d'un mandat de perquisition peut se voir privée d'effet si elle enfreint le droit fondamental énoncé à l'article 8.

Le critère du "motif raisonnable" prévu au paragraphe 443(1) du Code criminel ne peut rendre nulle une loi du Parlement. Il vise uniquement le pouvoir discrétionnaire qu'a un juge de paix de délivrer un mandat de perquisition, s'il agit dans les limites de sa compétence et de façon judiciaire. Cela diffère considérablement de la portée d'un droit constitutionnel capable de mettre en question la validité même d'une disposition législative. Dans cette perspective, on peut soutenir que l'article 8 apporte un nouvel élément au droit canadien et qu'il ne doit pas avoir un effet rétroactif.

On peut aussi avancer que l'article 24, en créant un recours sensiblement nouveau, a apporté au droit canadien une importante modification de fond. Ce serait pécher par excès de formalisme que de considérer l'article 24 comme une modification relevant purement de la procédure. Outre l'importante règle visant l'irrecevabilité de certains éléments de preuve, l'article 24 prévoit également la possibilité pour un tribunal compétent d'accorder le redressement qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Ce redressement peut prendre la forme d'une suspension d'instances, de la fixation péremptoire de la date d'un procès ou encore de dommages-intérêts, selon la nature du droit violé et le tribunal saisi de la demande de réparation. On peut par conséquent estimer que l'article 24 effectue d'importantes modifications au droit positif canadien.

La même situation peut se présenter et les mêmes arguments se soulever lorsque l'on considère l'effet rétroactif possible des alinéas 10a) et b) de la Charte. Les droits qui y sont proclamés sont formulés de façon presque

identique à ceux que l'on trouve aux alinéas 2c)(i) et (ii) de la Déclaration canadienne des droits. Contrairement à la procédure relative au mandat de perquisition établie par le Code criminel, il ne fait aucun doute que les alinéas 2c)(i) et (ii) visent explicitement des droits de l'individu. On peut donc soutenir que l'inscription de ces droits dans la Charte constitue un changement de fond suffisamment important pour militer contre tout effet rétroactif que l'on voudrait leur accorder.

Il ne faut toutefois pas oublier que la distinction établie entre le droit positif et la procédure constitue simplement l'une des solutions que l'on peut apporter à la question de la rétroactivité. En effet, les arguments fondés sur l'opportunité de donner aux forces de l'ordre un avis suffisant des nouvelles normes constitutionnelles, sur le rapport entre ces normes et le processus d'enquête et leur impact sur l'administration de la justice sont tout aussi valables. Il n'est pas réaliste de croire que la question de l'effet rétroactif des droits inscrits dans la Charte, qui influent sur la façon d'agir des policiers, sera décidée uniquement en se fondant sur la distinction entre les modifications qui relèvent du droit positif et celles qui relèvent de la procédure.

CHARTRE DES DROITS

Résumé et extraits des opinions exprimées par les
représentants des ministères devant le Comité spécial mixte
du Sénat et de la Chambre des communes sur la constitution
du Canada, du 15 au 30 janvier 1981

Article 1

"La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique."

Nul droit individuel, nulle liberté, ne peut exister isolément, pas plus qu'ils ne peuvent avoir de caractère absolu. L'article 1 de la Charte énonce en termes très généraux la règle qui doit servir pour établir la teneur et la portée d'un droit ou d'une liberté. Il crée un critère formel applicable à toute loi dont on présume qu'elle porte atteinte ou contrevient à une disposition de la Charte.

Lorsqu'une règle de droit particulière semble, à première vue, entrer en conflit avec l'un des droits ou libertés reconnus par la Charte, c'est au gouvernement qu'il appartient d'établir que sa "justification (peut) se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". On ne s'attend pas du citoyen qu'il prouve la proposition contraire, c'est-à-dire que la règle de droit n'est pas justifiée dans une société libre et démocratique.

"Les rédacteurs du texte pensaient que l'utilisation des mots "dont la justification puisse se démontrer" rendait très clair le besoin pour le gouvernement, ou pour tout organisme essayant de justifier une décision relative à des droits établis dans la Charte, de prouver que la limite imposée était non seulement raisonnable, ce qu'exigeait la première version, mais également justifiable. Dans ce contexte, il faudrait que les responsables démontrent que les limites étaient justifiables." (B.L. Strayer, sous-ministre adjoint, 15 janvier 1981, Fascicule no. 38, page 45)

La position du Ministère est la suivante: par "règle de droit", on entend non seulement les règles législatives, mais aussi toutes les règles découlant du common law. Il ne faut toutefois pas oublier que les dispositions de la Charte s'appliquent aux lois qui régissent les rapports entre l'État et les particuliers. Les rapports entre particuliers, par exemple une relation contractuelle entre deux parties, ne relèveraient habituellement pas de la Charte.

"Monsieur Fraser, les droits et les dispositions de la charte ne s'appliquent pas aux rapports entre individus. Il s'agit plutôt des rapports entre l'État et des individus, si bien que je ne suis pas sûr que le droit d'obligations s'appliquerait ici, à moins que ce soit dans une situation où des contrats seraient conclus entre l'État, le gouvernement et des particuliers. Il se peut que les stipulations de tels contrats violent les droits constitutionnels des particuliers, et c'est alors que la charte serait invoquée. S'il s'agit cependant de rapports contractuels entre individus, je ne vois pas comment la charte pourrait être invoquée, à supposer qu'il y aurait un conflit." (Roger Tassé, sous-ministre de la Justice, le 15 janvier 1981, Fascicule no. 38, page 50)

Article 2

"Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
- c) liberté de réunion pacifique;
- d) liberté d'association.

Liberté d'expression (2b)

On s'est interrogé sur la question de savoir si, en raison de sa grande portée, la disposition relative à la liberté d'expression peut invalider les articles du Code criminel portant sur la littérature haineuse. La position adoptée par le Ministère est que ces articles sont justifiés en vertu du critère prévu à l'article 1 de la Charte.

"Non, nous pensons que les lois visant les publications haineuses seraient justifiables, sous les réserves normalement acceptées, comme le stipule l'article 1.

Autrement dit, le concept de publication haineuse est une réserve normalement acceptée, qui survivrait à l'adoption de cette loi." (R. Kaplan, ministre de la Justice par intérim, le 22 janvier 1981, Fascicule n° 43, page 64)

D'autres articles litigieux du Code criminel répondent également aux critères énoncés à l'article 1, par exemple ceux qui portent sur la sédition, la publication de littérature obscène, et le libelle blasphématoire.

Liberté d'association (2d)

La portée de la liberté d'association est assez grande pour inclure la liberté d'association pour les besoins des négociations collectives. Toute réserve qui lui serait apportée devrait répondre au critère général énoncé à l'article 1 de la Charte. Il serait mauvais d'en faire expressément mention dans la Charte car cela pourrait avoir pour effet d'amoindrir toutes les autres formes d'association, notamment les associations religieuses, fraternelles ou communautaires.

"En ce qui concerne la suggestion qui a été faite de mentionner expressément la liberté d'organisation et de négociation collective, notre position est que celle-ci fait partie de la liberté d'association déjà prévue dans la Déclaration et dans la Charte. En isolant cette composante, on risque d'amoindrir toutes les autres formes d'association, notamment les associations religieuses, fraternelles ou communautaires."

"Pour ce qui est de la proposition d'inclure un article qui traite tout particulièrement de la liberté d'association et du droit à la négociation collective, nous pensons que ces deux points sont couverts par les termes "libertés d'association", qui figurent dans la charte. En créant un article à part qui traiterait du droit à la négociation collective, cela pourrait amoindrir l'importance des autres types d'associations, comme les associations religieuses, fraternelles ou communautaires.

En nuancant trop le concept de liberté d'association, la signification générale de cette expression pourrait s'en trouver réduite."
(R. Kaplan, ministre de la Justice par intérim, le 22 janvier 1981, Fascicule n° 43, page 69)

Bien que les rapports qu'il puisse y avoir entre la Charte et le droit de grève ou les lois prescrivant le retour au travail ne soient pas trop évidents, le ministère est d'avis que la législation actuelle en la matière ne serait pas touchée par la liberté d'association générale. Les alinéas 2a) et c) n'ont pas été débattus par le Comité mixte.

Article 3

"Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales."

Les droits énoncés dans cet article ont soulevé la question de savoir si une personne détenue dans un pénitencier fédéral ou dans une autre prison dispose du droit inaliénable de voter. Le Ministère est d'avis que toutes les mesures législatives restreignant le droit de vote des détenus pourraient être jugées contraires à l'article 3 de la Charte. Il est difficile de prédire quelle décision prendront éventuellement les tribunaux s'ils sont appelés à se prononcer sur cette question. Le droit de vote des juges soulève des difficultés semblables bien qu'il soit possible qu'on lui applique le motif invoqué pour leur interdire de siéger à la Chambre des communes. Les mesures législatives qui existent actuellement à ce sujet devraient répondre aux critères énoncés à l'article 1, c'est-à-dire que leur justification devrait pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

"Oui, vous avez raison. Les détenus pourraient très bien plaider que cette Charte des droits et libertés leur accorde le droit de voter.

Ce n'est toutefois pas une réponse catégorique bien que nos avocats nous aient souligné cette possibilité.

Ce n'est tout de même pas aussi simple car l'article mentionne deux droits: celui de voter et celui d'être éligible, par exemple, à la Chambre des communes.

On pourrait se demander aussi s'il était raisonnable d'interdire à un juge d'être élu à la Chambre des communes. Monsieur Robinson, ce n'était peut-être pas intentionnel, mais, un peu plus tôt, vous avez dit que ces deux droits allaient de pair puisqu'ils représentaient les deux côtés d'une même médaille. Or, on pourrait se servir de votre argument pour maintenir l'interdiction de voter imposée aux juges.

Comme dans le cas des détenus, même si c'était un peu différent, la question prête à discussion."
(R. Kaplan, ministre de la Justice par intérim, le 22 janvier 1981, Fascicule n° 43, page 85)

La question des ramifications possibles d'une privation du droit de vote a été soulevée en comité. Par exemple, si le nom d'une personne ne figure pas sur la liste des électeurs et qu'elle ne peut par la suite exercer son droit de vote, y aurait-il lieu d'invalider les résultats des élections dans sa circonscription? À cette question, le ministre de la Justice par intérim, M. Kaplan répondait ce qui suit:

"Comme la loi électorale prévoit une procédure raisonnable permettant de s'assurer qu'un nom figure bel et bien sur la liste, et comme une erreur est toujours possible, je ne peux imaginer que l'on ait recours à la Constitution ou à la charte des droits et libertés pour faire annuler une élection pour cette raison." (R. Kaplan, ministre de la Justice par intérim, le 22 janvier 1981, Fascicule n° 43, page 88)

Articles 4 et 5

L'énoncé de ces articles est clair et sans détour. Le relevé des débats à leur sujet figure dans le fascicule n° 43, page 90 et suivantes, et page 101 et suivantes.

Article 6

- (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.
- (2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit:
 - a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;
 - b) de gagner leur vie dans toute province.
- (3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés:
 - a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

Les effets que l'article 6 pourrait avoir sur les programmes d'action positive, qui ont pour but d'améliorer la condition sociale ou économique de groupes défavorisés dans diverses régions du pays, avaient soulevé beaucoup d'inquiétudes. Le paragraphe 6(4) y a répondu en grande partie. Lorsque le niveau de l'emploi dans une province n'est pas inférieur à la moyenne nationale, il est probable qu'un programme législatif faisant preuve de discrimination à l'égard des travailleurs de l'extérieur de la province contreviendrait sans doute au droit à la mobilité énoncé à l'article 6. Exception faite du cas particulier que prévoit le paragraphe 6(4), l'article vise à interdire les mesures législatives qui limitent le droit à la mobilité en établissant une distinction fondée sur la province d'origine ou de résidence antérieure d'un citoyen canadien ou d'un résident permanent. Les programmes d'action positive qui visent à favoriser les groupes désavantagés au sein d'une province demeurent légitimes s'ils entendent s'attaquer à un problème social particulier, sans que leur application soit liée à la province d'origine ou à la province de résidence antérieure des citoyens touchés par lesdits programmes. Faisant allusion aux programmes du genre mis en oeuvre dans les territoires du Nord canadien, le ministre de la Justice, M. Chrétien, déclarait ce qui suit:

"Les administrations territoriales auraient la possibilité d'entreprendre des programmes d'action positive, sans les baser sur le statut de la province d'où elles proviennent. Il sera toutefois possible d'entreprendre des programmes d'action positive ou affirmative pour faire face à certains problèmes sociaux; par exemple, au Yukon, nous avons l'intention d'accorder la préférence aux autochtones, sous forme de programmes d'action positive, en nous basant sur les problèmes sociaux et non sur la situation géographique de la province." (Fascicule n° 46, page 76)



exclusivement aux êtres humains, alors que "personne" et "chacun" sont interchangeable et, selon le contexte, ils pourraient comprendre les sociétés commerciales. (Fascicule n° 44, page 9). Étant donné que le droit à la propriété ne figure pas à l'article 7, il y est très peu probable que cet article pourrait être appliqué aux sociétés commerciales. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est, de par sa nature même, uniquement applicable aux êtres humains. En ce qui concerne l'avortement, la position du gouvernement est que l'article 7 est neutre et que le Parlement conserve tous ses droits de légiférer à cet égard.

Le Ministère est d'avis que par l'expression "principes de justice fondamentale", on entend uniquement les principes de l'équité de la procédure. Cette expression ne constitue pas un critère à partir duquel il convient d'apprécier le fond d'une mesure législative. Les tribunaux n'auront donc pas à porter un jugement sur la sagesse d'une quelconque mesure. Ils se borneront à évaluer la façon dont la loi est appliquée et à faire en sorte qu'elle soit appliquée équitablement. Comme on l'a souligné devant le Comité mixte:

"Monsieur le président, à notre avis, les termes "justice fondamentale" comprennent ce qu'on appelle le processus légal, qui comprend le droit à une procédure équitable. Toutefois, je ne comprends pas la notion de ce que l'on peut appeler principes de légalité inhérente, qui exigent des conditions de fond sur l'intention de la loi en question.

Cet aspect a été éprouvé clairement aux États-Unis dans le domaine de la propriété, aussi bien que dans le domaine du droit à la vie. L'expression "voies de droit régulières" a été amplifiée et comprend et la procédure et l'intention. Le principe de justice naturelle ou fondamentale, à notre sens, s'en tient strictement aux exigences d'une procédure équitable." (B.L. Strayer, sous-ministre adjoint, le 27 janvier 1981; Fascicule n° 46, page 32)

Il est difficile de formuler une définition exacte de la justice naturelle ou fondamentale, mais on s'entend généralement pour dire que le tribunal en se prononçant sur les droits d'une personne devait agir avec justice, de bonne

foi, sans préjugés et dans des termes juridiques et qu'une personne doit avoir le droit d'expliquer suffisamment sa position. (Fred Jordan, conseiller principal, Droit public, le 27 janvier 1981; Fascicule n° 46, page 32). En deux mots, le Ministère est d'avis que les questions de fond n'interviennent pas dans la justice fondamentale.

Article 8

"Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives".

On a tenté en Comité de faire ajouter les mots "visant sa personne ou ses biens" à l'article 8. Les modifications proposées ont été rejetées, le gouvernement ayant décidé qu'il serait malvenu de limiter le caractère général de l'article. À son avis, le libellé permettait facilement de déduire que l'on cherchait à assurer une protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives visant la personne ou les biens. En outre, le libellé retenu pouvait étendre la portée de l'article aux communications orales ou aux conversations téléphoniques.

"Les précédents juridiques, aussi bien au Canada qu'aux États-Unis, monsieur le président, établissent que les fouilles ou perquisitions dont nous parlons concernent aussi bien les personnes que les biens. En fait, si nous devions adopter la proposition de M. Robinson, nous aboutirions à restreindre le droit garanti par l'article 8. En effet, aux États-Unis des dispositions identiques ont été interprétées par les tribunaux comme s'appliquant aux communications par téléphone. Si nous devions donc limiter l'application de l'amendement aux fouilles ou perquisitions concernant les personnes ou les biens, il se pourrait fort bien qu'un tribunal décide à l'avenir que l'article ne s'applique pas à l'interception des communications téléphoniques. Nous affirmons donc que ce sous-amendement est inutile, du fait de l'interprétation que ces mots ont déjà reçue, au Canada. En d'autres mots, ce sous-amendement pourrait aboutir à restreindre les droits garantis par l'article." (Roger Tassé, sous-ministre de la Justice, le 27 janvier 1981; Fascicule n° 46, page 104)

En précisant que l'on vise la personne ou les biens, on risque d'oublier ce genre de saisie ou d'interception. Par conséquent, afin que l'article 8 reçoive l'interprétation la plus large possible, il est

préférable de ne rien rajouter à l'expression "les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives".

La question s'est posée de savoir si l'article 8 affecterait la validité des mandats de main-forte. Le ministère de la Justice convient que cela pourrait causer un problème et qu'il conviendrait de passer en revue la procédure d'autorisation et d'émission de ces mandats. Pour être légitime, la procédure employée devrait être raisonnable, comme on le précise à l'article 8. Ainsi qu'on l'a indiqué au Comité, un moratoire a été décrété pour l'émission de mandats de main-forte.

"Monsieur le président, je pense que la semaine dernière M. Kaplan a abordé cette question en comité et il a indiqué qu'un examen général de toute la question des mandats de main-forte s'imposait afin de voir s'ils étaient émis et autorisés contrairement à ce qui est raisonnable suivant les critères applicables à la fouille et à la saisie. Il pourrait y avoir certains problèmes. Je tiens à signaler qu'on a cessé d'émettre ces mandats entre-temps. En réponse à votre question, oui, désormais les mandats de main-forte devraient faire l'objet d'une attention particulière afin de déterminer s'ils ne sont pas autorisés d'une façon arbitraire pour permettre les fouilles et les saisies, en tous cas les fouilles." (Fred Jordan, Conseiller principal, Droit public, le 27 janvier 1981; Fascicule n° 46, page 108)

Article 9

"Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires."

L'emploi du mot "arbitraires" donne à cet article une portée plus large que si l'on avait parlé de détention ou d'emprisonnement illégaux. En cas d'arrestation ou d'emprisonnement illégaux, un citoyen peut toujours avoir recours à habeas corpus pour obtenir sa libération. En introduisant la notion d'arbitraire, on ne limite pas l'article 9 à la procédure juridique, mais on l'étend au fond de la loi ou de la mesure législative en vertu de laquelle l'arrestation est effectuée ou l'emprisonnement décrété. Les tribunaux sont donc appelés à décider si une

mesure législative est en soit arbitraire, indépendamment des procédures d'application. Comme l'a exposé le sous-ministre de la Justice devant le Comité:

"Si le critère qui était retenu ici en était un de légalité, ce ne serait pas possible pour le tribunal d'examiner la question de savoir si la loi elle-même est arbitraire. C'est pourquoi le critère d'arbitraire a été suggéré et que le gouvernement en fait l'a accepté comme en étant un qui allait plus loin que le critère de légalité." (Roger Tassé, sous-ministre de la Justice, le 27 janvier 1981; Fascicule n° 46, page 117).

Article 10

"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.

D'avoir recours à l'assistance d'un avocat (b)

Certains ont énergiquement soutenu en Comité que le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat est vidé de sa substance si un particulier n'a pas les moyens financiers de le faire. La question s'est donc posée de savoir si le droit général reconnu à l'alinéa b) pourrait être interprété par les tribunaux comme comportant le droit de bénéficier de l'aide juridique. Le ministre de la Justice a indiqué que les tribunaux seraient alors dans l'erreur. Même si les régimes d'aide juridique sont importants, ils ont été créés et mis sur pied par des lois provinciales.

"La question de la rémunération des conseillers juridiques n'a donc rien à voir avec ce droit. C'est au citoyen qu'il revient de régler son propre problème. L'aide juridique est une mesure sociale qui existe au Canada et à laquelle on peut

recourir conformément aux critères fixés par les procureurs généraux des provinces."

(Jean Chrétien, ministre de la Justice, le 27 janvier 1981; Fascicule n° 46, page 125)

Article 11

"Tout inculpé a le droit:

- a) d'être informé sans délai anormal, de l'infraction précise qu'on lui reproche;
- b) d'être jugé dans un délai raisonnable;
- c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;
- d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;
- e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;
- f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;
- g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

- h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;
- i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

Informé sans délai anormal (11a)

Le gouvernement a décidé de définir ce droit en faisant appel à la notion de normalité, afin que son interprétation puisse se faire ultérieurement avec assez de souplesse. Étant donné que ce droit s'applique à toutes les infractions, quelle que soit leur gravité, son interprétation dépendra des circonstances particulières à chaque cas. Lorsque l'infraction est très légère, et qu'elle peut même se produire en l'absence de l'accusé, il est bien évident qu'il n'est pas nécessaire d'exiger que l'accusé en soit informé promptement. Il suffit qu'il le soit sans délai anormal.

"Il porte sur les infractions fédérales et provinciales et dans plus de 90 p. 100 des cas, il n'y a pas arrestation, si bien que le contrevenant n'est pas présent et ne peut être informé "promptly" (dans les plus brefs délais), c'est-à-dire immédiatement, ce qui serait le cas s'il était présent.

En outre, la majorité de ces cas impliquent l'étude de documents et une décision suivie de l'ouverture d'une information. Le contrevenant fait alors l'objet d'une convocation. Très souvent, cela se fait par courrier. Or, certains d'entre nous connaissent la lenteur du courrier et informer le contrevenant de l'infraction précise ou même, le localiser, "promptly" (dans les plus brefs délais), peut poser un problème.

Il fallait donc introduire une certaine marge de souplesse pour les infractions mineures, les infractions de caractère réglementaire sur simple déclaration sommaire de culpabilité. Il a donc été décidé qu'il était préférable d'utiliser l'expression "without unreasonable delay" (sans délai anormal) laissant une plus grande marge de souplesse que le terme "promptly" (dans les plus brefs délais).

S'il s'agissait uniquement de meurtres, de viols, etc., où l'accusé attend qu'on détermine s'il sera libéré sous caution, il aurait mieux valu employer "promptly" (dans les meilleurs délais). Or, il ne s'agit pas uniquement d'infractions de ce genre, mais de toutes sortes d'infractions.

C'est pourquoi nous avons employé l'expression "without unreasonable delay" (sans délai anormal)" (E.G. Ewaschuk, directeur, section des modifications au droit pénal, le 28 janvier 1981, Fascicule n° 47, page 32.)

Le danger qu'il y a à n'appliquer un critère trop strict quant à la notification de l'accusé, c'est qu'on risque de voir le tribunal exclure des éléments de preuve si, pour une raison quelconque, l'agent de police a été incapable de répondre aux exigences de promptitude.

Jugement dans un délai raisonnable (11b)

D'après les comptes rendus des délibérations du Comité mixte, l'alinéa 11b) de la Charte ne semble pas avoir été abordé.

Témoignage de l'inculpé (11c)

Cet alinéa a pour effet de consacrer dans la constitution le principe que la personne inculpée d'une infraction ne peut être contrainte de témoigner à son procès. Il ne s'étend toutefois pas à l'incrimination de soi-même comme on l'entend dans la jurisprudence américaine. Les déclarations d'un inculpé à l'extérieur de la cour qui tendent à prouver sa culpabilité pourront être retenues contre lui à son procès si elles ont été faites volontairement aux termes du common law et si les circonstances qui les entourent n'enfreignent pas les dispositions de la Charte. Les déclarations de l'inculpé ne seront pas jugées inadmissibles uniquement parce qu'elles tendent à prouver sa culpabilité. L'alinéa 11b) ne vise qu'à empêcher qu'un inculpé ne soit contraint de témoigner à son propre procès, pas plus.

Présomption d'innocence (11d)

Le Comité n'a pas analysé ni débattu en profondeur cet alinéa.

Cautionnement raisonnable (11e)

On a préféré la "juste cause" aux "motifs fondés sur la loi et dans les conditions que celle-ci prévoit" comme critère de refus du cautionnement, parce que cette dernière expression aurait limité l'examen des cautionnements refusés à une revue des procédures juridiques, sans toucher au fond.

"À plusieurs reprises, au cours des délibérations qui ont précédé l'étude clause par clause, plusieurs groupes qui sont venus devant nous ont trouvé que le texte que nous avons avant et qui parlait de "sauf pour des motifs fondés sur la loi et dans les conditions que celle-ci prévoit" trouvaient que le tout était beaucoup trop limitatif et ils ont souhaité que nous confirmions d'une façon plus explicite le droit des citoyens en la matière, et c'est pourquoi nous avons changé le langage pour les mots "sans juste cause"."
(Jean Chrétien, ministre de la Justice, le 28 janvier 1981, Fascicule n° 47, page 53).

L'expression "sans juste cause" semble protéger les intérêts d'un inculpé dans une plus grande mesure que ne le ferait l'autre libellé.

Procès avec jury (11f)

Le débat s'est limité à la question de savoir si le critère de cinq ans était approprié, étant donné qu'il pourrait entraîner l'augmentation du nombre de procès avec jury, avec tout ce que cela suppose en temps et en argent.

Aucune infraction hors du droit interne du Canada ou du droit international (11g)

Cet alinéa n'a pas été analysé en profondeur par le Comité.

Autrefois acquit, autrefois convict (11h)

On a tenté en Comité de faire modifier le libellé de l'alinéa 11b) de façon qu'un inculpé ne puisse être puni plus d'une fois pour le même acte. Certains ont

soutenu qu'aux termes du libellé actuel, cette éventualité était possible, parce qu'on ne parlait que du droit d'un inculpé de ne pas être jugé ou puni à nouveau pour la même infraction. Étant donné qu'un acte pourrait donner lieu à plusieurs infractions, il serait théoriquement possible de porter plusieurs accusations. Toutes les modifications en ce sens furent rejetées, le gouvernement ayant jugé que la règle du common law qui régit la question de savoir si un inculpé peut être jugé et puni plus d'une fois pour le même acte était imprécise et ambiguë. Si, par exemple, l'inculpé violait et poignardait sa victime au cours d'une agression violente, pourrait-il ultérieurement être déclaré coupable à la fois de viol et de blessures intentionnelles? Puisqu'il n'existe pas de réponse évidente, il est alors difficile d'énoncer une règle définitive dans la Charte des droits. On a donc décidé de retenir le libellé actuel de l'alinéa 11h) et de ne parler que du droit voulant qu'on ne puisse être jugé deux fois pour la même infraction.

"Dans l'affaire Kienapple la Cour suprême du Canada a parlé de res judicata et certainement pas de double poursuite.

Dans cette affaire, M. Kienapple avait violé une fille de 13 ans et fut donc condamné à 10 ans d'emprisonnement pour viol; mais comme celle-ci avait moins de 14 ans, il fut également accusé et condamné pour avoir eu des rapports sexuels avec une femme de moins de 14 ans, ce que l'on appelait "connaissance charnelle" et on lui imposa une peine simultanée de 10 ans, il ne fut pas puni deux fois, mais il fut condamné deux fois.

À la Cour suprême du Canada, dans un jugement de 5 contre 4, le juge en chef a énoncé la doctrine de la chose jugée en disant que puisqu'il s'agissait du même délit, soit des rapports sexuels avec la fille, contre son gré, et alors qu'elle a moins de 14 ans, il ne devrait pas y avoir deux condamnations pour le même acte. C'est la décision dans l'affaire Kienapple."

"J'ai eu le plaisir de défendre une cause, encore une fois en Colombie-Britannique, il s'agit de l'affaire Sheppe. Nous avons demandé à l'ordinateur de nous transmettre le nombre de causes enregistrées au Canada depuis sept ans afin de savoir ce que signifie réellement la décision Kienapple. Supposons que lorsque l'homme a violé la fille, il avait également un couteau, qu'il l'ait blessée et qu'il lui ait volé son sac à main. Pouvez-vous le condamner pour viol, blessures et vol?

Les difficultés d'application de cette décision se retrouvaient déjà dans une soixantaine de causes il y a six mois. Nous disons que c'est une notion très difficile à appliquer. Qu'est-ce que cela signifie en réalité? Le Code criminel stipule clairement que lorsque vous êtes condamnés ou acquittés, vous êtes condamnés ou acquittés de toutes les infractions en cause, qu'elles soient moindres ou plus graves, car il y a un certain degré d'aggravation.

Donc, c'est seulement dans un cas très rare où l'on peut séparer diverses accusations avec justification, que l'on peut être accusé plus tard d'une autre infraction découlant du même geste, sans qu'il s'agisse en fait du même geste physique.

En somme nous disons que c'est une notion très floue, difficile à appliquer et nous ne croyons pas qu'il faille l'inclure dans la Charte des droits. Ce n'est certainement pas dans la charte américaine ni dans la Charte du pacte international. Nous ne voyons pas l'utilité de l'inclure dans la Charte maintenant. C'est une chose en évolution, assez récente, et d'ici à ce que les tribunaux aient finalement décidé de sa signification nous ne la connaissons pas. (E.G. Ewaschuk, directeur, section des modifications au droit pénal, le 28 janvier 1981, Fascicule N° 47, pages 61 et 62)."

Peine la moins sévère (11i)

Le sens de cet alinéa n'a pas suscité de délibérations étant donné qu'il est très clair. On a toutefois tenté d'en modifier le libellé ainsi que la portée de façon à autoriser un prisonnier à bénéficier de la réduction d'une peine, même après qu'il a été condamné. Les modifications en ce sens ont toutes été rejetées.

Article 12

"Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités."

Il n'est pas possible de définir avec précision ce qu'il faut entendre par "peines cruels et inusités", mais certaines caractéristiques de cette expression nous sont déjà plus connues que ce ne serait le cas d'un énoncé totalement nouveau, comme par exemple "cruels, inhumains et dégradants". Ainsi, nous savons déjà que cette notion n'empêche pas, de l'avis de la Cour suprême du Canada, l'imposition de la peine capitale.

"Nous craignons que si nous élargissons ces dispositions, nous ne pourrions pas en prévoir les répercussions et la signification.

À l'heure actuelle, nous savons, quant à la question d'une peine ou d'un traitement cruels et inusités, que la Cour suprême du Canada, dans l'affaire Miller and Cockrell, a décidé que la peine de mort pouvait être infligée nonobstant cette disposition.

Si en fait l'article devenait plus souple, il se pourrait fort bien que le Parlement perde, au profit des tribunaux, le droit de prendre cette décision. Nous avons donc pensé qu'il valait mieux s'en tenir au même libellé que celui de la déclaration des droits qui a déjà fait l'objet d'une interprétation.

Il est évident que si nous adoptons un nouveau libellé, les tribunaux diront, "le Parlement a décidé" c'est-à-dire vous, qu'il fallait donner un nouveau sens à cet article. Donc les tribunaux regarderont la chose d'un oeil nouveau, ils examineront la peine de mort, la question de la peine de mort, si il y a une nouvelle formulation. Ils ne tiendront plus compte de la décision rendue dans l'affaire Miller et Cockrell.

Toutefois, si nous adoptons un nouveau texte, les juges penseront que rien n'est tranché et pourront même se sentir encouragés à renverser le précédent." (E.G. Ewaschuk, directeur, section des modifications au droit pénal, le 28 janvier 1981, Fascicule n° 47, pages 75 et 77).

Le Parlement conserve le pouvoir de prendre une décision à l'égard de la peine capitale, comme il lui appartient de le faire dans le cas de l'avortement. Parler de "peines inhumaines et dégradantes" l'exposerait à ce que la Cour suprême renverse sa décision à l'égard de la peine capitale. Le libellé actuel de l'article 12 ne présente pas ces risques car c'est exactement celui que la Cour a déjà interprété.

Il ne faudrait pas non plus oublier que la Cour suprême a décidé que les deux termes "cruels et inusités", devaient être lus en conjonction. Une peine doit donc être à la fois cruelle et inusitée pour contrevenir à l'article 12 de la Charte.

Article 13

"Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires."

Contrairement à ce qui se passait dans les tribunaux avant l'adoption de la Charte des droits, le témoin ne sera pas tenu de revendiquer explicitement la protection offerte par l'article 13. Cette protection est présumée être automatique. (Voir Fascicule n° 47, le 28 janvier 1981, p. 81.)

Article 14

"La partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète."

Le droit énoncé à l'article 14 ne s'applique qu'aux témoins ou aux parties à une quelconque procédure, et non pas à quiconque est susceptible d'être intéressé dans les procédures.

"Pour ce qui est des procédures, il est clair que l'administration de la justice relève des autorités provinciales. Si l'on parle des procédures auxquelles une personne est mêlée, on va beaucoup plus loin qu'en disant une partie ou un témoin lors de procédures. Toutes sortes de gens pourraient venir au tribunal et avoir un droit constitutionnel à l'assistance d'un interprète afin de pouvoir suivre les délibérations.

Cela arrive souvent. S'il s'agit d'un problème linguistique, l'interprète est là pour prêter assistance. Cependant, s'il fallait le faire pour quiconque entrerait dans la salle ou serait mêlé aux procédures d'une façon ou d'une autre, il pourrait s'agir d'un parent qui ne comprendrait pas la langue mais qui ne serait pas un témoin, cela pourrait avoir des répercussions importantes sur l'administration de la justice et c'est pourquoi nous nous opposons à cet amendement. Toutefois, nous laisserions les provinces prendre une décision en la matière, plutôt que de les obliger à le faire."

Nous disons qu'à tout le moins, une partie ou un témoin, et on peut étendre cela aux sourds, a droit à l'assistance d'un interprète, mais nous n'irons pas plus loin pour le moment.

(E.G. Ewaschuk, directeur, section des modifications au droit pénal, le 28 janvier 1981, Fascicule n° 47, p. 85.)

Article 15

"(1) la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques."

Les droits à l'égalité énoncés à l'article 15 ne s'appliquent que dans le cadre des rapports entre l'État et un particulier. On n'entend pas que les principes qu'il contient réglementent les relations entre particuliers en tant que tels.

L'exception prévue au paragraphe 2 à l'égard des programmes d'action positive s'applique à l'ensemble des lois, programmes ou activités des gouvernements fédéral ou provinciaux. Les mots "programmes" et "activités" ont été employés parce que les programmes d'action positive sont souvent le fait d'institutions publiques et ne feront pas l'objet d'une mesure législative particulière. Par exemple, il peut arriver qu'une université mette sur pied un programme visant à favoriser l'inscription des minorités raciales ou des femmes dans les facultés spécialisées, en droit ou en médecine par exemple, sans autorisation législative particulière. Ces programmes devraient néanmoins pouvoir jouir de l'exemption prévue au paragraphe 2.

"Prenons le cas des universités; celles-ci reçoivent du financement global des gouvernements provinciaux, sans condition, sauf que l'argent doit être consacré à des fins éducatives, à l'université. Elles peuvent décider, comme certaines facultés l'ont fait, de mettre sur pied des programmes d'action affirmative pour encourager les femmes à faire leurs études de droit, ou les autochtones à faire leurs études de droit; ces programmes n'ont pas été prévus par une loi lorsque le gouvernement de l'Ontario, ou du Québec, etc., ont voté les crédits; ces crédits peuvent servir à financer des programmes d'action affirmative.

Il serait des plus malheureux que ce genre de programmes se trouvent exclus, tout simplement parce que dans chaque cas, le Parlement ou l'assemblée législative n'avait pas prévu d'inclure un article prévoyant que des programmes d'action affirmative pouvaient être mis sur pied grâce à ces crédits.

Je crois que vous connaissez tous la façon dont le Parlement vote les crédits; très souvent, la gamme de ce qui est prévu n'est pas précisée d'une façon très détaillée.

(F.J.E. Jordan, conseiller principal, Droit public, le 29 janvier 1981, Fascicule n° 48, pages 42 et 43.)

Article 16 à 19

La signification et la portée de ces articles n'ont pas fait l'objet d'une analyse en profondeur, mais on s'est demandé si l'article 16 garantissait à un fonctionnaire le droit de travailler dans sa langue maternelle (qu'il s'agisse du français ou de l'anglais) dans les institutions fédérales. A cet égard, le ministre de la Justice, Jean Chrétien, a dit ce qui suit:

"Je pense que, tel que rédigé, l'article 16, c'est l'intention en principe de l'article 16 de s'assurer qu'on puisse utiliser le français ou l'anglais dans les institutions fédérales, sujet à des restrictions normales dans l'administration. J'ai employé l'exemple, je pense, que dans certaines circonstances, des gens du Québec, on ne peut pas exiger qu'ils soient bilingues. Le bureau de Poste de Saint-Mathieu-du-Lac-Bellemare, dans mon comté ou la même chose dans un village dans le nord de la Colombie-Britannique, sont sujets à des restrictions administratives. J'ai approprié l'intention du législateur à l'article 16, c'est de permettre l'utilisation, dans les institutions fédérales, de la langue française et de la langue anglaise."

(le 13 novembre 1981, Fascicule n° 4, p. 135.)

Contrairement aux dispositions de la Loi sur les langues officielles, dont le caractère est uniquement déclaratif, l'article 16, de l'avis du ministre de la Justice, crée des droits véritables qu'un tribunal pourrait être chargé de faire respecter.

Article 20

"(1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas:

a) l'emploi du français et de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la Législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services."

On a employé le mot "siège" dans les institutions gouvernementales afin d'étendre le droit prévu à l'article 20 aux sièges sociaux des offices ou sociétés du gouvernement. En ce qui concerne la notion de "demande importante" qui figure à l'alinéa (1)a), il appartiendra aux tribunaux d'en déterminer la signification et la portée exacte.

"Pouvez-vous préciser la phrase "le siège ou l'administration centrale.?" Le sens du "siège" ne m'est pas inconnu, bien sûr; cependant, lorsqu'on parle d'administration centrale, veut-on dire un bureau régional ou le bureau principal? Est-ce que les deux expressions veulent dire la même chose?

Nous voulions couvrir tous les aspects des services gouvernementaux qui sont offerts.

Par exemple, le ministère des Anciens combattants est le siège d'une institution du gouvernement.

Or, il pourrait également s'agir d'un siège ou administration centrale d'une agence du gouvernement, d'une commission ou d'une société, par exemple.

En fait, nous voulions englober toute agence centrale du gouvernement dans son sens le plus large. Voilà pourquoi nous avons choisi d'utiliser ces deux termes."

(Roger Tassé, sous-ministre de la Justice, le 29 janvier 1981, Fascicule n° 48, p. 84.)

Articles 21 et 22

Il n'y a eu aucune discussion concernant l'interprétation de ces articles (Fascicule n° 48, pages 85 et suivantes).

Articles 23

"(1) Les citoyens canadiens:

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province:

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics."

L'expression "première langue apprise" vise la langue que l'enfant apprend à la maison et non celle qui est parlée à l'école. Les alinéas 3a) et b) visent d'une manière explicite non seulement les établissements

d'enseignement de la minorité linguistique comme tels (bâtiments etc.) mais aussi tout autre genre d'instruction dans la langue de la minorité qui est appropriée compte tenu des circonstances (par exemple l'utilisation de techniques employées par les média modernes comme la télévision ou les bandes vidéo).

"Nous avons eu une longue discussion ici au Comité l'autre jour. Vous vous rappelez l'intervention du sénateur Tremblay sur les termes et le nouveau terme que nous avons choisi, il y avait un doute quant à son interprétation, alors, ce que nous avons fait ici c'est que nous avons retenu le terme "prestations" ce qui veut dire qu'il va permettre d'autres méthodes que d'avoir des écoles. On pourrait avoir la télévision, les cours par correspondance et ces choses-là, mais comme on voulait clarifier, parce qu'on prétendait, en employant ce terme, que les gouvernements provinciaux auraient pu refuser la construction de bâtisses, alors on a ajouté ce qu'il y avait avant, ce qui était, à notre sens, contenu dans le mot "prestations" et maintenant les deux sont couverts.

Alors, c'est une clarification qui n'était peut-être pas nécessaire, peut-être nécessaire, cela avait mené à des doutes dans l'esprit de certains observateurs. Alors, le droit à des établissements est là mais le droit à d'autres méthodes d'éducation en langue minoritaire se trouve là aussi."

(Jean Chrétien, ministre de la Justice, le 29 janvier 1981, Fascicule n° 48, p. 109.)

Il revient aux provinces d'établir des lignes directrices administratives convenables afin de déterminer ce qui constitue la "première langue apprise et encore comprise". Dans certains cas on pourrait avoir recours à des tests linguistiques.

"Monsieur Nystrom, cela s'adresse aux parents. Par exemple, au Québec, ils devront démontrer que la première langue apprise était l'anglais, ou le français s'ils habitent une autre province avant d'être admissibles à ce droit.

Ils devront aussi démontrer qu'ils comprennent toujours cette langue.

Je pense qu'un conseil scolaire ou les autorités scolaires provinciales pourraient établir une démarche administrative visant à faciliter cette procédure. Et les gens auraient ce droit.

En fait, il se peut très bien qu'une province ou un conseil scolaire décide d'appliquer le test stipulé à l'alinéa b). Autrement dit, le fait qu'une personne ait effectué ses études primaires en anglais ou en français pourrait être suffisant pour être admissibles à ce droit, ou une personne ayant vécu dans certaines régions du Canada, en français ou en anglais, à moins que la personne puisse établir le contraire.

Il est possible qu'un jour un citoyen insatisfait conteste la décision des autorités scolaires. Nous pensons qu'après que les gens auront eu l'occasion de présenter leur cas, il y en aura très peu qui seront insatisfaits de la décision et qui la contesteront.

(Roger Tassé, sous-ministre de la Justice, le 29 janvier 1981, Fascicule n° 48, p. 112.)

Article 24

"24.(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice."

L'article 24 n'a pas fait l'objet de discussions importantes devant le comité mixte. Au sujet de l'application de la règle de l'irrecevabilité que prévoit le paragraphe 24(2), M. E.G. Ewaschuk a fait les remarques suivantes devant le comité:

"En fait, ce que cela veut dire, c'est qu'il peut y avoir une violation de la constitution qui n'est pas raisonnable, mais qui n'est pas voulue, où l'intention n'était pas de commettre une action répréhensible. Il existe par contre des actions volontaires et très répréhensibles.

A ce niveau-là, prenons l'exemple d'un agent de police qui a volé l'arme parce qu'il n'a pas obtenu un mandat de perquisition, il pénètre par infraction, il vole l'arme, sur laquelle on effectue des tests de balistique et sur laquelle on relève des empreintes digitales. On découvre en fait qu'il s'agit de l'arme du crime. Le juge devra tenir compte de toutes ces circonstances, de la conduite de l'agent de police, conduite peut-être déraisonnable mais non volontaire. Dans

mon exemple c'était volontaire, mais il s'agissait d'une accusation de meurtre. Le juge tiendra compte de toutes ces circonstances. S'il en vient à la conclusion que l'admission de la preuve jetterait le discrédit sur l'administration de la justice, compte tenu de la gravité de l'accusation, de la gravité de l'écart de conduite du policier, de la façon dont la preuve fut obtenue, ayant établi tout cela, oui, la preuve doit être réfutée."

(E.G. Ewaschuk, directeur, section des modifications au droit pénal, ministère de la Justice, Fascicule n° 48, p. 123.)

En outre, M. Ewaschuk a ajouté:

"Je fais partie d'un groupe de travail qui examine les règles de la preuve. Ce groupe est dirigé par M. Tollefson, du ministère de la Justice. Il me disait que le test tel qu'énoncé par l'ancien juge Black de États-Unis pour l'admissibilité de la preuve me ferait vomir, car elle avait été obtenue d'une manière tellement répréhensible. Je lui ai dit qu'il serait peut-être difficile de mettre cela par écrit, mais il y a des cas où la conduite des policiers est répréhensible, répugnante. Ce que les policiers ont fait dans ces circonstances est un autre aspect de la question, le fait qu'ils enfreignent la Loi permet à un autre contrevenant, à un accusé, d'être libéré. Lorsque cela atteint un certain niveau de gravité il faudrait rejeter la preuve."

(Fascicule n° 48, p. 124)

Articles 25-30

Ces articles n'ont pas vraiment fait l'objet de discussions devant le comité mixte.

Article 31

"La présente charte n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit."

Cet article établit simplement que le gouvernement n'a pas l'intention d'élargir les compétences législatives au niveau fédéral ou au niveau provincial. Par exemple, il a été souligné devant le comité que l'article 23 (droits sur la langue de la minorité) ne doit en aucune circonstance être interprété comme ayant pour effet d'élargir les compétences législatives du Parlement dans le domaine de

l'éducation. Les provinces conservent la compétence législative en matière d'éducation bien qu'il existe des recours devant les tribunaux si les dispositions de l'article 23 ne sont pas respectées. L'article 31 a pour but d'appuyer cette interprétation.

"Monsieur le président, cet article vise à empêcher que le Parlement fédéral ou les assemblées législatives des provinces acquièrent d'autres compétences législatives en vertu de la Charte. A titre d'exemple, prenons l'article 23. S'il est adopté tel quel, il imposera certaines contraintes aux provinces quant à l'exercice de leurs responsabilités et de leurs compétences constitutionnelles en matière d'enseignement. Nous avons donc tenu à établir clairement que cet article n'ajoute rien aux pouvoirs du Parlement en ce domaine et que l'existence de cet article dans la Constitution ne signifie pas non plus que le Parlement fédéral aura compétence pour édicter une loi ou des lois visant sa mise en vigueur.

Monsieur Hnatyshyn, cette disposition cherche donc à faire en sorte que les droits accordés aux citoyens en vertu de l'article 23 ne signifient pas que le Parlement obtient des pouvoirs élargis pour les édicter ou les mettre en vigueur. Par ailleurs, vous avez proposé qu'on ajoute peut-être l'expression "ni ne réduit", mais cela aurait été contraire à l'esprit de la Charte. En effet, une charte ainsi libellée a pour objectif principal de limiter les pouvoirs du Parlement et des assemblées législatives dans l'exercice des compétences que leur accorde ailleurs la Constitution."

(Roger Tassé, sous-ministre de la Justice, le 30 janvier 1981, Fascicule n° 49, p. 27)

Bien que la Charte des droits ait élargi les compétences des tribunaux, il ne faut pas considérer ceux-ci au même titre que des organismes ou des autorités qui exercent des pouvoirs législatifs. Il exercent simplement des pouvoirs judiciaires lorsqu'ils interprètent et appliquent les diverses parties de la Charte.

Article 32

"32.(1) La présente charte s'applique:

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), l'article 15 n'a d'effet que trois ans après l'entrée en vigueur du présent article.

Le présent article établit clairement que la Charte ne s'applique pas aux rapports entre particuliers mais régit seulement les rapports entre l'État et le particulier.

"Monsieur le président, Monsieur Hawkes, essentiellement, le problème se pose comme ceci. Les compagnies d'assurance, lorsqu'elles fixent leurs polices, leurs pensions, etc., ne le font pas parce qu'il y a des lois qui leur disent de le faire de cette façon. Elles établissent des contrats entre elles et des individus qui désirent adhérer à des régimes d'assurance ou à des régimes de pension.

Notre charte, nous en avons parlé hier, ne vise pas la discrimination dans ce que nous appelons le secteur privé; elle pourrait s'appliquer seulement relativement aux lois existantes sur les régimes fédéraux de pension qui se fondent sur l'âge, le sexe ou d'autres motifs, sur des calculs actuariels, pour fixer leurs taux. Il faudrait les examiner afin de voir s'ils utilisent ces motifs de discrimination de façon raisonnable ou justifiée."

(Fred Jordan, conseiller principal, Droit public, le 30 janvier 1981, Fascicule n° 49, p. 47.)

Article 33

Ce dernier article de la Charte des droits a été ajouté lors de la conférence des premiers ministres tenue en novembre 1981 et par conséquent n'a pas été étudié par la comité mixte.

NOTE DE SERVICE

1e 28 avril 1982

À: Tous les avocats
DE: Le sous-ministre
OBJET: Intervention dans les affaires constitutionnelles

Le comité exécutif s'est penché récemment sur la question des interventions du procureur général du Canada dans les affaires constitutionnelles, compte tenu tout particulièrement de la nécessité d'établir une politique pour les affaires relatives à la Charte canadienne des droits et libertés. Il a été jugé qu'il serait plus facile d'établir des lignes directrices précises une fois qu'aura été acquise une certaine expérience pratique avec la Charte, et qu'entre-temps, on se contenterait de poser certains grands principes qui aideront à la prise de décisions à court terme et assureront qu'une consultation adéquate avec le personnel responsable de l'administration centrale a lieu. Par conséquent, la procédure suivante devra être observée dans toutes les affaires où s'élève une question constitutionnelle, c'est-à-dire lorsqu'il est soutenu qu'un texte législatif est inconstitutionnel ou qu'un acte ou un texte du gouvernement viole la Charte des droits.

L'avocat chargé de l'affaire devra faire connaître les faits et ses recommandations à son directeur ou surveillant. Dans les affaires mettant en cause la Charte, le surveillant verra à ce que Graham Garton, le coordonnateur du contentieux de la Charte des droits à l'administration centrale, soit informé de toute affaire relative à la Charte. M. Garton veillera à ce que les fonctionnaires supérieurs concernés soient saisis de l'affaire et à ce que des instructions soient données et transmises. La décision sera normalement prise par le sous-procureur général adjoint responsable, après consultation de la Section des droits de la personne. Les affaires ne mettant pas la Charte en cause seront déferées au sous-ministre associé concerné, pour qu'il prenne une décision après consultation de la Section du droit constitutionnel et international. À moins de ne disposer que de très peu de temps, la notification de l'administration centrale et la réponse de cette dernière se feront normalement par écrit. Dans tous les cas, il devra cependant y avoir au moins notification par téléphone.

Cette façon de procéder est fondée avant tout sur la souplesse. Il se peut fort bien que le surveillant, après avoir appliqué des critères tels que ceux énoncés dans l'annexe des présentes, en arrive à la conclusion qu'il n'y a pas lieu d'intervenir. Au début tout au moins, compte tenu de la nouveauté et de l'importance des questions relatives à la Charte, de tels cas risquent d'être relativement rares. La règle première serait donc, en cas de doute, d'opter pour la prudence et de consulter l'administration centrale comme il est dit ci-dessus.

Bien qu'il ne soit guère possible d'établir des règles simples et précises, on peut cependant énoncer certaines grandes directives susceptibles d'aider à trancher la question de savoir si le procureur général du Canada devrait intervenir dans un cas donné. Ces directives pourraient se réduire à ceci:

Lorsque la législation fédérale est attaquée:

1. Qu'il s'agisse d'affaires mettant ou non en cause la Charte, le procureur général du Canada interviendra, règle générale, devant la Cour suprême du Canada, devant les cours d'appel provinciales et devant la Cour d'appel fédérale. Les interventions devant toute autre juridiction se feront sur une base sélective.
2. Dans les affaires mettant en cause la Charte (autres que les contestations visant le Code criminel), il devrait toujours y avoir intervention en première instance, surtout à cause de la nécessité de produire des preuves.
3. Dans les affaires mettant en cause la Charte et comportant contestation du Code criminel, il ne devrait y avoir intervention que dans les cas exceptionnels.

Lorsque la législation provinciale est attaquée:

1. Dans les affaires mettant en cause la Charte, règle générale, le procureur général du Canada interviendra devant la Cour suprême du Canada et devant les cours d'appel provinciales. Dans certaines circonstances, il n'y aura cependant peut-être pas lieu d'intervenir. Devant les autres juridictions, il n'y aura intervention que dans les cas exceptionnels.
2. Dans les affaires mettant en cause la Charte, une intervention pourra être envisagée lorsque l'issue du litige présente pour le gouvernement fédéral un intérêt juridique ou de principe. Dans chaque cas, il ne sera pris de décision qu'après examen approfondi du dossier.

Lorsque des actions du gouvernement sont attaquées:

1. Dans les affaires où le gouvernement fédéral, ses préposés ou organismes sont en cause et où le procureur général n'est pas déjà partie ou en cause pour le gouvernement, ses préposés ou organismes, les points suivants sont à considérer:
 - a) il y a peut-être lieu d'intervenir afin d'établir le caractère raisonnable des actes intervenus;
 - b) un ministère-client peut avoir intérêt à faire valoir son point de vue dans une affaire mettant en cause une politique ou un programme d'un organisme qui n'est pas représenté par le procureur général.

2. Dans les affaires mettant en cause des actes d'un gouvernement provincial ou de ses préposés, il n'y aura intervention que dans les cas exceptionnels, lorsque la solution du litige risque d'avoir des conséquences au niveau fédéral.

Roger Tassé

Pièces jointes

ANNEXE

Facteurs à considérer pour décider s'il y a lieu d'intervenir

1. Niveau de juridiction: L'intérêt et les risques croissent à mesure qu'on s'élève dans l'échelle des juridictions. Il ne s'agira cependant peut-être pas là d'un facteur déterminant dans les affaires relatives à la Charte, compte tenu de la nécessité de produire des preuves.
2. Incertitude entourant la question juridique, constitutionnelle ou relative à la Charte. Ainsi, si la question est claire, il importe moins d'intervenir.
3. Opportunité de faire reposer sur un particulier tout le fardeau de la défense d'une question en première instance et en appel: ex. les affaires Blaikie et Forest.
4. Risque pour la compétence fédérale et son étendue: ex. Hauser, Quebec North Shore.
5. Importance du programme ou de l'acte fédéral en cause: ex. Bliss.
6. Importance sociale ou pratique de la législation attaquée: ex. Tomko, Murdoch, Papp.
7. Rapport avec les priorités du gouvernement: ex. NAS, litiges relatifs à l'énergie de l'Alberta.
8. Conséquences pour les relations fédérales-provinciales: Voir Détroit de Georgie - il pourrait même y avoir intervention lorsque cela ne sera pas strictement nécessaire (ce qui n'est pas le cas dans Détroit de Georgie) et lorsque l'intervention risque de susciter des tensions (comme cela s'est produit dans Détroit de Georgie).
9. Nouveauté de la question juridique soulevée: ex. Bhadoria.

10. Importance des droits et libertés en jeu, tout au moins lors des premiers temps de l'élaboration des principes de la Charte: Une ancienne question de preuve devenue un droit protégé par la Charte (ex. les saisies abusives) nous intéressera sans doute moins qu'un cas de discrimination fondée sur le sexe ou l'origine. À supposer que les deux affaires soient menées par le procureur général provincial, la première pourrait mettre en cause des pratiques policières qu'il serait possible de modifier, et la province défendra alors vigoureusement ses pratiques, alors que la seconde pourrait amener les provinces à adopter une position incompatible avec ce que le fédéral considère comme une juste interprétation des principes de la Charte.
11. Possibilité que la solution qui sera donnée au litige soit appliquée ou étendue aux pratiques, programmes et législations du fédéral non directement concernés: ex. Tomko.
12. Affaires où nous n'avons peut-être pas un intérêt direct à intervenir, mais où toutes les questions en jeu ne seront pas soulevées compte tenu des positions des parties: ex. rôle d'*amicus curiae*.



LOWE-MARTIN



82-856



LOWE-MARTIN

82-856