

Les arrêts *Kang-Brown* et *A.M.* : vers un élargissement de la portée des notions de fouille et de perquisition, associé à un assouplissement du critère de raisonnabilité ?

Gilles Laporte*

Résumé	201
Introduction	203
1. La portée expansive des notions de fouille, de perquisition et de saisie	204
1.1 Une garantie assortie d'une autolimitation	204
1.2 À quels procédés la garantie de l'article 8 est-elle théoriquement applicable ?	206
2. Les lacunes de l'approche dominante du « tout ou rien » et les avantages d'une approche plus nuancée	210
2.1 La difficulté de déterminer si une technique d'enquête ou de surveillance policière est assimilable à une fouille ou perquisition.	210

* LL.M., avocat et chef d'équipe (droits et libertés) à la Direction du droit public du ministère de la Justice du Québec. M^e Laporte a représenté le Procureur général du Québec dans les affaires *Kang-Brown* et *A.M.* ainsi que dans plusieurs autres dossiers constitutionnels devant la Cour suprême du Canada auxquels le présent texte fait référence. Les opinions exprimées dans le présent texte n'engagent que son auteur et ne représentent pas nécessairement celles du Procureur général du Québec.

2.2	L'approche du « tout ou rien » nuit à l'application efficace de la loi et à la protection du droit à la vie privée.	212
2.3	Les avantages d'une approche plus nuancée face aux techniques modernes d'enquête et de surveillance policière	216
3.	L'analyse des arrêts <i>Kang-Brown</i> et <i>A.M.</i>	217
3.1	Bref rappel des faits	217
3.1.1	<i>Kang-Brown</i>	217
3.1.2	<i>A.M.</i>	218
3.2	La position des parties et des intervenants	219
3.3	L'utilisation d'un chien renifleur est assimilable à une fouille au sens de l'article 8 de la <i>Charte canadienne</i> .	220
3.4	Cette fouille est autorisée par la common law	221
3.5	Cette fouille peut se fonder sur la norme intermédiaire des soupçons raisonnables	223
3.6	Un mandat n'a pas à être obtenu	226
3.7	En l'espèce, les fouilles sont abusives en l'absence des soupçons ou des motifs requis	227
3.8	La preuve obtenue est exclue en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte	227
4.	Impact potentiel des arrêts <i>Kang-Brown</i> et <i>A.M.</i> sur les techniques d'enquête policière	228
4.1	Des chiens renifleurs mieux contrôlés	228
4.2	Une portée généreuse pour les concepts de fouille et de perquisition	229
4.3	L'assouplissement du critère de raisonabilité	229
	Conclusion	231
	Annexe : Tableaux synthèse des arrêts <i>Kang-Brown</i> et <i>A.M.</i> . .	232

RÉSUMÉ

Au cours des 25 dernières années, la Cour suprême du Canada a donné une portée expansive aux concepts de fouille et de perquisition, allant bien au-delà des notions traditionnelles. La Cour a toutefois généralement exigé qu'une fouille ou perquisition soit habilitée par une législation et, en matière d'enquête, respecte les règles du « mandat » et des « motifs raisonnables ».

L'auteur fait ressortir les lacunes d'une telle approche face aux techniques modernes d'enquête et propose une approche plus nuancée en vertu de laquelle la protection constitutionnelle doit être adaptée au caractère envahissant de la technique utilisée. Il ressort d'une analyse approfondie des arrêts *Kang-Brown* et *A.M.*, portant sur l'utilisation d'un chien détecteur de drogue, qu'une majorité des juges de la Cour est maintenant favorable à ce type d'approche plus souple. Cela devrait conduire à une meilleure protection de la vie privée sans indûment nuire à l'application de la loi.

Introduction

La Cour suprême a-t-elle découvert la véritable portée de la protection constitutionnelle contre les fouilles et les perquisitions abusives grâce aux chiens renifleurs ? Chose certaine, les arrêts *Kang-Brown* et *A.M.*, malgré les turbulences qu'ils peuvent créer, constituent un développement fort prometteur pour favoriser un encadrement réaliste des techniques modernes d'enquête¹.

À la base, ces affaires exigeaient essentiellement que la Cour détermine si l'utilisation d'un chien renifleur dans le cadre d'une enquête criminelle de routine était assimilable à une fouille ou une perquisition au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*². Toutefois, la Cour semble avoir profité de l'occasion pour mieux adapter cette garantie constitutionnelle aux réalités actuelles de l'application de la loi. Ceci ne s'est pas produit dans l'harmonie et il en résulte quatre opinions fort différentes totalisant plus de 200 pages dans les recueils de la Cour suprême.

Une analyse rigoureuse de ces arrêts de principe exige d'abord une mise en contexte concernant la portée au sens constitutionnel des notions de fouille, de perquisition et de saisie.

Deuxièmement, nous proposons une réflexion sur la protection constitutionnelle requise face aux diverses méthodes d'enquête pour éviter que la « fouille » ou la « perquisition » ne devienne « abusive ». Il s'agira essentiellement d'opposer l'approche prédominante du « tout ou rien » à une approche plus nuancée.

Par la suite viendra l'analyse des différentes opinions émises dans les arrêts *Kang-Brown* et *A.M.* et de ce qui constitue le point de vue d'une majorité de juges sur chacun des aspects de ces décisions.

1. *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456 ; *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569.
2. La *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après : la *Charte canadienne*) est contenue dans la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11 ; L.R.C. (1985), app. II, n° 44.

Enfin, nous tenterons d'évaluer l'impact de ces arrêts non seulement en ce qui concerne l'utilisation des chiens renifleurs dans différentes situations mais également relativement à l'utilisation de diverses techniques d'enquête et de surveillance.

1. La portée expansive des notions de fouille, de perquisition et de saisie

1.1 Une garantie assortie d'une autolimitation

L'analyse requise par l'article 8 de la *Charte canadienne* comporte deux étapes³. Il faut d'abord déterminer si un procédé peut être assimilé à une fouille, une perquisition ou une saisie. Si c'est le cas, il faut évaluer dans quelle mesure l'utilisation de ce procédé est raisonnable ou abusive.

La détermination du caractère abusif ou non d'une intrusion s'effectue par une évaluation relative des intérêts de l'État et de l'individu dans un contexte donné. L'opération consiste à soupeser le besoin gouvernemental pour l'obtention d'informations avec le degré d'atteinte au droit à la vie privée qui en découle. Cette méthode permet de déterminer à partir de quand l'utilisation d'un procédé est acceptable et à quelles conditions. La Cour suprême a indiqué dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* que, à première vue, une fouille, perquisition ou saisie doit préalablement être autorisée par un arbitre impartial et être fondée sur l'existence de motifs raisonnables qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve de cette infraction se trouvent à un endroit particulier. Elle a précisé que ces exigences pourraient être différentes selon le contexte d'une affaire mais a ajouté, dans l'arrêt *Simmons*, que les dérogations à ces critères qui seront jugées raisonnables sont « extrêmement rares »⁴.

Cette opération de « mise en balance » rend pratiquement superflue l'application de l'article premier de la *Charte canadienne*. Il

3. L'article 8 de la *Charte canadienne* énonce en français : « Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » et en anglais : « Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure ». L'expression « search » couvre les concepts de fouille et de perquisition. La fouille vise la personne (son corps, ses vêtements ou ses bagages) alors que la perquisition vise plutôt un lieu. Voir *Comité paritaire de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 401, 440-441.

4. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 159-168 ; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, 523-529.

apparaît en effet redondant de refaire une seconde analyse de proportionnalité⁵. D'ailleurs, aucun arrêt de la Cour suprême n'a justifié en vertu de l'article premier une atteinte à la garantie prévue à l'article 8.

Par ailleurs, pour qu'une fouille, une perquisition ou une saisie ne soit pas abusive, elle doit satisfaire à trois exigences⁶.

Premièrement, elle doit être autorisée par la loi (législation ou common law).

Une intrusion peut être autorisée expressément par la loi ou découler nécessairement de ses conditions d'application. La Cour semble davantage ouverte à une autorisation implicite lorsque les attentes de vie privée sont réduites⁷.

Dans l'arrêt *Wong*, le juge La Forest a mentionné que les pouvoirs policiers découlant de la common law en matière de fouille, perquisition ou saisie étaient pratiquement inexistantes, sous réserve du pouvoir de fouille accessoire à une arrestation⁸. Depuis, la Cour a toutefois reconnu un pouvoir de fouille lors d'une détention aux fins d'enquête et confirmé l'existence de la règle permettant la saisie de la preuve d'une infraction lorsque celle-ci est bien en vue⁹.

Deuxièmement, la loi elle-même ne doit rien avoir d'abusif. Elle doit ainsi être bien circonscrite.

Troisièmement, la fouille, la perquisition ou la saisie ne doit pas avoir été effectuée d'une manière abusive. Essentiellement, le pouvoir conféré ne doit pas avoir été, dans les faits, utilisé abusivement.

5. *Société-Radio Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, 433. Le juge La Forest s'exprime ainsi : « De toute façon, je ne suis pas certain que la question de savoir si une fouille ou perquisition constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier diffère vraiment de la question de savoir si une fouille ou perquisition est abusive en vertu de l'art. 8 ».

6. *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, 278. Cet énoncé a été réitéré plus d'une vingtaine de fois : voir notamment *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10-12.

7. *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 51 et 54.

8. *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, 54 et 56-57.

9. *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59 ; *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725 ; *R. c. Fitt* ; *R. c. Kouyas*, [1996] 1 R.C.S. 70.

1.2 À quels procédés la garantie de l'article 8 est-elle théoriquement applicable ?

Dans l'arrêt *Southam Inc.*, la Cour suprême a indiqué que l'article 8 de la *Charte canadienne* protège « un certain droit à la vie privée » mais n'offre pas une protection générale du droit au respect de la vie privée¹⁰. L'idée d'inclure un droit autonome à la vie privée a été proposée en 1979 et 1981 mais a été rejetée par le constituant¹¹. Ainsi, on ne peut assimiler à une fouille ou une perquisition une législation qui interdirait tout moyen contraceptif ou encore limiterait le nombre d'enfants dans une famille. Il est cependant évident que ce type d'interdiction enfreindrait le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹² et pourrait contrevenir à l'article 7 de la *Charte canadienne*.

L'article 8 doit toutefois être interprété d'une manière libérale à la lumière de son objet, qui dépasse la protection des intérêts en matière de propriété, pour protéger des intérêts en matière de vie privée. Ceux-ci peuvent avoir trait à la personne, aux lieux et à l'information¹³.

La Cour suprême n'a jamais tenté de cerner précisément la portée de l'article 8 de la *Charte canadienne*. Même si l'exercice est périlleux, nous croyons utile de proposer une définition qui synthétise la jurisprudence canadienne sur le sujet. À notre avis, il est possible d'assimiler à une fouille, perquisition ou saisie :

- une ingérence gouvernementale non consensuelle
 - qui viole une attente raisonnable de vie privée
- et
- qui a pour but d'obtenir des informations et/ou de s'appropriier des choses dans le contexte d'une enquête¹⁴.

10. *Hunter c. Southam Inc.*, précité, note 4, p. 159-160.

11. Anne F. BAYEFISKY, *Canada's Constitution Act 1982 and Amendments: A Documentary History*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, p. 669, 674 et 709.

12. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

13. *Hunter c. Southam Inc.*, précité, note 4, p. 156-160 ; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, 428-429.

14. Gilles LAPORTE, *Les fouilles et les perquisitions administratives sous le régime des chartes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 24-29 ; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708. par. 50-54.

Essentiellement, la jurisprudence canadienne porte sur l'élément « attente raisonnable de vie privée ». La Cour suprême a eu recours à deux méthodes pour déterminer s'il y avait violation d'une attente raisonnable de vie privée.

Dans plusieurs arrêts, elle privilégie une approche empirique. La Cour examine l'ensemble des circonstances en s'attardant particulièrement sur l'attente subjective en matière de vie privée (aux yeux de la personne concernée) et le caractère raisonnable de cette attente sur le plan objectif (aux yeux de la personne raisonnable)¹⁵. Cette méthode est particulièrement efficace pour régler des cas assez clairs. Ainsi, si une personne abandonne un objet dans un endroit public, il n'y a pas de violation d'une attente raisonnable de vie privée si l'État se l'approprie. Elle a toutefois la faiblesse de pouvoir être manipulée par un gouvernement et de conduire parfois à un résultat absurde. Ainsi, si l'État annonçait qu'il y aura lecture systématique de tout le courrier postal, il pourrait anéantir les attentes subjectives de vie privée.

En outre, dans l'arrêt *Colarusso*, M. le juge La Forest a précisé que le « besoin de voir respecter sa vie privée peut varier selon la nature de ce qu'on veut protéger, les circonstances de l'ingérence de l'État et l'endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l'ingérence »¹⁶.

Dans d'autres jugements, la Cour a plutôt recours à une approche normative basée sur des valeurs. Elle se demande alors « si, en vertu des normes applicables au respect de la vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique, les agents de l'État devaient se conformer aux exigences de la Charte au moment de commettre l'intrusion en cause »¹⁷. Cette approche a l'inconvénient d'être très théorique mais a l'avantage de pallier les faiblesses occasionnelles de l'approche empirique. Les deux méthodes conservent donc leur utilité et aucune n'est déterminante¹⁸.

15. G. LAPORTE, *op. cit.*, note 14, p. 13-20 ; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, 144-145.

16. *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, 53.

17. *R. c. Wong*, précité, note 8, p. 45-46. La question peut également être formulée de la façon suivante : si une forme de surveillance de l'État peut se dérouler sans contrôle de sa constitutionnalité, cela va-t-il diminuer la vie privée d'une manière incompatible avec les valeurs d'une société libre et ouverte ?

18. *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 42 ; James A.Q. STRINGHAM, « Reasonable Expectations Reconsidered : A Return to the Search for a Normative Core for Section 8 ? », (2005) *C.R.* 245, 248-251 et 259-260.

De manière plus concrète, un bilan de la jurisprudence de la Cour suprême des 25 dernières années démontre que la Cour a donné une grande expansion aux concepts de fouille, de perquisition ou de saisie, allant bien au-delà des notions traditionnelles.

La Cour suprême a assimilé à une fouille ou perquisition (« search ») :

- l'installation d'un dispositif de localisation et la surveillance policière des déplacements d'un véhicule¹⁹ ;
- l'accès au lieu de travail dans le cadre d'une inspection²⁰ ;
- l'approche de l'entrée d'une résidence par un policier à la recherche d'une odeur de marijuana²¹.

Elle a également conclu à une fouille, perquisition ou saisie (« search or seizure ») dans les situations suivantes :

- la surveillance électronique clandestine audio et vidéo par l'État²² ;
- la prise d'empreintes digitales à la suite d'une arrestation illégale²³ ;
- la prise d'un échantillon d'haleine²⁴ ;
- le prélèvement illégal d'un échantillon sanguin d'un patient ou l'obtention de renseignements médicaux sans le consentement de l'individu²⁵ ;
- la détention par des agents des douanes en attendant l'évacuation des drogues²⁶.

19. *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, 533 et 538.

20. *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, précité, note 3, p. 438-441.

21. *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11.

22. *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, 57 ; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, 1136-1137 ; *R. c. Wong*, précité, note 8, p. 43-44.

23. *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 60.

24. *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, 286-287.

25. *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, 948 (le prélèvement illégal de sang à la demande de la police et sans le consentement de l'individu) ; *R. c. Dersh*, [1993] 3 R.C.S. 768, 777-778 (l'obtention par les policiers de renseignements médicaux).

26. *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, par. 29.

La Cour a enfin assimilé les procédés suivants à une saisie :

- la demande de production de documents imposée par l'État dans un contexte de réglementation²⁷ ;
- l'appropriation par un pouvoir public de documents à l'aide d'un *subpœna duces tecum*²⁸ ;
- l'ordonnance de blocage en matière criminelle²⁹ ;
- la prise de possession par la police d'un échantillon sanguin d'un patient en l'absence de son consentement³⁰ ;
- le pouvoir de faire des copies de documents dans le contexte d'une inspection³¹.

Cette expansion des notions de fouille, de perquisition et de saisie est évidemment loin d'être terminée puisque, comme M. le juge LeBel le soulignait dans l'arrêt *Laroche*, « [...] la jurisprudence [...] n'a pas épuisé à ce jour toute la richesse des notions de saisie et de perquisition, et encore moins exploré la diversité des situations de fait et de droit dans lesquelles elles trouveront application »³².

Cette évolution continuelle de la portée de l'article 8 a eu et ne peut qu'avoir une influence sur les conditions à respecter pour que l'utilisation d'un procédé soit jugée raisonnable.

Les règles concernant l'obtention d'un mandat et l'existence de motifs raisonnables de croire à la perpétration d'une infraction sont sans doute appropriées dans le contexte de perquisitions traditionnelles en matière criminelle mais sont-elle adaptées à toutes les méthodes d'enquête policière qui pourraient être assimilées à des fouilles, perquisitions ou saisies ? N'y a-t-il pas d'autres moyens plus appropriés de trouver un équilibre adéquat entre le besoin gouvernemental pour l'obtention de renseignements et le degré d'atteinte au droit à la vie privée qui découle d'une intrusion ?

27. *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, 640-642.

28. *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Direction des enquêtes et recherches)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 493.

29. *Québec (Procureur général) c. Laroche*, précité, note 14, par. 50-54.

30. *R. c. Dymont*, précité, note 13, p. 426.

31. *Comité paritaire de la chemise c. Potash*, précité, note 3, p. 438-441.

32. *Québec (Procureur général) c. Laroche*, précité, note 14, par. 51.

2. Les lacunes de l'approche dominante du « tout ou rien » et les avantages d'une approche plus nuancée

2.1 *La difficulté de déterminer si une technique d'enquête ou de surveillance policière est assimilable à une fouille ou perquisition*

Le développement de nouvelles techniques pour faciliter les enquêtes et la surveillance policière soulève, avec raison, des préoccupations sérieuses quant à l'impact qu'elles pourraient avoir sur le droit au respect de la vie privée. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Tessling*, il est toutefois impossible d'établir un « catalogue judiciaire » de ce qui est ou n'est pas permis. Il faut plutôt, dans chaque cas, tenir compte de « l'ensemble des circonstances » en insistant sur l'importance qu'il existe une attente subjective en matière de vie privée, et sur le caractère raisonnable de cette attente sur le plan objectif sans exclure la possibilité d'utiliser, au besoin, une approche normative³³.

La difficulté principale à cet égard est qu'il est souvent difficile de fixer la limite du caractère raisonnable des attentes face à de nouvelles méthodes d'enquête qui touchent principalement à l'aspect informationnel du droit à la vie privée plutôt que territorial, ce qui crée inévitablement une grande insécurité juridique.

Les policiers ont évidemment toujours recours aux perquisitions traditionnelles dans les résidences et les commerces mais utilisent également une foule de nouvelles techniques d'enquête et de surveillance moins intrusives dans la vie privée qui pourraient ou non être assimilées à des fouilles ou perquisitions au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne*.

Ainsi, l'utilisation d'un dispositif d'imagerie thermique permettant de connaître la chaleur qui se dégage d'une habitation (la technique « FLIR ») était perçue par plusieurs comme une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée d'une personne en raison des jugements de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Tessling* et de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Kyllo*, avant que ne soit rendu le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Tessling*³⁴. De même, les jugements contradictoires de la Cour d'appel de l'Alberta

33. *R. c. Tessling*, précité, note 18, par. 19 et 42.

34. *R. c. Tessling*, (2003) 9 C.R. (6th) 36 (C.A. Ont.), inf. par précité, note 17 ; *Kyllo c. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

et de l'Ontario en ce qui concerne l'utilisation de chiens détecteurs de drogue ne permettraient guère d'avoir l'assurance d'aviser adéquatement les policiers sur la légalité de cette méthode courante d'enquête³⁵.

La même incertitude existe actuellement pour une foule d'autres procédés. Qu'en est-il de diverses techniques qui permettent d'améliorer la vision ou l'ouïe (vision de nuit à infra-rouge, vol à basse altitude, « scanner » corporel, vision à l'aide d'un télescope ou d'un satellite, etc.)³⁶ ou d'accentuer l'odorat (appareil détecteur d'alcool passif permettant la détection d'odeurs d'alcool dans un véhicule ou d'autres types d'appareils destinés à détecter des odeurs d'explosifs ou de diverses drogues)³⁷ ? Y a-t-il « fouille » au sens de l'article 8 lorsqu'un policier examine le contenu des ordures ménagères qui ont été déposées près de la voie publique pour être récupérées par les éboueurs ? La Cour suprême est d'ailleurs présentement saisie de cette problématique³⁸. Qu'en est-il de la filature vidéo, de la surveillance vidéo générale et continue de divers endroits publics ou encore des dispositifs de reconnaissance faciale³⁹ ? Toutes ces questions peuvent donner lieu à controverse et risquent éventuellement d'être tranchées par les tribunaux d'appel.

Cette incertitude est peut-être en partie inévitable mais elle peut nuire considérablement à l'application efficace de la loi. En effet, si un tribunal, qui assimile un de ces procédés à une fouille ou

35. *R. c. Kang-Brown*, (2006) 39 C.R. (6th) 282 (C.A. Alta) (pas assimilable à une « search ») ; *R. c. A.M.*, [2006] O.J. No. 1663 (C.A. Ont.) (assimilable à une « search »).

36. Wayne R. LAFAVE, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 1, 2004, p. 460-494 ; *R. c. Poncelet*, [2008] S.J. No. 222 (Q.B. Sask.).

37. W.R. LAFAVE, précité, note 36, p. 543-553.

38. *Patrick c. La Reine*, C.S.C. 32354 (en délibéré) ; *California c. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988) (pas assimilable à une « search ») ; *Litchfield c. State* (Ind., 2005), 824 N.E. 2d 356 (assimilable à une « search » au sens de la Constitution de l'État mais n'exige que des soupçons raisonnables) ; *State of Montana c. A Blue Color 1993 Chevrolet Pickup*, 2005 MT 180 (assimilable à une « search » au sens de la Constitution de l'État mais n'exige que des soupçons raisonnables) ; Christopher SLOBOGIN, *Privacy at Risk – The New Government Surveillance and the Fourth Amendment*, Chicago, University of Chicago Press, 2007, p. 34 et 111-112.

39. Commissaire à la protection de la vie privée, Opinion du juge Gérard La Forest (5 avril 2002), en ligne : <www.privcom.gc.ca/media/nr-c/opinion_020410_f.asp> ; Derek LAI, « Public Video Surveillance by the State : Policy, Privacy Legislation, and the Charter », (2007) 45 *Alta. L. Rev.* 43-77 ; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Bridgestone / Firestone de Joliette (C.S.N.) c. Trudeau*, [1999] R.J.Q. 2229 (C.A.Q.) ; C. SLOBOGIN, *op. cit.*, note 38, p. 79-98 et 112-136 ; W.R. LAFAVE, *op. cit.*, note 36, p. 782-784.

perquisition, se croit dans l'obligation d'exiger systématiquement l'obtention d'une autorisation préalable d'un arbitre impartial et la présence de motifs raisonnables de croire à la perpétration d'une infraction, il mettra pratiquement fin à l'utilisation de cette technique puisque, en général, elle vise justement l'obtention de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Il ne restera aux policiers qu'à espérer qu'éventuellement la Cour suprême juge que le procédé ne peut être qualifié de « fouille » ou de « perquisition », ce qui est souvent difficile à prévoir.

2.2 L'approche du « tout ou rien » nuit à l'application efficace de la loi et à la protection du droit à la vie privée

L'arrêt *Southam Inc.* est et demeurera la première référence pour bien comprendre toute l'importance de la garantie contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Il faut cependant se rappeler qu'il portait sur une entrée dans un bureau d'un journal aux fins d'obtenir des preuves pertinentes à une enquête menée en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*⁴⁰. C'est dans ce contexte d'une perquisition envahissante et correspondant au sens traditionnel du terme que le juge Dickson a indiqué sa préférence pour le « mandat » et les « motifs raisonnables ».

Force est de constater que l'importante expansion que la Cour a donnée par la suite aux termes « fouilles », « perquisition » et « saisie » a rendu inexacte l'affirmation que les dérogations à ces deux critères qui seront jugées raisonnables seront « extrêmement rares »⁴¹.

Ainsi, les interventions les plus courantes de l'État dans la vie privée des individus se font par le biais d'inspections, de demandes de documents ou encore de contrôles de sécurité. Ce type d'ingérence gouvernementale à des fins administratives est généralement assimilable à une perquisition ou une saisie au sens constitutionnel mais ne requiert pourtant ni « mandat », ni « motifs raisonnables »⁴².

40. S.R.C. 1970, c. 23 ; *Hunter c. Southam Inc.*, précité, note 4, p. 148-150.

41. *R. c. Simmons*, précité, note 4, p. 527.

42. Voir, par exemple, *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, précité, note 3, p. 419, 421, 424 et 450. Dans cette affaire, la Cour a jugé raisonnable un pouvoir d'inspection permettant l'accès au lieu de travail des salariés et employeurs, même si celui-ci se situe dans une demeure. Voir également *R. c. M. (M.R.)*, précité, note 7, p. 422, qui précise qu'un enseignant n'a pas à obtenir un mandat pour fouiller un élève.

Jusqu'aux arrêts *Kang-Brown* et *A.M.*, les tribunaux sont toutefois demeurés très hésitants à déroger à ces deux critères dans le contexte d'une enquête criminelle ou pénale. Face aux nouvelles techniques d'enquête policière, les tribunaux inférieurs ont systématiquement imposé les règles propres aux perquisitions traditionnelles dans les commerces ou les demeures dès qu'une technique est assimilée à une « perquisition ».

Ainsi, la juge Abella, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a décidé dans l'affaire *Tessling* que l'utilisation par les policiers du dispositif « FLIR » violait les attentes raisonnables de vie privée des occupants d'une demeure et conclu qu'elle requérait donc l'obtention préalable d'un « mandat » et la présence de « motifs raisonnables »⁴³. Elle souscrivait ainsi à l'opinion majoritaire (5/4) de la Cour suprême des États-Unis dans une affaire semblable⁴⁴. Par la suite, la Cour suprême a infirmé le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario et jugé, comme les juges dissidents américains, que l'utilisation de l'appareil « FLIR » ne violait pas d'attentes raisonnables de vie privée⁴⁵. Il peut donc maintenant être employé à l'entière discrétion des policiers.

De même, des tribunaux canadiens de différentes provinces ont jugé que l'installation sur un poteau de ligne électrique d'un ampère-mètre enregistreur pour mesurer la consommation d'électricité d'une résidence à des intervalles d'environ 5 à 7 minutes était assimilable à une perquisition et exigeait donc un « mandat » et des « motifs raisonnables »⁴⁶. Récemment, la Cour d'appel de la Saskatchewan a cependant conclu que ce procédé n'était pas visé à l'article 8 de la *Charte canadienne*⁴⁷. Les policiers peuvent donc l'utiliser à leur guise dans cette province.

Enfin, concernant les chiens détecteurs de drogue, la Cour d'appel de l'Alberta avait d'abord jugé dans l'affaire *Lam* que leur utilisation violait des attentes raisonnables de vie privée et requérait donc un « mandat » et des « motifs raisonnables »⁴⁸. Toutefois, dans l'affaire *Kang-Brown*, une majorité de cette même Cour d'appel considéra, à la lumière des motifs de l'arrêt *Tessling*, qu'il n'y avait pas

43. *R. c. Tessling*, précité, note 34.

44. *Kyllo c. United States*, précité, note 34.

45. *R. c. Tessling*, précité, note 18.

46. *R. c. Le*, [2005] A.J. No. 338 (C.P. Alta.); *R. c. Ly*, [2005] A.J. No. 304 (C.P. Alta.); *R. c. Cheung*, [2005] S.J. No. 474 (Q.B. Sask.); *R. c. Nguyen*, [2005] A.J. No. 1806 (Q.B. Alta.).

47. *R. c. Cheung*, 2007 SKCA 51, par. 23 (C.A. Sask.); voir également *R. c. Tran*, [2007] A.J. No. 419, par. 52 (C.P. Alta.).

48. *R. c. Lam*, (2003) 178 C.C.C. (3d) 59, 76-77 (C.A. Alta.).

« perquisition » et donc que les policiers pouvaient utiliser les chiens à leur discrétion⁴⁹. Ce point de vue n'était pas partagé par la Cour d'appel de l'Ontario qui jugea dans l'affaire *A.M.* qu'il y avait là « perquisition » et donc nécessité d'obtenir un « mandat » et de respecter la règle des « motifs raisonnables »⁵⁰. Notons qu'aux États-Unis, la Cour suprême a déterminé, à la majorité, que l'usage d'un chien détecteur de drogue n'est pas assimilable à une perquisition au sens du Quatrième amendement⁵¹.

À notre avis, une telle approche du « tout ou rien » face aux nouvelles techniques d'enquête et de surveillance policière risque de nuire à la fois à l'application efficace de la loi et à la protection du droit au respect de la vie privée. Ainsi, imposer les règles du mandat et les motifs raisonnables pour de tels outils d'enquête, c'est généralement mettre un terme à leur utilisation puisqu'ils visent justement à obtenir les motifs raisonnables requis pour perquisitionner ou effectuer une arrestation. L'application efficace de la loi s'en trouve donc gravement compromise. Par ailleurs, il y a également un sérieux risque que, pour éviter un tel résultat, un tribunal soit porté à juger qu'une technique n'est pas assimilable à une fouille ou perquisition, même si elle soulève certaines préoccupations en matière de vie privée. C'est alors le droit au respect de la vie privée qui se trouve menacé puisque ce procédé pourra être utilisé sans aucune forme de contrôle.

Ces mêmes lacunes découlant de l'approche du « tout ou rien » ressortent également de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis dans ce domaine. Ainsi, les motifs de la majorité dans l'affaire *Kyllo* ont rendu sans intérêt l'utilisation de l'appareil « FLIR » à l'égard d'une demeure en imposant les règles du mandat et des motifs raisonnables⁵².

L'origine de cette difficulté est évidemment le texte même du Quatrième amendement qui prévoit spécifiquement les exigences du mandat et des motifs raisonnables, mais également de l'interprétation qu'on en a faite par la suite⁵³.

49. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 35.

50. *R. c. A.M.*, précité, note 35.

51. *U.S. c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005), p. 408-410 ; *U.S. c. Place*, 462 U.S. 696 (1983), p. 707.

52. *Kyllo c. United States*, précité, note 34.

53. Le Quatrième amendement de la Constitution américaine énonce : « The right of people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. »

La conséquence de l'adoption d'une telle approche stricte est l'imprévisibilité des jugements, la création d'exceptions et la confusion du droit en la matière. Les juges américains considèrent qu'ils ont généralement le choix entre n'accorder aucune protection face à divers moyens modernes d'enquête et de surveillance ou accorder la même protection que celle requise pour conduire une perquisition traditionnelle. Cela donne donc souvent lieu à des divergences d'opinions fondamentales entre les juges puisque la conséquence sera, soit de permettre sans restrictions des procédés perçus par certains comme attentatoires au droit au respect de la vie privée, soit de nuire considérablement à l'application efficace de la loi.

Face à cela, plusieurs autorités dans le domaine de la protection de la vie privée prônent un changement d'orientation jurisprudentielle en dépit de la rédaction propre au Quatrième amendement. Ils voudraient ainsi éviter le dilemme actuel du « tout ou rien » et favorisent une protection plus étendue, mais plus réaliste, du droit au respect de la vie privée, particulièrement dans son aspect informationnel. Pour réagir aux multiples techniques d'enquête et de surveillance plus ou moins attentatoires au droit au respect de la vie privée, les tribunaux devraient être à la recherche d'un juste équilibre entre les droits et non pas imposer aveuglément les règles élaborées pour encadrer les perquisitions traditionnelles.

Le professeur Katz est l'un des plus ardents défenseurs de cette approche nuancée et adaptée au XXI^e siècle. Il s'exprime ainsi :

*Creation of an intermediate category of search, "intrusion", governed by a reasonable suspicion standard and free of the warrant requirement has the potential to protect informational privacy and further the values which stand as the underpinnings of the fourth amendment. The suggested standards for governing "intrusions" impose such modest requirements upon law enforcement agencies that they cannot interfere with legitimate law enforcement needs. Still, these modest requirements are acutely necessary to protect the rights of future generations of Americans if the fourth amendment is to continue to protect liberty by prohibiting unreasonable government intrusions into the people's reasonable expectations of privacy.*⁵⁴ (nos italiques)

Il est loin d'être le seul expert à exiger plus de souplesse dans l'interprétation du Quatrième amendement pour permettre aux tri-

54. Lewis R. KATZ, « In Search of a Fourth Amendment for the Twenty-First Century », (1990) *Ind. L.J.* 549, 589.

bunaux de rendre des jugements réalistes face à la diversité des nouvelles technologies. Le professeur Slobogin mène depuis longtemps le même combat. Il fait le constat suivant :

Although the Court has never acknowledged as much, the only good explanation for the Court's unwillingness to regulate so many actions that are clearly searches and seizures is that it has decided that the cost to law enforcement of doing so outweighs the "minimal" intrusion involved. [...]. If the Court had been willing to recognize that some relatively less invasive "searches" and "seizures" can take place on less than probable cause, it would have felt much more comfortable broadening the definition of those two terms. Indeed, in many of the decisions in which the court rejected application of the Fourth Amendment, the police had developed a degree of suspicion that might have justified the action under proportionality reasoning.⁵⁵

C'est probablement là le meilleur enseignement que l'on puisse tirer de l'expérience américaine.

2.3 Les avantages d'une approche plus nuancée face aux techniques modernes d'enquête et de surveillance policière

À notre avis, l'adoption d'une approche nuancée s'impose encore davantage au Canada. La seule exigence découlant du libellé de l'article 8 de la *Charte canadienne* en est une de raisonabilité à la lumière de l'ensemble des circonstances. Un pouvoir de fouille ou de perquisition sera raisonnable s'il établit, dans un contexte donné, un juste équilibre entre l'intérêt public dans l'application de la loi et les attentes raisonnables de vie privée des particuliers⁵⁶.

Même dans le contexte d'enquêtes criminelles, la Cour a accepté certaines dérogations aux exigences du « mandat » et des « motifs raisonnables ». Dans l'arrêt *Wise*, la Cour a jugé que la surveillance électronique des déplacements d'un véhicule à l'aide d'une balise est acceptable dans la mesure où il existait des « motifs raisonnables de soupçonner » la perpétration d'une infraction⁵⁷. De même, dans les

55. C. SLOBOGIN, *op. cit.*, note 38, p. 31-32 et voir p. 206-211 ; Christopher SLOBOGIN, « Let's not Bury Terry : A Call for Rejuvenation of the Proportionality Principle », (1998) 72 *St. John's L. Rev.* 1053, 1070-1074 et 1095 ; W.R. LAFAVE, *op. cit.*, note 36, p. 540-541.

56. *Hunter c. Southam Inc.*, précité, note 4, p. 159-161 ; *R. c. Monney*, précité, note 26, par. 38-39.

57. *R. c. Wise*, précité, note 19, p. 548-549.

arrêts *Mann et Clayton*, la Cour a jugé que la common law autorise une détention aux fins d'enquête fondée sur des « soupçons raisonnables » ainsi qu'une fouille accessoire à celle-ci⁵⁸.

Une telle interprétation nuancée permet aux tribunaux de continuer de donner une interprétation généreuse des termes fouille et perquisition sans pour autant indûment nuire à l'application efficace de la loi. Si une technique d'enquête cause une moins grande ingérence dans la vie privée qu'une perquisition traditionnelle, pourquoi imposer automatiquement les garanties conçues pour les intrusions dans une demeure ou un commerce ? Ne serait-il pas plus approprié d'en permettre l'usage lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été commise ou encore même sans motifs particuliers lorsque cela est véritablement requis dans certains contextes où les attentes de vie privée sont réduites ?

Ceci est également bénéfique pour la protection du droit au respect de la vie privée. Ainsi, toute technique moderne d'enquête assimilable à une fouille ou perquisition devra être autorisée par une législation ou encore reconnue par les tribunaux à la lumière des règles de common law. De plus, cette règle législative ou issue de la common law devra être raisonnable. Enfin, les policiers ne devront pas dans leur action faire un usage abusif de la méthode d'enquête⁵⁹.

Ces trois types de contrôle représentent un gain réaliste pour la protection des intérêts en matière de vie privée, face à la perspective qu'un procédé ne soit pas assimilé à une fouille ou perquisition et puisse donc être utilisé à l'entière discrétion de l'État, sans aucune forme de supervision face aux abus policiers. Cette approche apparaît beaucoup plus attrayante que celle du « tout ou rien ».

3. L'analyse des arrêts *Kang-Brown* et *A.M.*

(voir tableaux synthèse en annexe)

3.1 *Bref rappel des faits*

3.1.1 Kang-Brown

L'affaire *Kang-Brown* s'inscrit dans le cadre d'un programme national de la G.R.C. (l'opération Jetway) en vertu duquel des poli-

58. *R. c. Mann*, précité, note 9, p. 72-81 ; *R. c. Clayton*, précité, note 9, p. 278.

59. *R. c. Collins*, précité, note 6, p. 278.

ciers surveillent les voyageurs dans les gares d'autobus, les gares ferroviaires et les aéroports dans le but de détecter des personnes qui transportent de la drogue, des armes ou d'autres marchandises de contrebande. Lorsqu'un policier suspecte un voyageur, il l'aborde dans le but d'engager une conversation et, au besoin, d'obtenir son consentement pour une fouille de ses effets personnels. Il arrive fréquemment qu'un chien renifleur soit utilisé pour étoffer les soupçons d'un policier de façon à lui permettre de procéder à l'arrestation de l'individu et la fouille de ses bagages⁶⁰.

En l'espèce, un policier trouve louche le comportement de M. Kang-Brown à son arrivée à la gare d'autobus de Calgary. Ses soupçons augmentent après une discussion avec lui. Il demande à un collègue de s'approcher avec son chien détecteur de drogue pour sentir le sac de sport du suspect. Le chien s'assoit, indiquant à son maître qu'il détecte la présence de stupéfiants. M. Kang-Brown est alors arrêté pour possession ou trafic de stupéfiants, son sac fouillé de façon incidente et on y trouve de la drogue. À son procès pour possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic, l'accusé invoque que l'article 8 de la *Charte canadienne* a été violé et que la preuve doit être exclue en vertu du paragraphe 24(2)⁶¹.

3.1.2 A.M.

L'affaire *A.M.* porte sur l'utilisation d'un chien renifleur dans une école secondaire qui applique une politique de tolérance zéro en matière de possession de drogues, une politique dont les élèves et les parents sont avisés⁶². En l'espèce, la police accepte une invitation de « longue date » (2 ans auparavant) du directeur de l'école, de venir sur place accompagné d'un chien dépisteur de drogue. Il n'existe aucune information précise selon laquelle il y a de la drogue à l'école le jour de l'intervention⁶³.

Les élèves sont consignés à leur classe par le directeur et les policiers font le tour de l'école à la recherche de stupéfiants. Dans le

60. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 27 (j. Binnie), par. 109 (j. Deschamps, dissidente) et par. 218 (j. Bastarache, dissident) ; David M. TANOVIK, « A Powerful Blow Against Police Use of Drug Courier Profiles », (2008) 55 *C.R.* (6th) 379-381.

61. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 27-33 (j. Binnie), par. 119-123 (j. Deschamps, dissidente) et par. 217 (j. Bastarache, dissident).

62. *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 18 (j. Binnie), par. 103 (j. Deschamps, dissidente) et par. 155 et 179 (j. Bastarache, dissident).

63. *Ibid.*, par. 17-20 (j. Binnie) et par. 154-155 (j. Bastarache, dissident).

gymnase, le chien sent une trentaine de sacs à dos et réagit positivement dans un cas. Un policier ouvre le sac, trouve de la drogue et par la suite accuse l'élève concerné de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic. À son procès, l'élève invoque l'article 8 de la *Charte canadienne* et le paragraphe 24(2) pour demander d'être acquitté de l'infraction⁶⁴.

3.2 La position des parties et des intervenants

D'une part, les procureurs généraux ont soutenu que l'utilisation d'un chien détecteur de drogue n'était pas assimilable à une fouille ou perquisition et, subsidiairement, que la preuve recueillie en l'espèce ne devrait pas être exclue en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne*. D'autre part, les accusés et les intervenants favorables à la défense ont plaidé qu'il y avait fouille ou perquisition, en conséquence nécessité d'un « mandat » et de « motifs raisonnables » et que la preuve obtenue devait en l'espèce être exclue, ces prises de position reflétant parfaitement l'approche du « tout ou rien »⁶⁵.

Seuls le Procureur général du Québec et la Criminal Lawyers Association (Ontario) ont suggéré, de façon subsidiaire, qu'une norme intermédiaire de soupçons raisonnables pourrait être acceptable en raison du caractère peu envahissant de cette technique d'enquête⁶⁶.

En fait, la majeure partie du mémoire du Procureur général du Québec visait à faire ressortir les lacunes de l'approche du « tout ou rien » face aux nouvelles méthodes d'enquête policière. Il proposait une « approche nuancée » en vertu de laquelle la common law permet à un policier d'avoir recours à un chien détecteur de drogue, sans avoir à obtenir une autorisation judiciaire, s'il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été commise⁶⁷.

64. *Ibid.*, par. 20-22 (j. Binnie), par. 107-111 (j. Deschamps, dissidente) et par. 154 (j. Bastarache, dissident).

65. *Ibid.*, par. 51-55 (j. Binnie). M. le juge Binnie est particulièrement irrité par ce débat stérile : « En fait, l'argument de la défense signifierait qu'il n'est possible d'avoir recours aux chiens que dans les cas où on n'a nullement besoin d'eux » (par. 9).

66. *R. c. Kang-Brown*, précité, par. 163-169 (j. Deschamps, dissidente).

67. Mémoire du Procureur général du Québec dans les affaires *Kang-Brown* et *A.M.*, par. 6-14 et 29-48.

3.3 *L'utilisation d'un chien renifleur est assimilable à une fouille au sens de l'article 8 de la Charte canadienne*

(résultat des motifs : *Kang-Brown* 9/0 ; *A.M.* 7/2)

Pour la Cour suprême, l'utilisation d'un chien renifleur constitue une fouille au sens constitutionnel du terme principalement en raison de l'importance et de la qualité des renseignements obtenus⁶⁸. À l'aide de l'approche empirique, la Cour s'attarde à l'ensemble des circonstances et juge qu'il y a violation à la fois d'une attente subjective et objective de vie privée⁶⁹. M. le juge Binnie s'inspire également du point de vue normatif lorsqu'il pose le problème de la façon suivante :

La Cour est appelée en l'espèce à décider si les voyageurs ont le droit de transiter par la gare d'autobus de Calgary sans que des policiers procèdent, au hasard et sur la base d'hypothèses, à une fouille de leurs bagages à l'aide d'un chien renifleur dans le but de déceler la présence d'articles interdits ou de marchandises de contrebande.⁷⁰

La Cour rejette l'argument du Procureur général du Canada voulant que l'air ambiant ne peut faire l'objet d'un droit à la vie privée. En effet, le chien ne flaire pas l'air ambiant, mais ce qui est à l'intérieur d'un sac. Grâce au chien, le policier obtient des informations précises sur des choses dissimulées dans un espace fermé à l'égard duquel il existe une attente raisonnable en matière de vie privée⁷¹.

Par ailleurs, le tribunal rejette également un argument développé par tous les procureurs généraux qu'il ne peut y avoir fouille en l'espèce puisque le chien ne révèle à son maître que ce qui est illégal et rien d'autre. Selon eux, la société n'est pas prête à reconnaître qu'il existe en soi une attente légitime de vie privée à l'égard d'articles illégaux. Toutefois, la Cour juge plutôt que le chien peut détecter des renseignements personnels qui méritent une protection constitutionnelle, tel le fait d'être « entré en contact » avec une substance régle-

68. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 58 (j. Binnie). Le juge LeBel convient qu'il y a fouille mais ne juge pas nécessaire d'expliquer pourquoi (par. 1).

69. *Ibid.*, par. 26 et 58 (j. Binnie), par. 140-141 et 171-179 (j. Deschamps, dissidente) et 227 (j. Bastarache, dissident) ; *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 55, 62-63 (j. Binnie) et par. 157-158 (j. Bastarache, dissident).

70. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 18 ; voir également *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 65 et 70 (j. Binnie).

71. *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 66-67 (j. Binnie).

mentée. De plus, le chien peut parfois se tromper et conduire à une fouille abusive des effets personnels⁷².

Notons que dans l'affaire *A.M.*, les juges Deschamps et Rothstein ont considéré qu'il n'y avait pas de violation d'une attente raisonnable de vie privée compte tenu que l'élève n'était pas présent lorsque le chien a reniflé son sac à dos et que le sac avait été laissé à la vue de tous dans le gymnase. Ces juges minoritaires précisent néanmoins que leur position pourrait être différente si un élève était présent au moment de l'intervention d'un chien⁷³.

En somme, la Cour suprême maintient son approche généreuse de l'interprétation des concepts de fouille ou perquisition dans le but d'assurer une meilleure protection du droit à la vie privée. Au fil des ans, ces termes ont acquis une portée beaucoup plus large au Canada que celle retenue par la Cour suprême des États-Unis⁷⁴ et couvrent plus de moyens d'enquête et de surveillance.

3.4 Cette fouille est autorisée par la common law

(résultat des motifs : *Kang-Brown* 5/4 ; *A.M.* 5/4)

Cet aspect du jugement est le plus controversé. Une majorité des juges a considéré que l'utilisation d'un chien détecteur de drogue dans le cadre d'une enquête criminelle est autorisée par la common law⁷⁵. Pour M. le juge Binnie, la Cour a franchi le Rubicon dans le cadre des arrêts *Mann* et *Clayton*. Un tribunal doit maintenant se demander si un pouvoir de fouille ou perquisition peut être issu de la

72. *Ibid.*, note 1, par. 69-74 (j. Binnie) et par. 157 (j. Bastarache, dissident) ; *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 174-175 (j. Deschamps, dissidente) et par. 227 (j. Bastarache, dissident). Les tribunaux américains se sont montrés beaucoup plus réceptifs à l'idée de ne pas reconnaître d'attente légitime de vie privée face à des techniques permettant de détecter uniquement des produits illégaux. Voir, à ce sujet, Ric SIMMONS, « The Two Unanswered Questions of *Illinois v. Caballes* : How to Make the World Safe for Binary Searches », (2005) 80 *Tulane Law Review* 411. Cet argument est cependant critiqué : James J. TOMKOVICZ, « Technology and the Threshold of the Fourth Amendment : A Tale of Two Futures », (2002) 72 *Mississippi Law Journal* 317, 385-392.

73. *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 121 et 128-140 (j. Deschamps, dissidente).

74. L'exception étant l'utilisation de l'appareil « FLIR ». Voir l'arrêt *R. c. Tessling*, précité, note 18.

75. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 22-23, 49-57 (j. Binnie), par. 158, 182-183 et 199 (j. Deschamps, dissidente) et par. 232-233 (j. Bastarache) ; *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 7, 42 (j. Binnie), par. 141-142 (j. Deschamps, dissidente) et par. 161 (j. Bastarache, dissident).

common law et à quelles conditions. Ceci est valable pour de nombreux dispositifs ou techniques légitimes d'enquête policière⁷⁶.

Ainsi, à la lumière des arrêts *Waterfield* et *Dedman*, il faut examiner :

- si le policier agit dans l'exercice d'un devoir légitime, tel que la prévention de crime et la protection des biens ;
- si l'exercice de ce pouvoir est raisonnablement nécessaire à l'accomplissement de ce devoir compte tenu du degré d'atteinte à la liberté et aux droits d'un individu et de l'importance de l'objet public poursuivi⁷⁷.

Par ailleurs, M. le juge LeBel, avec l'appui de trois collègues, refuse catégoriquement de suivre cette avenue. À son avis, il incombe au législateur et non pas aux tribunaux d'autoriser une technique d'enquête policière qui porte atteinte au droit au respect de la vie privée. La Cour n'a pas le contexte factuel suffisant pour lui permettre de créer une règle de common law établissant « une nouvelle norme de la « croyance ou des soupçons raisonnables », dont l'application dépendrait du caractère envahissant de la technique d'enquête utilisée dans un cas particulier »⁷⁸.

En toute déférence, nous croyons que la position majoritaire est bien fondée. Il est tout à fait exact que la Cour ne peut « vaciller » plus longtemps⁷⁹. Les pouvoirs qu'elle a reconnus aux policiers en matière de détention aux fins d'enquête sont en fait beaucoup plus complexes que ceux concernant les chiens renifleurs et la situation aurait pu, encore davantage, requérir une intervention législative. La Cour ne peut, à tout le moins, refuser d'étudier si un pouvoir d'enquête est autorisé en vertu d'un pouvoir policier à l'aide de la grille d'analyse *Waterfield/Dedman*. Il est maintenant trop tard pour rejeter la théorie de pouvoirs ancillaires⁸⁰.

76. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 22-23 ; *R. c. Mann*, précité, note 9 ; *R. c. Clayton*, précité, note 9.

77. *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, 660-661 ; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, 35.

78. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 3 et 13-16 (j. LeBel).

79. *Ibid.*, par. 22 (j. Binnie).

80. Don STUART, « Revitalising Section 8 : Individualised Reasonable Suspicion is a Sound Compromise for Routine Dog Sniffer Use », (2008) 55 *C.R.* (6th) 376, 377.

Par ailleurs, dans la mesure où la Cour donne une interprétation expansive aux concepts de fouille et de perquisition et soumet une foule de techniques modernes d'enquête à l'article 8 de la *Charte canadienne*, elle ne peut exiger que les policiers se retournent chaque fois vers le législateur sans nuire indûment à l'application de la loi⁸¹.

3.5 *Cette fouille peut se fonder sur la norme intermédiaire des soupçons raisonnables*

(résultat des motifs : *Kang-Brown* 5/4 ; *A.M.* 5/4)

La majorité des juges considère que le respect de la norme intermédiaire des soupçons raisonnables peut être suffisant lorsqu'une technique d'enquête est relativement peu envahissante⁸². Cette norme se situe entre l'absence de motifs et les motifs raisonnables. Elle est identique à celle retenue pour permettre les détentions aux fins d'enquête.

M^{me} la juge Deschamps expose ainsi son raisonnement :

La norme des soupçons raisonnables constitue une réponse pragmatique et équilibrée aux réalités modernes de l'application de la loi [...] La norme des soupçons raisonnables peut donc être suffisante lorsque la technique d'enquête est relativement peu envahissante et que l'attente en matière de vie privée n'est pas grande.⁸³

Or, en l'espèce, comme l'explique M. le juge Binnie, l'atteinte à la vie privée est minime, la recherche d'informations est ciblée sur des articles interdits et le chien est d'une grande fiabilité⁸⁴. Bien que M. le juge Bastarache propose, *en obiter*, une norme encore plus

Voir cependant la position différente de Tom Quigley, « Welcome Charter Scrutiny of Dog Sniffer Use : Time for Parliament to Act », (2008) 55 *C.R.* (6th) 373, 374 ou « The Impact of the Charter on the Law of Search and Seizure », (2008) 40 *S.C.L.R.* (2d) 117, 138-141.

81. M. le juge Binnie s'exprime ainsi : « À l'instar du juge LeBel, je suis en faveur d'une intervention du législateur dans ce domaine controversé, mais contrairement à lui, je ne préconise pas une approche ayant pour effet de rendre les chiens renifleurs inutiles tant et aussi longtemps que le législateur n'aura pas choisi d'agir », *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 22 et voir par. 54 et 61.

82. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 21-25, 58-60 (j. Binnie), par. 163-168, 191-193, 210 (j. Deschamps, dissidente), par. 213-215, 244 (j. Bastarache, dissident) ; *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 9-12, 42, 79, 81-84 (j. Binnie), par. 151, 167 (j. Bastarache, dissident).

83. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 166 et 168 (j. Deschamps, dissidente).

84. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 58 (j. Binnie) ; *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 42 (j. Binnie).

souple, il souscrit à l'opinion de ses collègues concernant la norme des soupçons raisonnables⁸⁵.

M. le juge LeBel considère pour sa part que c'est la norme des motifs raisonnables consacrée dans l'arrêt *Southam Inc.* qui doit être respectée et cela peu importe le caractère moins envahissant de la technique d'enquête. C'est au législateur de décider s'il veut modifier cette règle et tenter de la justifier en vertu de l'article premier⁸⁶.

Enfin, M. le juge Bastarache considère que ce type de fouille est acceptable dans les gares, les aéroports et les écoles, non seulement lorsque les policiers ont des soupçons raisonnables, mais également lorsqu'ils ont des soupçons généraux raisonnables. En vertu de cette nouvelle norme de soupçons généraux, les soupçons raisonnables n'ont pas à viser une personne précise mais plutôt un lieu particulier. Le recours aux chiens renifleurs serait ainsi permis dans certains lieux réglementés, en vertu de la common law, pourvu qu'un policier ait, le jour de son intervention, des soupçons raisonnables qu'une activité liée à la drogue peut se dérouler dans cet endroit et que les personnes concernées soient raisonnablement informées que leurs sacs ou bagages peuvent faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien. Si c'est le cas, les sacs ou bagages de toutes les personnes se trouvant dans ce lieu pourraient être ainsi fouillés⁸⁷.

Nous croyons que M. le juge Bastarache dépasse la limite du rôle créatif que peut avoir la common law. Bien qu'isolé, son point de vue est néanmoins très intéressant et pourrait servir de base à une intervention législative éventuelle visant des fouilles généralisées dans certains lieux réglementés. D'ailleurs, aux États-Unis, le professeur Slobogin s'est brillamment attaqué au mythe que les soup-

85. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 213-215 et 244 (j. Bastarache, dissident) ; *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 151 et 163. M. le juge Bastarache souscrit entièrement à la position des juges Binnie et Deschamps et précise même que ses remarques concernant les soupçons généraux raisonnables n'étaient pas nécessaires pour décider de l'issue du pourvoi dans *Kang-Brown*.

86. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 3 et 13-16 (j. LeBel). L'insistance de M. le juge LeBel sur l'article premier surprend compte tenu que la Cour a déjà mentionné que l'article 8 comportait en lui-même un test de proportionnalité qui pourrait rendre surperflu le recours au test de l'article premier. Voir : *Société Radio-Canada c. Lessard*, précité, note 5, p. 433 et *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, 453.

87. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 214-215, 245-247, 252 et 254-255 (j. Bastarache, dissident) ; *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 151-152, 163-164, 168, 172-175 et 178 (j. Bastarache, dissident). Le juge Bastarache précise que la police a toujours raison de soupçonner la présence de drogues dans les aéroports et les gares mais que cela n'est pas vrai à l'égard de toutes les écoles.

çons doivent toujours être individualisés et a, lui aussi, suggéré l'adoption dans certains contextes du critère des soupçons généraux raisonnables⁸⁸. Il peut, en effet, s'agir d'un outil fort utile pour contrôler la raisonnable de certains types de fouilles visant un groupe d'individus.

En somme, une majorité de juges adopte une approche équilibrée, permettant de concilier le droit à la vie privée et le rôle de l'État d'assurer l'application de la loi. En imposant la norme des motifs raisonnables, la Cour aurait rendu le chien renifleur inutile. Comme l'affirme le professeur Don Stuart :

The Binnie test of individualised reasonable suspicion to limit use of police sniffer dogs in routine criminal investigations is a well justified and pragmatically sound solution to making such power Charter compliant.⁸⁹

Par ailleurs, en exigeant la présence de soupçons raisonnables, la Cour diminue le risque d'erreurs des chiens détecteurs de drogue et évite ainsi à des individus de subir des fouilles personnelles ou de leurs bagages lorsque cela n'est pas requis. Il est en effet bien démontré que le nombre de faux positifs est beaucoup plus important lorsque les chiens sont utilisés au hasard⁹⁰.

En outre, la norme des soupçons raisonnables est une norme juridique déjà reconnue par le législateur et les tribunaux. Elle requiert l'existence de faits objectivement vérifiables mais exige un degré de probabilité moindre que celle des motifs raisonnables. Ainsi, une intuition basée sur l'expérience ou une croyance subjective sincère est insuffisante⁹¹. Une telle norme permet d'éviter les comportements arbitraires des policiers.

88. C. SLOBOGIN, *op. cit.*, note 38, p. 39-44 et 212-213 et *op. cit.*, note 55, p. 1085-1091.

89. D. STUART, *loc. cit.*, note 80, p. 377.

90. Richard E. MYERS II, « Detector Dogs and Probable Cause », (2006) 14 *Geo. Mason L. Rev.* 1, 17. Après avoir constaté le taux important d'erreurs des chiens renifleurs, l'auteur ajoute : « Perhaps this analysis explains why a reasonable justice might believe that there should be reasonable suspicion before the dog is deployed. » Lewis R. KATZ et Aaron P. GOLEMBIEWSKI, « Curbing the Dog : Extending the Protection of the Fourth Amendment to Police Drug Dogs », (2006-2007) 85 *Neb. L. Rev.* 735, 779-792.

91. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 75-76 (j. Binnie), par. 165 (j. Deschamps, dissidente) ; Casey HILL ; « Investigative Detention : A Search/Seizure by Any Other Name ? », (2008) 40 *S.C.L.R.* (2d) 180, 186-191.

Il est intéressant de constater que l'application de cette approche aux chiens renifleurs est également privilégiée par différents tribunaux d'appel américains dans l'interprétation de la constitution de leur État⁹².

3.6 *Un mandat n'a pas à être obtenu*

(résultat des motifs : *Kang-Brown* 5/4 ; *A.M.* 5/4)

Pour une majorité des juges, un policier n'a pas à obtenir un mandat avant d'avoir recours à un chien renifleur de drogue⁹³. Ainsi, M. le juge Binnie reconnaît qu'une fouille ou une perquisition sans mandat est présumée abusive mais souligne que l'autorisation judiciaire préalable « n'est pas une condition préalable universelle à toutes les mesures policières qualifiées de « fouille ou perquisition » étant donné que l'élément fondamental de l'article 8 est le caractère raisonnable »⁹⁴.

Compte tenu notamment de l'atteinte minime portée au droit à la vie privée, de la recherche ciblée d'articles illégaux et de la grande fiabilité d'un chien bien dressé, l'obtention d'un mandat n'est pas requise et un contrôle judiciaire *a posteriori* de la suffisance des motifs raisonnables de soupçonner suffit⁹⁵.

Par ailleurs, M. le juge LeBel s'appuie de nouveau sur l'arrêt *Southam Inc.* pour soutenir que, sauf en cas d'urgence, une autorisation judiciaire préalable est requise. C'est au législateur de créer et de tenter de justifier une dérogation à cette règle de base pour assurer la protection du droit à la vie privée⁹⁶.

À notre avis, exiger l'obtention d'un mandat de perquisition avant de recourir aux services d'un chien renifleur dans un endroit accessible au public apparaît disproportionné compte tenu du caractère peu envahissant de cette méthode d'enquête.

92. *People c. Dunn*, 564 N.E. 2d 1054 (N.Y. Ct. App. 1990), p. 1058 ; *State c. Pellici*, 580 A. 2d 710 (N.H. Sup. Ct. 1990), p. 716-717 et 723 ; *McGaham c. State*, 807 P. 2d 506 (Alaska Ct. App. 1991), p. 510-511 ; *Commonwealth c. Johnston*, 515 Pa. 454 (Pa. Super. Ct. 1987), p. 462-467. Voir, à ce sujet, *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 193 (j. Deschamps, dissidente).

93. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 58-59 (j. Binnie), par. 191 (j. Deschamps, dissidente), par. 213 (j. Bastarache, dissident) ; *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 9, 13-14, 90 (j. Binnie), par. 141-142 (j. Deschamps, dissidente), par. 167-168 (j. Bastarache, dissident).

94. *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 13 (j. Binnie).

95. *Ibid.*, par. 13-14 et 90 (j. Binnie).

96. *Ibid.*, par. 2 (j. LeBel) ; *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 10 et 13 (j. LeBel).

3.7 *En l'espèce, les fouilles sont abusives en l'absence des soupçons ou des motifs requis*

(résultat des motifs : *Kang-Brown* 6/3 ; *A.M.* 7/2)

Dans l'affaire *Kang-Brown*, M. le juge Binnie prône et effectue un contrôle judiciaire très rigoureux de la suffisance des soupçons raisonnables et considère qu'ils n'étaient pas présents au moment de l'intervention du chien, ce qui rend la fouille abusive⁹⁷. La conclusion est semblable pour M. le juge LeBel et les trois juges qui souscrivent à son opinion puisque, à leur avis, un mandat de perquisition et des motifs raisonnables de croire à la perpétration d'une infraction étaient requis⁹⁸.

Dans l'affaire *A.M.*, les policiers se sont présentés sur la base d'une invitation ouverte du directeur d'école donnée deux ans auparavant. En conséquence, les policiers n'avaient évidemment pas de soupçons raisonnables requis, ni même de soupçons généraux et encore moins de motifs raisonnables⁹⁹. La fouille a donc été considérée comme abusive par les juges, sauf par les deux juges qui n'ont pas assimilé l'utilisation d'un chien en l'espèce à une fouille au sens constitutionnel du terme¹⁰⁰.

3.8 *La preuve obtenue est exclue en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte*

(résultat des motifs : *Kang-Brown* 6/3 ; *A.M.* 6/3)

Essentiellement, les juges qui ont constaté une violation de la Charte ont exclu la preuve en raison de la gravité de la violation et ont acquitté les accusés¹⁰¹. Toutefois, M. le juge Bastarache, dans l'affaire *A.M.*, a considéré que l'atteinte au droit à la vie privée était mineure et ne justifiait pas d'exclure la preuve¹⁰².

97. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 26, 86, 90, 92-93 et 97. M^{me} la juge Deschamps, avec l'appui des juges Rothstein et Bastarache, s'oppose à un examen si rigoureux de la suffisance des motifs raisonnables de soupçonner. Puisque ce point n'a pas été abordé par M. le juge LeBel, il est à cet égard impossible de dégager une opinion majoritaire. Voir l'opinion de la juge Deschamps, dissidente, par. 187, 194, 202-203 et celle du juge Bastarache, dissident, par. 215 et 249.

98. *Ibid.*, par. 1 et 17.

99. *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 15, 42 et 91 (j. Binnie), par. 153, 180 (j. Bastarache, dissident), par. 2 (j. LeBel).

100. *Ibid.*, par. 142 (j. Deschamps, dissidente).

101. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 26, 104-105 (j. Binnie), par. 1, 17 (j. LeBel) ; *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 14, 16, 97-98 (j. Binnie), par. 2 (j. LeBel).

102. *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 187, 190 (j. Bastarache, dissident).

4. Impact potentiel des arrêts *Kang-Brown* et *A.M.* sur les techniques d'enquête policière

4.1 *Des chiens renifleurs mieux contrôlés*

Comme nous venons de le constater, l'utilisation par un policier d'un chien détecteur de drogue dans le cadre d'une enquête de routine constitue une fouille au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne*. Celle-ci est autorisée par la common law dans la mesure où il existe des motifs raisonnables de soupçonner la perpétration d'une infraction. Dans ce contexte, la Cour ferme la porte à l'usage au hasard de cette technique d'enquête.

Par ailleurs, la Cour a expressément mentionné qu'elle ne se prononçait pas sur le recours aux chiens renifleurs dans le cadre de la recherche d'explosifs, d'armes ou d'autres questions de sécurité publique. Il est probable que ces situations justifient encore plus facilement l'utilisation de chiens¹⁰³. À notre avis, il pourrait en être de même dans le contexte de la recherche de personnes disparues ou d'inspections prévues par un régime de réglementation¹⁰⁴.

De même, la Cour n'a pas tranché la question du recours à des chiens détecteurs de drogue directement par la direction d'une école. Elle a plutôt conclu en l'espèce qu'il s'agissait d'une fouille effectuée par la police. Il est donc plausible que les autorités scolaires jouissent d'une plus grande latitude¹⁰⁵.

Enfin, on peut prévoir des litiges concernant le comportement agressif et la fiabilité de certains chiens¹⁰⁶. Ainsi, il est possible qu'une fouille soit jugée abusive parce qu'un chien n'a pas été correctement dressé. De même, rien ne justifie d'ouvrir un bagage ou d'arrêter un individu sur la base d'une indication donnée par un animal si celui-ci ne donne pas des résultats fiables.

103. *Ibid.*, par. 3, 37, 43 (j. Binnie) ; *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 18 (j. Binnie) par. 13 (j. LeBel).

104. Par exemple, la Société de la faune et des parcs du Québec a recours à des chiens pour localiser du poisson, de la viande, du gibier ou des munitions. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 131 (j. Deschamps, dissidente).

105. *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 45-47 (j. Binnie), par. 2 (j. LeBel) ; *R. c. M. (M.R.)*, précité, note 7, par. 49, 51 et 56.

106. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 63-65, 101 (j. Binnie) ; *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 82, 84-89 (j. Binnie), par. 14 (j. Deschamps, dissidente).

En somme, les chiens renifleurs pourront continuer leur travail fort utile mais seront mieux contrôlés.

4.2 Une portée généreuse pour les concepts de fouille et de perquisition

Si l'utilisation d'un chien renifleur est assimilée à une fouille, certains pourraient penser qu'il en sera de même pour plusieurs autres techniques d'enquête ou de surveillance policière peu intrusives dans la vie privée. Il pourrait en être ainsi pour certains procédés qui permettent de voir, sentir ou écouter une personne qui est assez éloignée. La validité constitutionnelle de nombreuses techniques d'enquête moins intrusives que les fouilles ou perquisitions traditionnelles pourrait être mise en doute.

Il faut toutefois se garder de faire trop rapidement de telles déductions et se rappeler la mise en garde faite par la Cour dans l'arrêt *Tessling* :

Étant donné l'ensemble déconcertant de techniques différentes (existantes ou en développement) qui s'offrent à la police, il ne serait guère réaliste d'appliquer l'autre méthode consistant à établir un « catalogue » judiciaire de ce qui est ou n'est pas permis par l'article 8.¹⁰⁷

Il faut plutôt examiner de manière approfondie, au cas par cas, l'ensemble des circonstances et, au besoin, recourir à une approche normative pour déterminer s'il y a fouille ou perquisition¹⁰⁸.

Les arrêts *Kang-Brown* et *A.M.* confirment néanmoins l'approche généreuse de la Cour suprême dans l'interprétation de la portée de l'article 8 de la *Charte canadienne*, approche en lien direct avec son interprétation souple du barème de raisonabilité.

4.3 L'assouplissement du critère de raisonabilité

Une majorité de juges a rejeté l'approche du « tout ou rien » au profit d'une analyse plus souple de la raisonabilité d'une intrusion.

107. *R. c. Tessling*, précité, note 18, par. 19.

108. *Ibid.*, par. 19, 42 et 55 ; *R. c. A.M.*, précité, note 1, par. 39-40 (j. Binnie). M. le juge Binnie favorise une approche pragmatique : « Dans le présent appel, cependant, il n'est pas question de planifier l'avenir de la protection des renseignements personnels plus que ne l'ont fait les arrêts *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, ou *Tessling*. En raison même de l'évolution rapide de ce domaine, les tribunaux devront revenir encore et encore aux principes fondamentaux afin de tracer la limite de ce qui est raisonnable. » (par. 39)

Bien que ces affaires se situent dans le contexte d'une enquête criminelle, la Cour a jugé que les règles du « mandat » et des « motifs raisonnables » n'étaient pas adaptées à l'outil d'enquête examiné.

Il semble indéniable que la norme intermédiaire des soupçons raisonnables connaîtra un bel essor et sera souvent jugée suffisante pour permettre aux policiers de recourir à certaines techniques d'enquête moins intrusives¹⁰⁹. Elle pourrait parfois être associée à l'obtention d'un mandat d'un juge, comme la Cour l'avait d'ailleurs suggéré dans l'arrêt *Wise* concernant les dispositifs de localisation d'un véhicule¹¹⁰. La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs récemment jugé valide une disposition du *Code criminel* qui permet l'utilisation d'un enregistreur de numéros de téléphone en présence de soupçons raisonnables tout en exigeant une autorisation judiciaire¹¹¹. Par ailleurs, dans des situations où l'atteinte à la vie privée est moins grande, l'obtention d'une autorisation judiciaire pour évaluer la suffisance des soupçons raisonnables peut devenir disproportionnée.

Une certaine incertitude demeure concernant la reconnaissance du pouvoir d'effectuer des fouilles ou des perquisitions en vertu de la common law. La majorité des juges a affirmé que la Cour doit toujours procéder à une analyse de type *Waterfield/Dedman* pour déterminer si la common law confère aux policiers le pouvoir d'utiliser une technique d'enquête particulière¹¹². Toutefois, la virulente dissidence du juge LeBel pourrait signifier que certains juges refuseront malgré tout d'exercer ce rôle qu'ils considèrent être celui du législateur. Ceci augmenterait l'insécurité juridique dans le domaine et priverait les policiers de tout repère¹¹³.

Tous les juges souhaitent évidemment que le Parlement canadien adopte des règles concernant l'utilisation des chiens renifleurs ou d'autres techniques d'enquête policière¹¹⁴. La difficulté est

109. Voir *supra*, note 82.

110. *R. c. Wise*, précité, note 19, p. 548-549.

111. *R. c. Cody*, [2007] R.J.Q. 2381 (C.A.Q.).

112. *Supra*, notes 75-77.

113. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 208 (j. Deschamps, dissidente).

114. *Ibid.*, par. 13-14 (j. LeBel), par. 61 (j. Binnie), par. 208 (j. Deschamps, dissidente), par. 213, 221-222, 245 (j. Bastarache, dissident). Plusieurs auteurs favorisent également une action législative face aux nouvelles techniques d'enquête. Voir, notamment, Orin S. KERR, « The Fourth Amendment and New Technologies : Constitutional Myths and the Case for Caution », (2004) 102 *Mich. L. Rev.* 801 et William MACKINNON, « *Tessling, Brown, and A.M. : Toward a Principled Approach to Section 8* », (2007) 45 *Alta. L. Rev.* 79.

qu'« [e]ntre-temps, les policiers doivent régler des problèmes concrets »¹¹⁵. M. le juge Binnie s'exprime ainsi :

Au fur et à mesure que les criminels deviennent plus ingénieux et conçoivent de nouvelles façons de brouiller les pistes, les policiers améliorent sans cesse leurs propres techniques et matériel. J'estime que les policiers n'ont pas à se tourner constamment vers le législateur pour obtenir l'autorisation d'utiliser des outils exposés à la vue de tous comme les chiens renifleurs.¹¹⁶

À notre humble avis, l'approche retenue par M. le juge LeBel pourrait conduire à l'inverse du résultat qu'il recherche. Il est loin d'être certain que c'est en exigeant qu'une fouille ou perquisition soit autorisée par une législation et soumise aux exigences du « mandat » et des « motifs raisonnables » que l'article 8 de la *Charte* agira comme « bouclier contre les ingérences injustifiées de l'État dans la vie privée des gens »¹¹⁷. Au contraire, il s'agit là de la parfaite recette pour conduire les juges qui veulent éviter de mettre un terme à l'utilisation de diverses méthodes d'enquête peu intrusives et fort utiles à conclure que celles-ci ne sont pas assimilables à une fouille ou une perquisition¹¹⁸. Ainsi, l'article 8 ne joue plus son rôle de bouclier et les citoyens sont laissés sans recours face à d'éventuels abus de l'État.

Conclusion

Dans les affaires *Kang-Brown* et *A.M.*, la majorité des juges s'est montrée favorable à une reconnaissance de pouvoirs de fouille ou perquisition en vertu de la common law et à l'utilisation de la norme intermédiaire des soupçons raisonnables pour contrôler des techniques d'enquête policière peu envahissantes.

Si cette approche est suivie par la Cour, on devrait vraisemblablement assister au cours des prochaines années à un élargissement de la portée des notions de fouille et de perquisition. À notre avis, la Cour suprême et les autres tribunaux devraient avoir moins de réti-

115. *R. c. Kang-Brown*, précité, note 1, par. 61 (j. Binnie).

116. *Ibid.*, par. 54 (j. Binnie).

117. *Ibid.*, par. 8 et 10 (j. LeBel).

118. Le professeur Christopher Slobogin considère que la Cour suprême américaine a donné une portée beaucoup trop restrictive au IV^e Amendement. Il critique même les décisions de l'époque du juge en chef Warren : « Indeed, the liberal agenda may deserve the most blame for the current state of affairs [...] When a search *requires* probable cause to be constitutional, courts are naturally more reluctant to denominate every police attempt to find evidence a search », C. SLOBOGIN, *op. cit.*, note 38, p. 206.

cences à assimiler une technique d'enquête à une fouille ou perquisition s'ils n'ont plus à imposer automatiquement les sacro-saintes règles du « mandat » et des « motifs raisonnables ». Cela devrait conduire à une meilleure protection de la vie privée face aux nouvelles méthodes d'enquête, sans indûment nuire à l'application de la loi. C'est sans doute la meilleure manière d'atteindre un juste équilibre entre l'intérêt du public dans l'application efficace de la loi et les attentes raisonnables des particuliers en matière de vie privée.

ANNEXE – TABLEAUX SYNTHÈSE DES ARRÊTS KANG-BROWN ET A.M.

KANG-BROWN (enquête criminelle de routine dans une gare d'autobus pour deceler la présence de drogues)	Fouille	Autorisée par la common law	Motifs ou soupçons raisonnables	Mandat	Application aux faits	24(2)
Binnie McLachlin	Oui (par. 26 et 58)	<ul style="list-style-type: none"> - Oui (par. 22-23, 25, 52-57, 60-62 et 74) - Rubicon déjà franchi (par. 22, 49 et 51) - Cependant sou-haite législation (par. 61) 	<ul style="list-style-type: none"> - Soupçons raisonnables (par. 21-25, 58-60, 75-76 et 93) - Test rigoureux (par. 26, 97 et 104) - Pas question ici d'explosifs, armes ou problèmes de sécurité (par. 18) 	Non (par. 21, 25, 58-60, 99 et 101)	<ul style="list-style-type: none"> - Pas de soupçons raisonnables (par. 86, 90, 92-93 et 97) - Arrestation et fouille illégale du sac (par. 98 et 101) 	Exclusion et déclaration de culpabilité annulée (par. 26 et 104-105)
Deschamps Rothstein (dissidents)	Oui (par. 140-141, 171-179 et 210)	<ul style="list-style-type: none"> - Oui (par. 158, 182-183, 191-194 et 199) 	<ul style="list-style-type: none"> - Soupçons raisonnables (par. 107, 163-168, 191-193 et 210) - Pas prétendu que accessoire à arrestation ou détention aux fins d'enquête (par. 127, 157, 180) 	Non (par. 191)	<ul style="list-style-type: none"> - Soupçons raisonnables présents (par. 187, 194 et 202-203) - Manière non abusive (par. 195-197) - Fiabilité du chien a donné motifs raisonnables pour arrêter l'individu (par. 200) - Fouille accessoire valide (par. 200) 	Pas d'exclusion parce que pas de violation de la Charte (par. 206)
Bastarache (dissident)	Oui (par. 227 et 231)	<ul style="list-style-type: none"> - Oui (par. 213 et 232-233) - Cependant sou-haite législation (par. 113 et 221-222) 	<ul style="list-style-type: none"> - Soupçons raisonnables (par. 213, 244) - Soupçons généraux raisonnables pour gares, aéroports et écoles (par. 214-215, 245-247, 252, 254-255) (<i>Obiter</i>) - Avis requis (par. 247, 252) 	Non (par. 213-215 et 221)	<ul style="list-style-type: none"> - Soupçons raisonnables présents (par. 215 et 249) - Pas à examiner si pouvait également se fonder sur soupçons généraux (par. 249-250 et 255) 	Pas d'exclusion parce que pas de violation de la Charte (par. 216)

	Fouille	Autorisée par la common law	Motifs ou soupçons raisonnables	Mandat	Application aux faits	24(2)
KANG-BROWN (enquête criminelle de routine dans une gare d'autobus pour déceler la présence de drogues) LeBel Fish, Abella et Charron	Oui (par. 1, 13-16)	<ul style="list-style-type: none"> - Non, c'est au législateur de créer et justifier ce type de pouvoir (par. 3, 4, 6, 10-11, 13 et 17) - Peut-être différent si situation d'urgence liée à la crainte d'activités terroristes (par. 13) 	<ul style="list-style-type: none"> - Motifs raisonnables peu importe le caractère peu envahissant de la technique d'enquête (par. 1-3, 13 et 16) 	Oui (par. 10 et 13)	<ul style="list-style-type: none"> - Pas autorisé par la loi ou la common law donc abusif (par. 1 et 17) 	Exclusion et déclaration de culpabilité annulée (par. 1 et 17)
Résultat global	Fouille (9/0)	<ul style="list-style-type: none"> - Autorisée par la common law (5/4) 	<ul style="list-style-type: none"> - Soupçons raisonnables (5/4) 	Sans mandat (5/4)	<ul style="list-style-type: none"> - Fouille abusive en raison de l'absence des soupçons ou motifs requis (6/3) 	Exclusion et déclaration de culpabilité annulée (6/3)

A.M. (enquête criminelle de routine dans une école pour déceler la présence de drogues)	Fouille	Autorisée par la common law	Motifs ou soupçons raisonnables	Mandat	Application aux faits	24(2)
Binnie McLachlin	Oui (par. 8, 46-49, 53, 55, 62-63 et 66-74)	<ul style="list-style-type: none"> Oui (par. 7 et 41-42) Pas menée par la direction de l'école (par. 45-47) 	<ul style="list-style-type: none"> Soupçons raisonnables (par. 9-12, 42 et 81-84) Pas question ici d'explosifs, d'armes ou d'autres questions de sécurité publique (par. 3, 37 et 43) 	Non (par. 9, 13-14, 41-42 et 90)	<ul style="list-style-type: none"> Pas de soupçons raisonnables (par. 15, 42 et 91) 	Exclusion et acquittement (par. 14, 16 et 97-98)
Deschamps Rothstein (dissidents)	Non (par. 128-140 et 148) Cependant si portait sac serait peut-être différent (par. 121 et 137)	<ul style="list-style-type: none"> Oui (par. 141-142) 	<ul style="list-style-type: none"> Inutile d'examiner ce point. Aucun motif requis (par. 141-142) 	Inutile d'examiner ce point. Pas d'autorisation requise (par. 141-142)	<ul style="list-style-type: none"> Aucun motif n'est requis (par. 142) 	Pas d'exclusion parce que pas de violation de la Charte (par. 145)
Bastarache (dissident)	Oui (par. 157-158)	<ul style="list-style-type: none"> Oui (par. 161) Inutile en l'espèce de distinguer entre situation à l'initiative de la police ou de la direction de l'école (par. 176) 	<ul style="list-style-type: none"> Soupçons raisonnables (par. 151-152 et 163) Soupçons généraux raisonnables pour garages, aéroports et écoles (par. 151-152, 163-164, 168 et 172-175) Avis requis (par. 178) 	Non (par. 167-168)	<ul style="list-style-type: none"> Pas de soupçons raisonnables (par. 153 et 180) Pas de soupçons généraux raisonnables (par. 153 et 180) 	Pas d'exclusion car la violation pas grave (par. 187 et 190)
LeBel Fish, Abella et Charron	Oui (par. 1-2)	<ul style="list-style-type: none"> Non (par. 2) Pas menée par la direction de l'école pour des motifs valables (par. 2) 	<ul style="list-style-type: none"> Motifs raisonnables si menée par la police (par. 2) Motifs valables si menée par la direction de l'école (par. 2) 	Oui, si menée par la police (par. 2)	<ul style="list-style-type: none"> Pas autorisée par la loi ou la common law donc fouilles abusives (par. 2) 	Exclusion et acquittement (par. 2)
Résultat global	Fouille (7/2)	<ul style="list-style-type: none"> Autorisée par la common law (5/4) 	<ul style="list-style-type: none"> Soupçons raisonnables ou aucun motif requis (5/4) 	Sans mandat (5/4)	<ul style="list-style-type: none"> Fouille abusive en raison de l'absence de soupçons ou motifs requis (7/2) 	Exclusion et acquittement (6/3)

