

Rééquilibrer le rôle de la Cour suprême du Canada en procédure criminelle

Terry Skolnik

Volume 67, numéro 3, march 2022

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1098443ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1098443ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (imprimé)

1920-6356 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Skolnik, T. (2022). Rééquilibrer le rôle de la Cour suprême du Canada en procédure criminelle. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 67(3), 259–294. <https://doi.org/10.7202/1098443ar>

Résumé de l'article

Durant les deux dernières décennies, la Cour suprême du Canada a créé et a autorisé de nouveaux pouvoirs policiers qui sont exercés de façon routinière. Les pouvoirs d'intercepter des conducteurs au hasard, de détenir des individus pour fin d'enquête et d'effectuer des fouilles par palpation préventive en sont des exemples. La Cour a affirmé que les juges ont la compétence de recourir à la « doctrine des pouvoirs policiers accessoires » pour combler des vides législatifs dans le domaine de la procédure criminelle.

La création judiciaire des pouvoirs policiers est problématique, et cela, à plusieurs égards. La doctrine des pouvoirs policiers accessoires contrevient à la séparation des pouvoirs et mine la primauté du droit. L'exercice des pouvoirs policiers accessoires engendre également du profilage racial et social et de la discrimination. Malgré l'élargissement des pouvoirs policiers, les tribunaux n'ont pas élargi de façon concurrente la portée des recours civils qui visent à contrer l'inconduite policière. Comment rééquilibrer le rôle de la Cour suprême de manière à favoriser la séparation des pouvoirs, à promouvoir la primauté du droit et à mieux protéger les droits et libertés fondamentaux?

Cet article démontre comment la doctrine des pouvoirs policiers accessoires a transformé le rôle de la Cour suprême en matière de procédure criminelle, notamment, de protecteur des droits fondamentaux à créateur de pouvoirs policiers qui portent atteinte à ces droits. L'article explique comment la Cour suprême pourrait rééquilibrer le rôle des trois branches du gouvernement en procédure criminelle et réorienter les tribunaux vers leur fonction primordiale de protecteurs des droits fondamentaux dans ce domaine du droit. La dernière partie de l'article propose quatre solutions pour atteindre ces objectifs de manière à mieux respecter la séparation des pouvoirs, la primauté de droit et les droits et libertés.

RÉÉQUILIBRER LE RÔLE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA EN PROCÉDURE CRIMINELLE

*Terry Skolnik**

Durant les deux dernières décennies, la Cour suprême du Canada a créé et a autorisé de nouveaux pouvoirs policiers qui sont exercés de façon routinière. Les pouvoirs d'intercepter des conducteurs au hasard, de détenir des individus pour fin d'enquête et d'effectuer des fouilles par palpation préventive en sont des exemples. La Cour a affirmé que les juges ont la compétence de recourir à la « doctrine des pouvoirs policiers accessoires » pour combler des vides législatifs dans le domaine de la procédure criminelle.

La création judiciaire des pouvoirs policiers est problématique, et cela, à plusieurs égards. La doctrine des pouvoirs policiers accessoires contrevient à la séparation des pouvoirs et mine la primauté du droit. L'exercice des pouvoirs policiers accessoires engendre également du profilage racial et social et de la discrimination. Malgré l'élargissement des pouvoirs policiers, les tribunaux n'ont pas élargi de façon concurrente la portée des recours civils qui visent à contrer l'inconduite policière. Comment rééquilibrer le rôle de la Cour suprême de manière à favoriser la séparation des pouvoirs, à promouvoir la primauté du droit et à mieux protéger les droits et libertés fondamentaux?

Cet article démontre comment la doctrine des pouvoirs policiers accessoires a transformé le rôle de la Cour suprême en matière de procédure criminelle, notamment, de protecteur des droits fondamentaux à créateur de pouvoirs policiers qui portent atteinte à ces droits. L'article explique comment la Cour suprême pourrait rééquilibrer le rôle des trois branches du gouvernement en procédure criminelle et réorienter les tribunaux vers leur fonction primordiale de protecteurs des droits fondamentaux dans ce domaine du droit. La dernière partie de l'article propose quatre solutions pour atteindre ces objectifs de manière à mieux respecter la séparation des pouvoirs, la primauté de droit et les droits et libertés.

During the last two decades, the Supreme Court of Canada created and authorized new police powers that are exercised routinely. For example, the Court authorized police officers to stop motor vehicles at random, detain individuals for investigative purposes, and carry out preventive frisk searches on people. The Court stated that judges can use the “ancillary powers doctrine” to create new police powers that fill legislative gaps.

The judicial creation of police powers is problematic in several respects. The ancillary powers doctrine is inconsistent with the separation of powers and undermines the rule of law. The exercise of ancillary powers results in racial and social profiling as well as discrimination. Although the judiciary broadened the scope of ancillary police powers, judges did not concurrently expand the scope of civil remedies related to police misconduct. How should the Supreme Court redefine its role within criminal procedure to better safeguard the separation of powers, promote the rule of law, and protect individuals' fundamental rights and freedoms?

This article demonstrates how the ancillary powers doctrine transformed the Supreme Court's role within criminal procedure. The Court has shifted away from its core function as guardian of fundamental rights and instead creates police powers that undermine these rights. The article explains how the Supreme Court could rebalance the three branches of government's respective roles within criminal procedure and redirect judges towards their primary function: protecting fundamental rights. The last part of the article offers four solutions to fulfil these objectives, and ultimately, better respect the separation of power, the rule of law, and individuals' fundamental rights and freedoms.

* Professeur adjoint, Université d'Ottawa, Faculté de droit civil. Je tiens à remercier Anna Maria Konewka, Edward Béchard-Torres, Mariève Lacroix, Nayla El Zir, Nicolas Tremblay et Olga Abimana pour leurs commentaires sur des ébauches précédentes de cet article. Je remercie également Heeba Ghouri, Nickolas Eburne, Gaëlla Kazanamahoro et Olga Abimana pour leur assistance en matière de recherche, ainsi que la Fondation Juge Raoul Barbe et Yolande Larose pour leur généreux soutien financier en lien avec la Bourse Barbe-Larose. En dernier lieu, je tiens à remercier l'équipe éditorial de la Revue de droit de McGill pour leur excellent travail. Leurs commentaires et suggestions ont grandement amélioré la substance de mes arguments, la cohésion du texte et la qualité du français. Le genre masculin a été utilisé par souci de concision.

Introduction	261
I. Avant l'ascension des pouvoirs policiers accessoires	263
II. L'aube des pouvoirs policiers accessoires et le test <i>Waterfield</i>	265
III. La manque d'encadrement des pouvoirs policiers accessoires	268
<i>A. Les fouilles par palpation préventive</i>	268
<i>B. Les interceptions au hasard</i>	270
<i>C. Les détentions pour fin d'enquête et les interpellations</i>	272
1. Survol de la détention pour fin d'enquête et des questions préliminaires	272
2. Les problèmes associés à la détention pour fin d'enquête et aux questions préliminaires	275
IV. Les failles du contrôle judiciaire	278
<i>A. Les failles du contrôle judiciaire en procédure criminelle</i>	278
<i>B. Les failles du contrôle judiciaire en droit privé</i>	281
V. Rétablir le rôle judiciaire en procédure criminelle	285
<i>A. Abandonner la doctrine des pouvoirs policiers accessoires</i>	286
<i>B. Encadrer les pouvoirs policiers et exiger la collecte de données</i>	287
<i>C. Modifier certaines doctrines de procédure criminelle</i>	288
<i>D. Accroître le rôle du droit à l'égalité au sein du droit criminel</i>	290
Conclusion	293

Introduction

Traditionnellement, les tribunaux sont perçus comme protecteurs des droits et libertés fondamentaux¹. Le Parlement et l'exécutif sont considérés comme étant les branches du gouvernement les plus susceptibles de porter atteinte aux droits constitutionnels². Selon cette conception, les juges exercent un pouvoir contre-majoritaire qui protège les individus des actions abusives des acteurs étatiques³. Par exemple, dans les domaines du droit criminel et de la procédure criminelle, les tribunaux sont amenés à exclure la preuve inconstitutionnellement obtenue, à élaborer des doctrines et des tests préventifs qui dissuadent l'inconduite policière et à déclarer des lois inconstitutionnelles⁴. Même s'il n'existe aucun consensus par rapport à cette conception théorique ou pragmatique du rôle des tribunaux, la doctrine et les décisions judiciaires décrivent généralement ce paradigme⁵.

Cet article démontre comment la doctrine des pouvoirs policiers accessoires a transformé le rôle de la Cour suprême du Canada en matière de procédure criminelle. Cette doctrine, adoptée par la plus haute juridiction du pays autorise les juges à créer des pouvoirs policiers afin de combler des lacunes législatives⁶. Par cette doctrine, la Cour suprême est passée d'un rôle de protecteur des droits et libertés fondamentaux à celui de créateur judiciaire de pouvoirs policiers qui portent atteinte à ces droits et libertés⁷.

¹ Voir *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 RCS 486 à la p 503, 24 DLR (4^e) 536.

² Voir Alexander M Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2^e éd, New Haven (Conn), Yale University Press, 1986 à la p 1.

³ Voir *R c Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295 aux pp 336–37, 18 DLR (4^e) 321; *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 aux para 35–36; *Fleming c Ontario*, 2019 CSC 45 au para 38 [*Fleming*]; Louis Lebel, « Reconnaissance et effectivité des droits fondamentaux : la fonction démocratique des tribunaux constitutionnels » (2015) hors-série RQDI 25 à la p 30.

⁴ Voir Gérald-A Beaudoin, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois » (2003) 48:2 RD McGill 325 aux pp 334–37; Julie Desrosiers, « La conception jurisprudentielle de la notion de “confiance du public dans l'administration de la justice pénale” » (2020) 61:1 C de D 35 aux pp 50–53; Joseph D Grano, « Prophylactic Rules in Criminal Procedure: A Question of Article III Legitimacy » (1985-1986) 80:1 Nw UL Rev 100 aux pp 109–11.

⁵ Voir par ex *R c Jordan*, 2016 CSC 27 au para 115; *R c Wong*, [1990] 3 RCS 36 à la p 57, 60 CCC (3^e) 460 [*R c Wong*]; Lorraine E Weinrib, « The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights under Canada's Constitution » (2001) 80:1/2 R du B can 699 aux pp 701–03.

⁶ Voir *Fleming*, *supra* note 3 au para 42.

⁷ Pour un historique de cette doctrine, voir Daniel Jutras, « *Dedman c. R.* : Pouvoir et fonction se confondent » (1986) 31:2 RD McGill 333 à la p 338.

La doctrine des pouvoirs policiers accessoires engendre plusieurs problèmes persistants. En appliquant le test *Waterfield*, ces pouvoirs ont été créés sans se confronter à un processus démocratique rigoureux, sans évaluer l'impact des pouvoirs policiers sur les droits fondamentaux et sans analyser en détail la proportionnalité entre les effets bénéfiques et préjudiciables de ces pouvoirs⁸. Ils ont également exacerbé divers problèmes au sein du système de justice pénale : le profilage racial et social, le racisme systémique, la violation impunie des droits fondamentaux et une perte de confiance envers le système de justice⁹. De plus, la doctrine des pouvoirs policiers accessoires dissuade la branche législative de légiférer en matière de procédure criminelle¹⁰.

Cet article explique comment la Cour suprême peut rééquilibrer le rôle des trois branches du gouvernement en procédure criminelle. Il décrit pourquoi ce rééquilibrage est nécessaire afin de respecter la séparation des pouvoirs, de promouvoir la primauté du droit, de mieux prévenir et remédier au profilage racial et social et de protéger les droits et libertés fondamentaux. La dernière partie de l'article propose quatre solutions pragmatiques pour que la Cour suprême renoue avec sa fonction principale de protéger les droits et libertés fondamentaux dans le domaine de la procédure criminelle.

Évidemment, ces propositions n'éradiqueront pas les problèmes structureux enracinés dans le système de justice pénale et dans la société, tels que le profilage racial et social, la discrimination et les abus de pouvoir. Cependant, ces propositions peuvent améliorer l'état actuel du droit criminel et de la procédure criminelle ainsi que leur application quotidienne par les différents acteurs du système de justice pénale.

⁸ Voir *R v Waterfield*, [1963] 3 All ER 659 à la p 661, [1964] 1 QB 164 [*Waterfield*]. Voir aussi James Stribopoulos, « In Search of Dialogue: The Supreme Court, Police Powers and the *Charter* » (2005) 31:1 Queen's LJ 1 aux pp 19–30 [Stribopoulos, « Dialogue »]; Steve Coughlan, « Common Law Police Powers and the Rule of Law » (2007) 47:6 Crim Reports 266 à la p 267 [Coughlan, « Rule of Law »]; Tim Quigley, « Brief Investigatory Detentions: A Critique of *R. v. Simpson* » (2004) 41:4 Alta L Rev 935 à la p 950.

⁹ Voir Alexandre Boucher, François Lacasse et Thierry Nadon, « La création de la détention pour enquête en common law : dérive jurisprudentielle ou évolution nécessaire ? Un point de vue pragmatique » (2009) 50:3/4 C de D 771 aux pp 800–01; David M Tanovich, « The Colourless World of *Mann* » (2004) 21 RJC 47 [Tanovich, « Colourless World »]; Ranjan Agarwal et Joseph Marcus, « Where There Is No Remedy, There Is No Right: Using *Charter* Damages to Compensate Victims of Racial Profiling » (2015) 34:1 RNDC 75 aux pp 77, 79–84 (cet article traite de l'inefficacité des recours civils en matière de profilage racial).

¹⁰ Voir Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 8 aux pp 70–71.

I. Avant l'ascension des pouvoirs policiers accessoires

Dans une démocratie constitutionnelle, le législateur adopte les lois, tandis que les tribunaux évaluent leur constitutionnalité. La branche judiciaire est l'institution principale qui contrôle les abus policiers, les lois et politiques étatiques inconstitutionnelles ainsi que les comportements arbitraires des forces de l'ordre¹¹. Avant la création de la doctrine des pouvoirs policiers accessoires — et peu de temps après son avènement en droit canadien — la procédure criminelle respectait le modèle du dialogue constitutionnel¹².

En 1990, dans *R c. Wong*, la Cour suprême a été confrontée à la question du pouvoir des policiers d'enregistrer subrepticement, par magnéto-scope, l'intérieur de la chambre d'hôtel d'un accusé¹³. Dans cette affaire, les policiers voulaient acquérir de la preuve démontrant que l'accusé exploitait une maison de jeu « flottante » ; ils n'avaient aucune autre façon d'accéder à la chambre d'hôtel (les agents doubles du service de police en question étaient connus par l'accusé et son entourage)¹⁴. À l'époque de la décision, aucune disposition du *Code criminel* n'autorisait cette méthode d'enquête. Les policiers avaient néanmoins procédé à l'enregistrement magnétoscopique de l'accusé, captant l'accusé et ses collègues en train d'opérer une maison de jeu illégale¹⁵. La Cour suprême a déterminé que les policiers avaient effectué une perquisition illégale qui contrevenait à l'article 8 de la *Charte canadienne*¹⁶.

¹¹ Voir Michel Bastarache, « La *Charte canadienne des droits et libertés*, reflet d'un phénomène mondial ? » (2007) 48:4 C de D 735 à la p 740; Stéphane Bernatchez, « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel ? » (2010) 55:3 RD McGill 641 aux pp 644–46.

¹² Voir Boucher, Lacasse et Nadon, *supra* note 9 aux pp 795–96; James Stribopoulos, « Packer's Blind Spot: Low Visibility Encounters and the Limits of Due Process versus Crime Control » dans François Tanguay-Renaud et James Stribopoulos, dir, *Rethinking Criminal Law Theory: New Canadian Perspectives in the Philosophy of Domestic, Transnational, and International Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 193 à la p 211; Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001 aux pp 176–79; Peter W Hogg et Allison A Bushell, « The *Charter* Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the *Charter of Rights* Isn't Such a Bad Thing after All) » (1997) 35:1 Osgoode Hall LJ 75 aux pp 89–90. Les exemples de *R c Wong* (*supra* note 5), *R c Feeney* ([1997] 2 RCS 13, 146 DLR (4e) 609 [*Feeney* avec renvois aux RCS]) et *R c Wise* ([1992] 1 RCS 527, [1992] ACS no 16 [*Wise* avec renvois aux RCS]) sont mentionnés dans ces sources.

¹³ *R c Wong*, *supra* note 5.

¹⁴ *Ibid* aux pp 41–43.

¹⁵ Voir *ibid* aux pp 41–43, 55.

¹⁶ Voir *ibid* à la p 53; *Charte canadienne des droits et libertés*, art 8, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*].

Au lieu de créer un nouveau pouvoir policier, la Cour suprême a laissé au Parlement la possibilité de créer un nouveau type de mandat¹⁷. Selon la Cour, ce mandat permettrait aux policiers d'effectuer une technique d'enquête qui porterait atteinte à l'article 8 de la *Charte canadienne* sans autorisation judiciaire préalable¹⁸. Quelques mois plus tard, c'est exactement ce que le Parlement a fait¹⁹. Cela dit, les exigences imposées par le législateur sont *plus* strictes que celles décrites par la Cour dans *R c. Wong*²⁰.

Similairement, dans *R c. Feeney* en 1997, un policier est entré sans mandat dans la roulotte où habitait l'accusé afin d'enquêter sur un homicide²¹. À l'époque, la décision *R c. Landry* (qui avait été rendue dix ans auparavant) autorisait de telles entrées sans mandat²². Dans *R c. Feeney*, après être entré dans la roulotte de l'accusé, le policier a questionné ce dernier²³. À la suite d'une déclaration incriminante, le policier a arrêté l'accusé et a obtenu un mandat de perquisition qui a mené à la saisie d'une gamme de preuves incriminantes²⁴. Toutefois, au lieu de créer un nouveau pouvoir policier qui autoriserait les arrestations sans mandat dans une maison d'habitation, la Cour suprême a décidé que l'enquête et les saisies étaient illégales²⁵. Les juges ont écarté la majorité de la preuve et ont ordonné un nouveau procès²⁶. La Cour suprême a déterminé que les policiers avaient besoin d'obtenir une autorisation judiciaire au préalable afin d'effectuer une arrestation dans une maison d'habitation²⁷. Quelques mois plus tard, le législateur a adopté ce qui est maintenant l'article 529.1 du *Code criminel* qui prévoit le mandat d'entrée²⁸ et respecte les exigences décrites dans *R c. Feeney* par la Cour suprême.

¹⁷ Voir *R c. Wong*, *supra* note 5 à la p 57.

¹⁸ Voir *ibid.*

¹⁹ Voir *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 487.01.

²⁰ Voir Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 8 à la p 67, n 316.

²¹ *Feeney*, *supra* note 12 à la p 25.

²² [1986] 1 RCS 145, 26 DLR (4^e) 368; David Paciocco, *Getting Away with Murder: The Canadian Criminal Justice System*, Toronto, Irwin Law, 1999 aux pp 127–29; Tim Quigley, « The Impact of the Charter on the Law of Search and Seizure » (2008) 40 SCLR 117 à la p 129 [Quigley, « Impact of the Charter »].

²³ *Feeney*, *supra* note 12 au para 4.

²⁴ Voir *ibid* au para 11.

²⁵ Voir *ibid* au para 84.

²⁶ Voir *ibid.*

²⁷ Voir *ibid* au para 49.

²⁸ *Code criminel*, *supra* note 19, art 529.1; Peter W Hogg et Allison A Thornton, « Reply to "Six Degrees of Dialogue" » (1999) 37:3 Osgoode Hall LJ 529 aux pp 530–31.

La décision *R c. Wise* est un autre exemple de dialogue constitutionnel²⁹. Les policiers ont installé un dispositif subreptice sous le véhicule de l'accusé afin de le localiser³⁰. La Cour suprême a conclu que l'utilisation de ce dispositif de localisation portait atteinte à l'article 8 de la *Charte canadienne*³¹. Les juges ont énoncé qu'il était loisible au législateur de créer une nouvelle disposition législative qui gouverne ce type de dispositifs³². Cette décision a amené le législateur à adopter l'article 492.1 du *Code criminel* : le mandat pour installer un dispositif de localisation³³.

II. L'aube des pouvoirs policiers accessoires et le test *Waterfield*

Certains pouvoirs policiers sont prévus dans le *Code criminel*. Les pouvoirs d'arrestation, d'obtention de mandats et de détention sous garde en sont des exemples³⁴. Cependant, un nombre important de pouvoirs policiers qui sont exercés quotidiennement ont été créés ou autorisés par les tribunaux³⁵. Les pouvoirs d'intercepter des véhicules au hasard, de faire des barrages routiers, de détenir des individus pour fin d'enquête, de fouiller des individus par palpation préventive ou des individus, automobiles et cellulaires accessoirement à l'arrestation et de déployer un chien renifleur sont tous des pouvoirs policiers créés par la Cour suprême³⁶.

La décision *Dedman c. La Reine* a affirmé que les tribunaux peuvent créer de nouveaux pouvoirs policiers qui ne sont pas expressément prévus par le *Code criminel* en employant la « doctrine des pouvoirs accessoires »³⁷. Selon la Cour suprême, cette doctrine vise à combler des la-

²⁹ *Wise*, *supra* note 12.

³⁰ Voir *ibid* aux pp 549–52.

³¹ Voir *ibid* à la p 538.

³² Voir *ibid* aux pp 548–49.

³³ Voir *Code criminel*, *supra* note 19, art 492.1; James Stribopoulos, « A Failed Experiment? Investigative Detention: Ten Years Later » (2003) 41:2 *Alta L Rev* 335 à la p 387, n 267 [Stribopoulos, « Failed Experiment »].

³⁴ Voir *Code criminel*, *supra* note 19, arts 495, 487, 498 (concernant, respectivement, les arrestations sans mandat, les mandats de perquisition, et les détentions sous garde par les policiers).

³⁵ Voir Terry Skolnik et Vanessa MacDonnell, « Policing Arbitrariness: *Fleming v. Ontario* and the Ancillary Powers Doctrine » (2021) 100 *SCLR* 187 à la p 194.

³⁶ Voir Richard Jochelson et al, « Generation and Deployment of Common Law Police Powers by Canadian Courts and the Double-Edged Charter » (2020) 28:1 *Crit Criminol* 107 aux pp 112–13.

³⁷ [1985] 2 *RCS* 2 aux pp 32–36, 20 *DLR* (4e) 321 [*Dedman*].

cunes législatives en matière de procédure criminelle³⁸. Dans *Dedman*, la majorité de la Cour a développé un test en deux étapes pour créer ces nouveaux pouvoirs. Ce test a été défini dans la décision *R v. Waterfield* de la Cour d'appel d'Angleterre³⁹.

À la première étape du test *Waterfield*, le tribunal doit déterminer si le pouvoir policier en question s'inscrit dans le cadre général des devoirs policiers, tel que le maintien de la paix, la prévention du crime ou la protection des personnes ou des biens⁴⁰. Lors de la deuxième étape de ce test, le tribunal doit s'assurer que le pouvoir policier est raisonnablement nécessaire pour accomplir ce devoir⁴¹. Depuis l'an 2000, les juges de la Cour suprême ont créé de nouveaux pouvoirs policiers dans la majorité des cas où l'État évoque ce besoin⁴².

La doctrine des pouvoirs accessoires est critiquée pour différentes raisons. Premièrement, cette doctrine contrevient à la séparation des pouvoirs, puisque c'est au législateur de créer des pouvoirs policiers et non aux tribunaux⁴³. Selon cet argument, les pouvoirs policiers accessoires manquent de légitimité démocratique⁴⁴. Puisque les juges sont nommés et non élus, les pouvoirs sont donc créés par ces mêmes juges à l'extérieur du processus démocratique normal qui reflète la volonté majoritaire⁴⁵. Le pouvoir contre-majoritaire des juges est difficile à concilier avec la création de pouvoirs policiers qui minent les droits des individus⁴⁶.

Deuxièmement, la doctrine des pouvoirs policiers accessoires contrevient aux principes de légalité et de la primauté du droit⁴⁷. Puisque les juges créent des pouvoirs policiers après coup, les individus ne sont pas

³⁸ Voir *Fleming*, *supra* note 3 au para 42; Richard Jochelson, « Crossing the Rubicon – Of Sniffer Dogs, Justifications, and Preemptive Deference » (2008) 13:2 R études const 67 aux pp 69, 71–72 [Jochelson, « Crossing the Rubicon »].

³⁹ Voir *Waterfield*, *supra* note 8.

⁴⁰ Voir *Fleming*, *supra* note 3 au para 82.

⁴¹ Voir *ibid* au para 47.

⁴² Voir Jochelson et al, *supra* note 36 à la p 116.

⁴³ Voir Don Stuart, « The Charter and Criminal Justice » dans Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, 795 aux pp 800–01; James Stribopoulos, « Unchecked Power: The Constitutional Regulation of Arrest Reconsidered » (2003) 48:2 RD McGill 225 aux pp 262–63.

⁴⁴ Voir Stribopoulos, « Failed Experiment », *supra* note 33 aux pp 382–83.

⁴⁵ Voir Quigley, « Impact of the Charter », *supra* note 22 aux pp 137–38.

⁴⁶ Voir Jochelson, « Crossing the Rubicon », *supra* note 38 aux pp 91–92.

⁴⁷ Voir Coughlan, « Rule of Law », *supra* note 8 à la p 267.

capables de cerner l'étendue et les limites de ces pouvoirs⁴⁸. En d'autres termes, étant donné qu'un nombre important des pouvoirs policiers sont des créations de la jurisprudence, il est difficile pour la population de se renseigner sur la légalité des interventions policières⁴⁹. De même, dans l'éventualité où les individus consultent le *Code criminel* afin de comprendre ces pouvoirs, ils auront une mauvaise compréhension de l'étendue de l'autorité des policiers.

Troisièmement, les pouvoirs policiers accessoires engendrent du profilage racial et social⁵⁰. Les études empiriques démontrent que l'usage de certains pouvoirs policiers affectent les Autochtones, les personnes noires et les personnes racisées de façon disproportionnée⁵¹. Qui plus est, dans un nombre important de décisions de la Cour suprême créant un nouveau pouvoir policier, les juges ont omis de considérer certaines réalités. Ces derniers n'ont en effet tenu compte ni de l'éventualité que ce pouvoir en-

⁴⁸ Voir *ibid* à la p 268.

⁴⁹ Voir ML Friedland, « Reforming Police Powers: Who's in Charge? » dans RC MacLeod et David Schneiderman, dir, *Police Powers in Canada: The Evolution and Practice of Authority*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, 100 à la p 103.

⁵⁰ Voir Terry Skolnik, « Racial Profiling and the Perils of Ancillary Police Powers » (2021) 99:2 R du B can 429 à la p 435 [Skolnik, « Perils »]. Selon la Commission des droits de la personne et de la jeunesse, le profilage racial et social se définit comme suit:

Le profilage racial [et social] désigne toute action prise par une ou des personnes en situation d'autorité à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public, qui repose sur des facteurs d'appartenance réelle ou présumée, tels la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou la religion ou la condition sociale, sans motif réel ou soupçon raisonnable, et qui a pour effet d'exposer la personne à un examen ou à un traitement différent.

Voir Michèle Turenne, « Profilage racial : mise en contexte et définition » (juin 2005) à la p 15, en ligne (pdf) : *Commission des droits de la personne et de la jeunesse* <www.cdpcj.qc.ca> [perma.cc/V7KR-NQSX] [nos soulignements]. Voir aussi Céline Bellet et Marie-Ève Sylvestre, « La judiciarisation de l'itinérance à Val d'Or » à la p 49 et s, en ligne (pdf) : *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics* <www.cerp.gouv.qc.ca> [perma.cc/4MLU-YZBL].

⁵¹ Voir Scot Wortley, « Halifax, Nova Scotia : Street Checks Report » (mars 2019) aux pp 39–40, en ligne (pdf) : *Nova Scotia Human Rights Commission* <humanrights.novascotia.ca> [perma.cc/3WLX-UHTN]; Lorne Foster, Les Jacobs et Bobby Siu, « Race Data and Traffic Stops in Ottawa, 2013-2015: A Report on Ottawa and the Police Districts » (octobre 2016) aux pp 3–5, en ligne (pdf) : *Ottawa Police Service* <ottawa-police.ca> [perma.cc/7CYJ-R8MK]; « Un impact disparate : Deuxième rapport provisoire relatif à l'enquête sur le profilage racial et la discrimination à l'endroit des personnes noires au sein du service de police de Toronto » (août 2020) aux pp 6–7, en ligne (pdf) : *Commission ontarienne des droits de la personne* <ohrc.on.ca> [perma.cc/3NTS-ZBPX] [Commission ontarienne, « Impact disparate »].

gendre de la discrimination, ni de la réalité du racisme systémique⁵². Le problème fondamental du test *Waterfield* est que les pouvoirs policiers créés par les tribunaux ne sont pas assujettis à une analyse rigoureuse de la proportionnalité en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne*⁵³. En conséquence, les tribunaux ne considèrent pas si les effets préjudiciables d'un nouveau pouvoir policier — notamment, la discrimination, le profilage racial et social et les atteintes à la dignité et à l'égalité — l'emportent sur ses effets bénéfiques⁵⁴.

III. Le manque d'encadrement des pouvoirs policiers accessoires

Au-delà de ces trois maux décrits précédemment — l'incongruité avec la séparation des pouvoirs, la discordance avec la primauté du droit et le profilage racial et social — les pouvoirs policiers accessoires créent d'autres problèmes. Notamment, ces pouvoirs manquent d'encadrement suffisant et les tribunaux contrôlent l'inconduite policière de manière inefficace⁵⁵. Plus spécifiquement, tant en procédure criminelle qu'en droit privé⁵⁶, plusieurs pouvoirs policiers ne sont pas balisés par une protection constitutionnelle adéquate. De plus, les mécanismes existants ne réussissent pas à tenir les policiers responsables de leurs inconduites et à prévenir ces dernières. Quelques exemples illustrent ces points.

A. *Les fouilles par palpation préventive*

Considérons en premier lieu, le pouvoir des policiers de fouille par palpation préventive qui a été créé par la Cour suprême dans la décision *R c. Mann* en 2004⁵⁷. Selon cette décision, les policiers peuvent fouiller un individu par palpation préventive lorsqu'ils ont satisfait à deux conditions. Premièrement, la détention pour fin d'enquête de l'accusé doit être légale. Les policiers doivent donc avoir des motifs raisonnables de soup-

⁵² Voir Skolnik, « Perils », *supra* note 50 aux pp 437–39; Tanovich, « Colourless World », *supra* note 9.

⁵³ Voir Vanessa MacDonnell, « Assessing the Impact of the Ancillary Powers Doctrine on Three Decades of Charter Jurisprudence » (2012) 57 SCLR 225 aux pp 235–36.

⁵⁴ Voir Skolnik, « Perils », *supra* note 50 aux pp 453–54.

⁵⁵ Voir James Stribopoulos, « The Limits of Judicially Created Police Powers: Investigative Detention after *Mann* » (2007) 52:3/4 Crim LQ 299 aux pp 304-08 [Stribopoulos, « After *Mann* »]; Debra Livingston, « Police Discretion and the Quality of Life in Public Places: Courts, Communities, and the New Policing » (1997) 97:3 Colum L Rev 551 à la p 561.

⁵⁶ Voir Samuel Walker, *Taming the System: The Control of Discretion in Criminal Justice, 1950-1990*, New York, Oxford University Press, 1993 à la p 21.

⁵⁷ 2004 CSC 52 au para 3 [*Mann*].

çonner que l'accusé est impliqué dans une infraction récente ou en cours et que la détention est nécessaire⁵⁸. Deuxièmement, les policiers doivent avoir des motifs raisonnables de croire que leur sécurité est menacée⁵⁹. Dans *Mann*, la Cour n'a pas abordé la possibilité que ce pouvoir soit exercé de façon disproportionnée sur les Autochtones et les personnes issues de communautés racisées, et ce, nonobstant le fait que M. Mann était un jeune homme Autochtone⁶⁰. Cette omission a engendré plusieurs conséquences importantes, notamment l'absence de mécanismes de contrôle imposés aux policiers qui exercent ce pouvoir.

Premièrement, la Cour suprême n'a imposé aucune obligation aux policiers de documenter leurs fouilles ou de recueillir des données qui pourraient permettre de déterminer dans quelle mesure les personnes Autochtones et les personnes issues de communautés racisées sont fouillées de façon disproportionnée⁶¹. Peu de données permettent aujourd'hui de déterminer l'étendue du profilage racial associé à ces fouilles⁶².

Deuxièmement, il n'y a aucune obligation pour l'État de publier des statistiques concernant l'emploi de ce pouvoir policier. Pourtant, une obligation similaire existe dans d'autres juridictions⁶³. Pour ces raisons, tant le gouvernement, les corps policiers et les membres du public ne sont pas en mesure de connaître l'étendue de la réalité du profilage racial en matière de fouilles par palpation préventive⁶⁴.

Troisièmement, la Cour suprême n'a pas exigé des policiers qu'ils remettent un reçu à l'individu comme preuve de la fouille, ce qui pourrait aider l'individu à en contester la légitimité⁶⁵. L'exigence de remettre un

⁵⁸ Voir *ibid* aux para 34, 66–68.

⁵⁹ Voir *ibid* au para 40.

⁶⁰ Voir Tanovich, « Colourless World », *supra* note 9.

⁶¹ Voir Akwasi Owusu-Bempah et Scot Wortley, « Race, Crime, and Criminal Justice in Canada » dans Sandra M Bucerius et Michael Tonry, dir, *The Oxford Handbook of Ethnicity, Crime, and Immigration*, New York, Oxford University Press, 2014, 281 aux pp 287-89.

⁶² Voir Akwasi Owusu-Bempah et Paul Millar, « Research Note: Revisiting the Collection of "Justice Statistics by Race" in Canada » (2010) 25:1 RCDS 97 à la p 104.

⁶³ Voir par ex « Stop and think: A critical review of the use of stop and search powers in England and Wales » (mars 2010) à la p 22, en ligne (pdf) : *Equality and Human Rights Commission* <equalityhumanrights.com> [perma.cc/5P5R-HY8H] [*Equality and Human Rights Commission*] (en Angleterre, des informations sur les fouilles sont recueillies et publiées); *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R-U), c 60, art 5 [*Police Act RU*].

⁶⁴ Voir Owusu-Bempah et Millar, *supra* note 62.

⁶⁵ Voir David M Tanovich, « E-Racing Racial Profiling » (2004) 41:4 *Alta L Rev* 905 aux pp 921–23 [Tanovich, « E-Racing »].

reçu ou un rapport existe dans d'autres juridictions de common law. En Angleterre, le *Police and Criminal Evidence Act 1984* exige que les policiers remettent un reçu à un individu qui a été fouillé par les policiers, et ce, à la demande de l'individu⁶⁶. Ces documents indiquent notamment le numéro associé à la fouille, le nom des policiers impliqués et leurs matricules, les motifs de la fouille, le résultat de la fouille et l'ethnicité de l'individu qui a été fouillé⁶⁷. Ces statistiques permettent aux corps policiers d'identifier des tendances de profilage racial indiquant que les policiers fouillent des individus issus de certaines communautés de façon disproportionnée. De plus, le gouvernement doit publier ces statistiques sur son site web⁶⁸.

B. Les interceptions au hasard

Le deuxième exemple de pouvoir policier accessoire qui manque d'encadrement est celui autorisant les policiers d'intercepter des conducteurs au hasard. Initialement, dans *Dedman c. La Reine*, la Cour suprême avait créé le pouvoir policier d'effectuer des barrages routiers.⁶⁹ Par la suite, dans la décision *R c. Ladouceur* de 1990, la Cour a élargi l'étendue de ce pouvoir en affirmant qu'une disposition législative permettant les interceptions au hasard était constitutionnelle⁷⁰. Notons que dans *Ladouceur*, la Cour a analysé la constitutionnalité d'une disposition législative qui autorisait les interceptions au hasard. Cependant, la Cour a affirmé que le pouvoir d'interception au hasard avait été justifié à l'origine dans *Dedman* et que ce pouvoir était prescrit par la common law⁷¹. Même si elle examinait la constitutionnalité d'une disposition législative, la Cour a néanmoins étendu la portée d'un pouvoir policier créé initialement par les tribunaux. Remarquons comment ce pouvoir souffre des mêmes failles que le pouvoir de fouille par palpation préventive : il n'existe aucune obligation de documenter les interceptions, de recueillir des données,

⁶⁶ *Police Act* RU, *supra* note 63, art 3. Voir aussi Tanovich, « E-Racing », *supra* note 65 aux pp 921–23. Notez qu'en principe, les policiers doivent immédiatement remettre un rapport de la fouille à l'individu. Cependant, lorsque ce n'est pas possible parce que les policiers doivent répondre à un autre appel de plus haute priorité, ils doivent remettre un reçu indiquant comment l'individu peut obtenir un rapport plus complet de la fouille (voir Home Office, « Code of Practice », (2014) arts 4.1, 4.2, en ligne (pdf) : *GOV UK* <assets.publishing.service.gov.uk> [perma.cc/B2SM-3JD6]).

⁶⁷ Voir Tanovich, « E-Racing », *supra* note 65 à la p 922.

⁶⁸ Voir Home Office, « Ethnicity Facts and Figures: Stop and Search » (22 février 2021), en ligne : *GOV UK* <www.ethnicity-facts-figures.service.gov.uk> [perma.cc/4ZWG-C7B3].

⁶⁹ *Dedman*, *supra* note 37.

⁷⁰ [1990] 1 RCS 1257, 41 DLR (4e) 682 [*Ladouceur*].

⁷¹ Voir *ibid* à la p 1278.

de publier des statistiques ou de remettre un reçu de l'intervention aux conducteurs⁷².

Cependant, le pouvoir d'interception au hasard est plus pernicieux, et cela, à plusieurs égards. D'abord, ce pouvoir n'impose aucun fardeau de la preuve aux policiers pour pouvoir être exercé, tel que des motifs raisonnables de soupçonner ou de croire que la personne est reliée à une infraction criminelle⁷³. Ils sont seulement tenus d'offrir un motif valable pour les interceptions aléatoires, tel que la vérification du permis de conduire du conducteur, l'état mécanique du véhicule ou la sobriété du conducteur⁷⁴. Comme plusieurs le soutiennent, il est difficile pour les personnes interceptées de prouver qu'elles ont fait l'objet d'un profilage racial ou social lors d'une interception au hasard⁷⁵.

Depuis *Ladouceur*, la protection des droits constitutionnels des conducteurs est davantage affaiblie⁷⁶. Dans la décision *R c. Nolet* de 2010, la Cour suprême a élargi le pouvoir des policiers d'entreprendre une enquête criminelle lors de l'interception d'un conducteur⁷⁷. Dans *Nolet*, un policier a intercepté au hasard un camion semi-remorque conformément au *Highway Traffic Act* de la Saskatchewan⁷⁸. Lors de l'interception, le policier a constaté que le conducteur n'avait pas d'immatriculation proportionnelle couvrant la province, que la vignette pour le carburant était expirée et que son journal de bord était incomplet⁷⁹. Le policier a fouillé un sac du conducteur afin d'enquêter sur le journal de bord incomplet⁸⁰. Pensant qu'il s'agissait du journal de bord, il a ouvert le sac et trouvé

⁷² Voir Skolnik, « Perils », *supra* note 50 à la p 451.

⁷³ Voir Kevin Cyr, « The Police Officer's Plight: The Intersection of Policing and the Law » (2015) 52:4 Alta L Rev 889 aux pp 923–24.

⁷⁴ Voir *Ladouceur*, *supra* note 70 à la p 1259. Voir aussi Gilles Létourneau, « La nécessité de réformer législativement les pouvoirs de police et la procédure pénale » (1991) 32:1 C de D 87 à la p 89.

⁷⁵ Voir David M Tanovich, *The Colour of Justice: Policing Race in Canada*, Toronto, Irwin Law, 2006 à la p 130; David M Tanovich, « *Res Ipsa Loquitur* and Racial Profiling » (2002) 46:3/4 Crim LQ 329 à la p 331; Agarwal et Marcus, *supra* note 9 aux pp 79–80; David A Harris, « "Driving While Black" and All Other Traffic Offenses: The Supreme Court and Pretextual Traffic Stops » (1997) 87:2 J Crim L & Criminology 544 aux pp 558–59.

⁷⁶ Voir Steve Coughlan, « Charter Protection against Unlawful Police Action: Less Black and White Than it Seems » (2012) 57 SCLR 205 à la p 222.

⁷⁷ 2010 CSC 24 [*Nolet*].

⁷⁸ SS 1986, c H-3.1, art 40.

⁷⁹ Voir *Nolet*, *supra* note 77 aux para 5–6.

⁸⁰ Voir *ibid* au para 9.

115 000\$ en argent comptant⁸¹. Il a mis le conducteur en état d'arrestation pour trafic de stupéfiants. En fouillant la remorque plus tard au poste de police, le policier a découvert un compartiment dissimulé qui contenait presque 400 livres de marijuana⁸².

La question en litige était de savoir si l'enquête du policier était illégale puisqu'elle semblait être basée de façon prédominante sur une enquête de nature criminelle par opposition à une enquête liée à la circulation⁸³. La Cour suprême a déterminé que même si l'enquête était basée principalement sur des motifs d'enquête criminelle, l'intervention policière était légitime puisqu'elle poursuivait un objectif réglementaire continu⁸⁴.

Les effets combinés de *Ladouceur* et *Nolet* sont significatifs. Vu l'élargissement du pouvoir d'interception routière et le manque d'encadrement légal, ces décisions ont implicitement autorisé les policiers à effectuer des interceptions pour des raisons inappropriées ou discriminatoires, tant qu'ils sont en mesure d'invoquer un objectif réglementaire lié à la circulation⁸⁵. Plusieurs études empiriques confirment que les personnes issues de communautés racisées sont touchées par les interceptions de véhicules de manière disproportionnée⁸⁶. Ensemble, l'inexistence d'un quelconque fardeau de la preuve pour justifier une interception et la possibilité d'entreprendre une enquête criminelle liée à un motif de circulation compliquent la preuve du profilage racial ou social et l'obtention d'une réparation en cas d'intervention fondée sur un tel prétexte.

C. Les détentions pour fin d'enquête et les questions préliminaires

1. Survol de la détention pour fin d'enquête et des questions préliminaires

Le troisième exemple de pouvoir policier accessoire qui manque d'encadrement suffisant est la détention pour fin d'enquête. Ce pouvoir a initialement été créé dans la décision *R c. Mann* en 2004, revisité dans *R*

⁸¹ Voir *ibid.*

⁸² Voir *ibid* aux para 9–11.

⁸³ Voir *ibid* au para 32.

⁸⁴ Voir *ibid* au para 41.

⁸⁵ Voir Steven Penney, « Driving While Innocent: Curbing the Excesses the “Traffic Stop” Power » (2019) 24:3 RCDP 339 aux pp 350–51.

⁸⁶ Voir Wortley, *supra* note 51 aux pp 39–40; Foster, Jacobs et Siu, *supra* note 51 aux pp 3–5; Commission ontarienne, « Impact disparate », *supra* note 51 aux pp 6–7.

c. Grant en 2009 et abordé plus récemment dans *R c. Le* en 2019⁸⁷. Selon la Cour suprême, les policiers peuvent détenir un individu s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner qu'il est impliqué dans un crime récent ou en cours⁸⁸. Le moment précis du début d'une détention pour fin d'enquête est crucial. C'est à ce moment que l'individu doit être informé des raisons de sa détention, de son droit de garder le silence et de son droit à l'assistance d'un avocat⁸⁹.

Le pouvoir de détention pour fin d'enquête demeure un pouvoir relativement ambigu puisque la ligne entre détention et questions préliminaires est floue. Dans *R c. Grant* et *R c. Suberu*, la Cour suprême a reconnu la doctrine des « questions préliminaires »⁹⁰. Selon cette doctrine, les policiers peuvent questionner un individu et acquérir de l'information sans que l'intervention soit qualifiée de détention et, donc, sans que l'individu soit informé de ses droits⁹¹.

La doctrine des questions préliminaires engendre des conséquences importantes. En évaluant l'existence d'une détention psychologique, les tribunaux analysent si la personne raisonnable ayant les caractéristiques personnelles et les expériences de l'accusé se serait sentie détenue⁹². L'analyse est objective⁹³. En ce sens, lorsqu'un individu ne s'est pas senti *subjectivement* détenu lors d'un questionnement préliminaire, un tribunal peut néanmoins conclure qu'une détention psychologique a eu lieu si une personne raisonnable placée dans la même situation se serait sentie détenue⁹⁴. Inversement, même si l'accusé s'est senti *subjectivement* détenu lors d'un questionnement préliminaire, un tribunal peut conclure que la personne raisonnable ne se serait pas sentie détenue puisque l'évaluation est objective⁹⁵. L'individu peut donc se sentir obligé de donner des informations aux policiers — incluant son nom, son adresse et sa date de naissance — sans pour autant bénéficier de la protection conférée par le droit de garder le silence et du droit à l'assistance d'un avocat.

⁸⁷ Voir *Mann*, *supra* note 57 au para 3; *R c Grant*, 2009 CSC 32 [*Grant*]; *R c Le*, 2019 CSC 34.

⁸⁸ Voir *Mann*, *supra* note 57 aux para 34–35.

⁸⁹ Voir *Charte canadienne*, *supra* note 16, arts 7, 10 (assurant, respectivement, le droit au silence et le droit à l'avocat).

⁹⁰ 2009 CSC 33 au para 28 [*Suberu*]; *Grant*, *supra* note 87.

⁹¹ Voir *Suberu*, *supra* note 90; Steven Penney et James Stribopoulos, « “Detention” under the Charter after *R. v. Grant* and *R. v. Suberu* » (2010) 51 SCLR 439 à la p 450.

⁹² Voir Amar Khoday, « Ending the Erasure?: Writing Race into the Story of Psychological Detentions – Examining *R. v. Le* » (2021) 100 SCLR 165 à la p 173.

⁹³ Voir *R c Le*, *supra* note 87 aux para 114–16.

⁹⁴ Voir *ibid.*

⁹⁵ Voir *ibid.*

Les tribunaux ont interprété la doctrine des questions préliminaires de manière libérale⁹⁶. Dans *R c. Grant*, des policiers patrouillaient près de plusieurs écoles où il y avait eu des vols, des agressions et du trafic de stupéfiants⁹⁷. Selon deux policiers déguisés en civils, M. Grant, un jeune homme noir, les a dévisagés et il a touché le blouson de l'un d'eux⁹⁸. Puis, un policier en uniforme a interpellé l'accusé. Le policier a demandé à M. Grant de fournir son nom et son adresse et l'a questionné par rapport à ce qu'il faisait⁹⁹. M. Grant a remis sa carte d'assurance maladie au policier. La Cour suprême a déterminé qu'à ce moment, il s'agissait de questions préliminaires et non d'une détention¹⁰⁰.

Similairement, dans *R c. Suberu*, un policier répondait à un appel dénonçant une fraude de cartes de crédit commise par deux individus dans un magasin¹⁰¹. Lorsqu'un de ces individus, l'accusé, est sorti du magasin et a croisé le policier, ce premier a dit : « C'est lui qui a fait ça, c'est pas moi, alors j'imagine que je peux partir »¹⁰². Le policier a répondu : « Attendez une minute ! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez »¹⁰³. Par la suite, le policier a suivi l'accusé jusqu'à son fourgon et s'est mis à le questionner. Durant cette conversation, le policier a demandé à l'accusé le nom de son présumé complice, le lieu d'où venait l'accusé, la manière par laquelle l'accusé s'était rendu au magasin, l'identité du propriétaire du véhicule et le nom de sa copine¹⁰⁴.

Nonobstant l'emploi des mots « attendez » et « il faut que je vous parle » et la nature des questions posées par le policier, la Cour suprême a déterminé qu'il s'agissait de questions préliminaires et non d'une détention¹⁰⁵. Le résultat : l'accusé ne bénéficiait pas de la protection accordée par les articles 9 et 10 de la *Charte canadienne* durant cet échange de paroles. Aussi bien dans *R c. Grant* que dans *R c. Suberu*, la Cour suprême a justifié cette absence de protections constitutionnelles en expliquant que les questions préliminaires ne constituaient pas une limite importante à la liberté de l'individu¹⁰⁶. Elle a considéré que les individus sont simple-

⁹⁶ Voir Penney et Stribopoulos, *supra* note 91 aux pp 451–54.

⁹⁷ Voir *Grant*, *supra* note 87 au para 4.

⁹⁸ Voir *ibid* au para 5.

⁹⁹ Voir *ibid* au para 6.

¹⁰⁰ Voir *ibid* aux para 6, 47.

¹⁰¹ Voir *Suberu*, *supra* note 90 aux para 8–9.

¹⁰² *Ibid* au para 9.

¹⁰³ *Ibid*.

¹⁰⁴ Voir *ibid* au para 10.

¹⁰⁵ *Ibid* au para 33.

¹⁰⁶ Voir *Grant*, *supra* note 87 au para 47; *Suberu*, *supra* note 90 au para 28.

ment libres de partir lorsque les policiers leur posent des questions préliminaires¹⁰⁷.

2. Les problèmes associés à la détention pour fin d'enquête et aux questions préliminaires

Le pouvoir de détention pour fin d'enquête et la doctrine des questions préliminaires sont problématiques, et cela, à plusieurs égards. D'abord, ces doctrines présument que les interactions avec les policiers sont non-coercitives. En effet, c'est à l'accusé de démontrer qu'il a été détenu¹⁰⁸. Or, la présomption de non-coercition fait abstraction des réalités vécues par plusieurs individus issus de communautés autochtones et de communautés racisées¹⁰⁹. De plus, il est contre-intuitif pour les individus de quitter ces interventions, surtout s'ils croient que cela pourrait engendrer diverses conséquences : une amende, une arrestation, une fouille humiliante ou de la violence policière¹¹⁰.

Plus récemment, dans *R c. Le*, la Cour suprême a affirmé qu'il fallait prendre en compte les expériences individuelles et les caractéristiques personnelles des individus issus de communautés autochtones et racisées lorsqu'on examine l'existence ou non d'une situation de détention psychologique¹¹¹. En faisant cette évaluation, les juges doivent considérer le contexte et l'historique des relations entre les policiers et certaines communautés¹¹². Cette analyse est objective¹¹³. Dans *R c. Le*, la Cour a expliqué les raisons pour lesquelles les tribunaux doivent considérer ces facteurs. La majorité de la Cour a affirmé que les personnes racisées font disproportionnellement l'objet d'interventions policières et ont davantage d'interactions avec le système de justice pénale¹¹⁴. Les juges ont fait référence à un rapport de la Commission ontarienne des droits de la personne pour soutenir l'idée que les personnes racisées sont plus susceptibles d'être interpellées, interrogées sans fondements valables, fouillées illéga-

¹⁰⁷ Voir *Grant*, *supra* note 87 au para 47. Voir aussi *Suberu*, *supra* note 90 au para 28.

¹⁰⁸ Voir *Suberu*, *supra* note 90 au para 28. Voir aussi David K Kessler, « Free to Leave? An Empirical Look at the Fourth Amendment's Seizure Standard » (2008) 99:1 J Crim L & Criminology 51 à la p 77.

¹⁰⁹ Voir Elsa Kaka, « The Supreme Court of Canada's Justification of *Charter* Breaches and its Effect on Black and Indigenous Communities » (2020) 43:5 Man LJ 117 aux pp 136–38.

¹¹⁰ Voir *ibid* à la p 129.

¹¹¹ *R c Le*, *supra* note 87 au para 121.

¹¹² Voir *ibid* au para 75.

¹¹³ Voir *ibid* aux para 113–16.

¹¹⁴ Voir *ibid* au para 90.

lement et arrêtées injustement¹¹⁵. La Cour a également noté que ces interventions sont humiliantes et traumatisantes et qu'elles contribuent à la méfiance envers la police¹¹⁶. Pour ces raisons, contrairement à une personne blanche placée dans les mêmes circonstances, un individu issu d'une communauté racisée ou autochtone pourrait se sentir détenu dans certains contextes particuliers¹¹⁷.

Ce développement jurisprudentiel est fondamental, notamment parce qu'il prend en compte la réalité du profilage racial et des expériences vécues par les individus issus de ces communautés¹¹⁸. Mais il existe plusieurs lacunes dans la décision *R c. Le*. Premièrement, la Cour n'a pas expliqué comment réconcilier la prise en compte des caractéristiques personnelles de l'accusé avec la doctrine des questions préliminaires. Un tribunal peut donc conclure qu'il n'y a aucune détention psychologique si les questions sont jugées comme étant exploratoires ou préliminaires, alors que l'individu en question aurait conclu le contraire du fait de ses caractéristiques personnelles.¹¹⁹

Deuxièmement, dans *R c. Le*, la Cour suprême n'a pas clairement identifié l'étendue — et les limites — des pouvoirs des policiers d'identifier des individus. Dans cette décision, la Cour a abordé la notion du fichage. Le terme « fichage » fait référence à la demande des policiers à un individu de s'identifier, et ce, même si l'individu n'est pas soupçonné d'avoir commis une infraction¹²⁰. La Cour a expliqué que cette pratique porte atteinte à la dignité, a des effets néfastes sur la santé mentale et physique des individus et contribue à l'exclusion sociale des Autochtones et des personnes issues de communautés racisées¹²¹. Cependant, la Cour n'a pas clairement indiqué dans quels contextes les policiers peuvent demander — ou exiger — qu'un individu s'identifie. Cette clarification est cruciale afin de circonscrire la portée de la doctrine des questions préliminaires et de mieux protéger les individus contre des interactions policières intrusives.

Troisièmement, la doctrine des questions préliminaires ignore largement l'impact des avancements technologiques policiers sur les droits et les intérêts fondamentaux. Les policiers ont accès à certaines bases de

¹¹⁵ Voir *ibid* au para 93.

¹¹⁶ Voir *ibid*.

¹¹⁷ Voir *ibid* au para 97.

¹¹⁸ Voir Khoday, *supra* note 92 à la p 180.

¹¹⁹ Voir par ex *R c Perry*, 2021 QCCQ 829 au para 26.

¹²⁰ Voir l'honorable Michael H Tulloch, *Rapport de l'examen indépendant des contrôles de routine*, Toronto, Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2018 à la p 12.

¹²¹ Voir *R c Le*, *supra* note 87 aux para 60, 95.

données centralisées, telles que le *Centre de renseignements policiers du Québec* (CRPQ) et le *Centre d'information de la police canadienne* (CIPC)¹²². Ces bases de données fournissent des informations importantes aux policiers, telles que les antécédents judiciaires de l'accusé, ses conditions de mise en liberté ou de probation et plusieurs renseignements nominatifs¹²³. Les policiers ont également accès aux bases de données informatiques internes qui sont propres à chaque service de police¹²⁴. Ces outils informatiques peuvent révéler une quantité importante d'informations personnelles au sujet d'un individu¹²⁵. Malgré ces réalités, certains tribunaux ont déterminé qu'il n'y avait pas de détention suite à des questions préliminaires posées dans le but d'entreprendre une vérification auprès du CIPC¹²⁶.

La reconnaissance de la doctrine des questions préliminaires dans *R c. Grant* et *R c. Suberu* a donc élargi les pouvoirs des policiers de façon considérable. Bien que les développements jurisprudentiels entourant la détention pour fins d'enquête dans *R c. Le* soient positifs et importants, l'étendue des pouvoirs policiers en matière d'interpellation est ambiguë. Comme décrit plus haut, la portée de la doctrine des questions préliminaires manque de clarté. De surcroît, la relation entre la doctrine des questions préliminaires et celle de la détention psychologique demeure nébuleuse depuis *R c. Le*. En ce sens, même lorsque certaines décisions semblent confirmer le rôle des tribunaux comme protecteur des droits fondamentaux, la création de nouveaux pouvoirs policiers risque de mettre ces droits en péril.

¹²² Voir *Thibodeau c R*, 2018 QCCA 1476 aux para 2–3 (décrivant la CRPQ); *R v Kossick*, 2018 SKCA 55 au para 6 (décrivant la CIPC).

¹²³ Voir Carrie B Sanders et Samantha Henderson, « Police 'Empires' and Information Technologies: Uncovering Material and Organisational Barriers to Information Sharing in Canadian Police Services » (2013) 23:2 *Policing & Society* 243 aux pp 249–50; « Canadian Police Information Centre (CPIC) » (dernière consultation le 15 mai 2022), en ligne : *BC Civil Liberties Association : Privacy Handbook* <bccla.org> [perma.cc/2DJF-HNWC]; *R v Loewen*, 2018 SKCA 69 aux para 7, 35; *R v Mhlongo*, 2017 ONCA 562 au para 33; *R v Valentine*, 2014 ONCA 147 au para 9.

¹²⁴ Voir *Shiab c Ville de Montréal (SPVM)*, 2019 QCCAI 216 aux para 24–31; *R c Qiluqi*, 2020 QCCM 122 aux para 33, 37; *R c Viellot Blaise*, 2020 QCCM 26 au para 99 [Viellot Blaise].

¹²⁵ Voir *Viellot Blaise*, *supra* note 124.

¹²⁶ Voir David M Paciocco, « What to Mention about Detention: How to Use Purpose to Understand and Apply Detention-Based Charter Rights » (2010) 89:1 *R du B can* 65 à la p 92, citant James Stribopoulos, « The Forgotten Right: Section 9 of the Charter, Its Purpose and Meaning » dans Jamie Cameron et James Stribopolous, dir, *The Charter and Criminal Justice: Twenty-Five Years Later*, Toronto, LexisNexis, 2008, 211 à la p 245; *R v LB*, 2007 ONCA 596 aux para 67–68.

IV. Les failles du contrôle judiciaire

A. *Les failles du contrôle judiciaire en procédure criminelle*

Pourquoi ces trois pouvoirs policiers — les fouilles par palpation préventive, les interceptions au hasard et les détentions pour fin d'enquête — manquent-ils d'un encadrement adéquat? Plusieurs auteurs soutiennent qu'il est difficile de contrôler l'exercice des pouvoirs policiers à cause de leur visibilité réduite¹²⁷. En effet, ces interventions sont relativement informelles. Leur survenance est généralement dissimulée du public¹²⁸ (sauf pour la minorité des interactions qui sont filmées et diffusées dans les médias ou sur les réseaux sociaux). De plus, la légalité de la grande majorité de ces interventions ne sera jamais analysée par les tribunaux, surtout celles qui ne mènent pas à une accusation criminelle¹²⁹. Par exemple, même dans les contextes où les conducteurs croient que le motif d'interception au hasard est illégitime, ce n'est que la minorité de ces interventions qui mènent à une plainte déontologique, un recours civil ou une plainte au tribunal des droits de la personne¹³⁰. À l'opposé, dans les cas où ces interventions aboutissent à une inculpation criminelle, les accusés plaident coupable dans la grande majorité du temps¹³¹. En ce sens, très peu d'interventions policières sont assujetties à un contrôle judiciaire rigoureux.

Il existe d'autres raisons pour lesquelles les pouvoirs policiers accessoires manquent d'encadrement. En tant que branche du gouvernement, les tribunaux n'ont généralement pas les capacités institutionnelles pour

¹²⁷ Voir Joseph H Tieger, « Police Discretion and Discriminatory Enforcement » (1971) 1971:4 Duke LJ 717 à la p 724; Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 8 aux pp 13, 26, 49, 61, 72.

¹²⁸ Voir Joseph Goldstein, « Police Discretion Not to Invoke the Criminal Process: Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice » (1960) 69:4 Yale LJ 543 à la p 543.

¹²⁹ Voir James Stribopoulos, « Has Everything Been Decided? Certainty, the Charter and Criminal Justice » (2006) 34 SCLR 381 à la p 405.

¹³⁰ Voir Don Stuart, « The Charter Balance against Unscrupulous Law and Order Politics » (2012) 57 SCLR 13 à la p 28 [Stuart, « Charter Balance »].

¹³¹ Voir Joseph Di Luca, « Expedient McJustice or Principled Alternative Dispute Resolution? A Review of Plea Bargaining in Canada » (2005) 50:1/2 Crim LQ 14 à la p 15 (estimant, par exemple, que 80% des procès criminels en Ontario se terminent en plaider de culpabilité); Milica Potrebic Piccinato, « Plea Bargaining » (2004) à la p 6, en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <publications.gc.ca> [perma.cc/73MZ-ZSBB] (estimant que 91% des procès criminels se terminent en plaider de culpabilité); « Offence Based Statistics All Criminal Cases: Ontario Court of Justice Provincial Overview: January 2018 to December 2018 » (dernière consultation le 16 mai 2022), en ligne (pdf) : *Ontario Court of Justice* <www.ontariocourts.ca> [perma.cc/VLZ6-JE8W].

développer des mesures appropriées de surveillance et de contrôle des pouvoirs policiers, et ce, pour plusieurs raisons¹³².

Premièrement, les tribunaux n'ont pas les mêmes capacités d'acquisition d'informations que les autres branches du gouvernement¹³³. Mis à part les doctrines de « connaissance d'office », les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'acquérir de l'information de leur propre gré¹³⁴. En rendant une décision, la Cour suprême est en grande partie limitée aux renseignements et aux arguments présentés par les parties et par les intervenants. Dans les décisions judiciaires impliquant la création de nouveaux pouvoirs policiers, le nombre d'intervenants qui représentent les intérêts des membres de la communauté est relativement bas¹³⁵. Dans *R. c. Mann* (autorisant les fouilles par palpation préventive et les détentions pour fin d'enquête), il y avait deux intervenants¹³⁶, tandis que dans *R. c. Ladouceur* (autorisant les interceptions au hasard), il n'y en avait aucun¹³⁷. Les tribunaux créent donc des pouvoirs policiers sans disposer d'informations suffisantes pour mieux les encadrer. Cela est particulièrement vrai pour les informations provenant de groupes représentant les individus qui seront les plus affectés par l'exercice de ces pouvoirs.

Deuxièmement, la création judiciaire des pouvoirs policiers contourne le processus démocratique normal qui s'applique aux lois¹³⁸. Étant une création des tribunaux, les pouvoirs policiers accessoires ne sont ni assujettis au débat parlementaire, ni analysés par des comités (et sous-comités) législatifs lors de leur conception¹³⁹. Comparativement aux parlementaires, les juges de la Cour suprême sont moins représentatifs de la population canadienne¹⁴⁰. Par conséquent, les juges ne tiendront pas

¹³² Voir Stribopoulos, « After *Mann* », *supra* note 55 aux pp 325–26.

¹³³ Voir Cass R Sunstein, « The Most Knowledgeable Branch » (2016) 164 U Pa L Rev 1607 aux pp 1613–16.

¹³⁴ Voir *ibid*; *R. c. Find*, 2001 CSC 32 au para 48.

¹³⁵ Voir Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 8 à la p 41.

¹³⁶ Dans *Mann* (*supra* note 57), les intervenants étaient le Procureur général de l'Ontario, l'Association canadienne des chefs de police, la Criminal Lawyers' Association (Ontario) et l'Association canadienne des libertés civiles.

¹³⁷ Dans *Ladouceur* (*supra* note 70), les intervenants étaient les procureurs généraux du Canada, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et du Manitoba.

¹³⁸ Voir Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 8 à la p 48.

¹³⁹ Voir *ibid*; Skolnik, « Perils », *supra* note 50 à la p 452; Sunstein, *supra* note 133 aux pp 1616–17; Terry Skolnik, « Hot Bench : A Theory of Appellate Adjudication » (2020) 61:4 Boston College L Rev 1271 aux pp 1306–07 [Skolnik, « Appellate Adjudication »].

¹⁴⁰ Voir Frank B Cross, « The Error of Positive Rights » (2001) 48:4 UCLA L Rev 857 à la p 914 (même si l'argument de Frank Cross se réfère à la situation des États-Unis, le contexte canadien est similaire).

compte de certaines réalités auxquelles sont confrontés les individus issus de certaines communautés. Cela est particulièrement vrai si cette information ne leur est pas présentée par les parties ou par les intervenants¹⁴¹. Ceci est d'autant plus vrai considérant, comme mentionné ci-haut, que les tribunaux ne peuvent pas acquérir de l'information de façon *proactive*¹⁴². Alors que la branche exécutive sollicite l'aide des organisations assujetties à leurs lois et politiques (par le processus d'avis et de commentaires), les tribunaux ne peuvent pas entreprendre de telles démarches¹⁴³.

Troisièmement, la doctrine des pouvoirs policiers accessoires dissuade les autres branches du gouvernement de modifier les pouvoirs policiers qui sont créés par les tribunaux¹⁴⁴. Vraisemblablement, les tribunaux ne créeront pas des pouvoirs policiers qui sont inconstitutionnels. En créant un nouveau pouvoir policier, la Cour suprême envoie le message que le pouvoir en question respecte les normes constitutionnelles et qu'aucune mesure de supervision ou contrôle supplémentaire n'est nécessaire¹⁴⁵. Alors, pourquoi légiférer sur ces pouvoirs? De plus, le climat politique et le désir de réélection dissuadent activement les parlementaires de circonscrire la portée de ces pouvoirs¹⁴⁶. En effet, il peut être avantageux pour des politiciens de durcir le ton en matière de criminalité¹⁴⁷. Du laxisme en matière de criminalité peut être fatal à une élection ou être considérée comme une stratégie perdante¹⁴⁸. Si les parlementaires encadrent les pouvoirs policiers plus rigoureusement, ils risquent d'être accusés de restreindre le pouvoir des policiers et de contribuer au laxisme pénal.

¹⁴¹ Voir David M Tanovich, « The Charter of Whiteness: Twenty-Five Years of Maintaining Racial Injustice in the Canadian Criminal Justice System » (2008) 40 SCLR 655 aux pp 672–83.

¹⁴² Voir Sunstein, *supra* note 133 aux pp 1613–16; Skolnik, « Appellate Adjudication », *supra* note 139 à la p 1308.

¹⁴³ Voir Sunstein, *supra* note 133 aux pp 1613–16; Skolnik, « Appellate Adjudication », *supra* note 139 à la p 1307.

¹⁴⁴ Voir Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 8 aux pp 70–71; Alan Young, « Search and Seizure in 2004 — Dialogue or Dead End? » (2005) 29:1 SCLR 351 à la p 356.

¹⁴⁵ Voir Skolnik, « Perils », *supra* note 50 à la p 432.

¹⁴⁶ Voir William J Stuntz, « The Pathological Politics of Criminal Law » (2001) 100:3 Mich L Rev 505 à la p 529; David Alan Sklansky, « Populism, Pluralism, and Criminal Justice » (2019) 107:6 Cal L Rev 2009 à la p 2011 (l'argument de Sklansky se réfère au contexte des États-Unis, mais les mêmes préoccupations existent au Canada).

¹⁴⁷ Voir Ivan Zinger, « Human Rights and Federal Corrections: A Commentary on a Decade of Tough on Crime Policies in Canada » (2016) 58:4 Rev can dr crim 609 à la p 610. Voir notamment Rachel E Barkow, « Administering Crime » (2005) 52:3 UCLA L Rev 715 aux pp 747–48.

¹⁴⁸ Voir Alexandre Audesse et Joane Martel, « L'architecture singulière du populisme pénal » (2020) 19 Champ Pénal aux para 33, 44, 54, 59.

Le meilleur indice qui démontre que le Parlement ne légiférera pas dans le domaine des pouvoirs policiers accessoires demeure l'histoire. Dans de rares circonstances, le législateur a codifié des pouvoirs policiers accessoires, tel que la codification du pouvoir d'interception au hasard au Québec à la suite de *R c. Ladouceur*¹⁴⁹. Par contre, depuis l'avènement du test *Waterfield*, la plupart des pouvoirs policiers accessoires n'ont pas été codifiés, modifiés ou abrogés par le parlement.

B. Les failles du contrôle judiciaire en droit privé

Remarquons la chose suivante. Entre 2002 et 2017, la Cour suprême a créé sept nouveaux pouvoirs policiers¹⁵⁰. Durant ces années, chaque fois que l'État a demandé à la Cour suprême de créer un nouveau pouvoir policier accessoire, les juges ont acquiescé¹⁵¹. Or, malgré l'expansion des pouvoirs policiers, les tribunaux n'ont pas élargi le régime de responsabilité civile des policiers d'une manière comparable. Ces tendances démontrent aussi comment le rôle de la Cour suprême a changé en procédure criminelle depuis l'avènement du test *Waterfield*.

Plusieurs facteurs diminuent la probabilité d'un recours civil efficace contre les policiers. Ensemble, les règles restrictives en matière de responsabilité civile et les coûts pour accéder à la justice peuvent dissuader les individus de présenter un recours civil sur la base d'inconduites policières¹⁵². Dépendamment des circonstances, les montants accordés pour remédier à ces types de violations peuvent être relativement bas¹⁵³. L'octroi des dommages punitifs demeure l'exception et non la règle¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Voir *Code de la sécurité routière*, RLRQ c C-24.2, art 636 (codifiant le pouvoir d'interception au hasard). Pour une version antérieure de cette disposition avant *Ladouceur* (*supra* note 70), voir *R c Dufresne*, [1990] JQ no 2627 au para 7, AZ-91031088 (SOQUIJ).

¹⁵⁰ Voir Jochelson et al, *supra* note 36 à la p 113.

¹⁵¹ Voir *ibid.*

¹⁵² Voir Stuart, « Charter Balance », *supra* note 130 à la p 28.

¹⁵³ Voir Kent Roach, « Remedies for Discriminatory Profiling » dans Kent Roach et Justice Robert J Sharpe, dir, *Les recours et les mesures de redressement : une affaire sérieuse*, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2009, 393 à la p 404 [Roach, « Remedies »]; Kent Roach, « Making Progress on Understanding and Remediating Racial Profiling » (2004) 41:4 Alta L Rev 895 à la p 898.

¹⁵⁴ Voir Mariève Lacroix, « La responsabilité civile des forces policières : l'impact de la Charte québécoise et l'octroi de dommages punitifs » (2017) 51:2/3 RJTUM 547 aux pp 568–69. Au Québec, par exemple, l'article 1621 CcQ prévoit que les dommages punitifs sont octroyés seulement lorsqu'ils sont prévus par une loi, ce qui enlève la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts punitifs dans plusieurs situations (voir *ibid* aux pp 558, 568).

Lorsque ces dommages sont accordés, le montant est plutôt faible¹⁵⁵. En effectuant une analyse des coûts par rapport aux dommages et intérêts potentiels, il appert que les honoraires des avocats risquent d'excéder le montant des dommages et intérêts accordés par le tribunal¹⁵⁶. En même temps, plusieurs facteurs ont pour conséquence que le régime actuel de responsabilité civile ne prévient pas les abus policiers adéquatement. La combinaison des règles restrictives en matière de responsabilité civile et des régimes d'assurances collectives des policiers en matière de responsabilité civile dissuadent faiblement l'inconduite policière¹⁵⁷.

Cela dit, les tribunaux ont développé certains nouveaux mécanismes pour contrôler l'inconduite policière. Dans la décision *Vancouver (Ville) c. Ward* de 2010, la Cour suprême a affirmé qu'il est possible d'intenter un recours en vertu de l'article 24(1) de la *Charte canadienne* pour des dommages et intérêts liés à la violation d'un droit constitutionnel¹⁵⁸. Dans *Ward*, la Cour a octroyé un montant de 5 000\$ pour une fouille à nu inconstitutionnelle¹⁵⁹.

La décision *Ward* a produit un effet d'ancrage important, de sorte que le montant des dommages et intérêts pour violation d'un droit constitutionnel demeure relativement bas. Le terme « effet d'ancrage » fait allusion à une heuristique subconsciente en économie comportementale qui affecte la prise de décisions¹⁶⁰. Selon cette heuristique, un nombre prédéterminé — l'ancre — influence le décideur à choisir un montant qui s'approche de l'ancre¹⁶¹. À cause de l'effet d'ancrage, les montants accordés par les juges pour ces violations s'approchent de l'ancre de 5 000\$. Le pro-

¹⁵⁵ Voir par ex *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Mensah) c. Ville de Montréal (Service de police de la Ville de Montréal)*, 2018 QCTDP 5 aux para 356–58 (accordant un montant de 4 000\$ à titre de dommages punitifs et 8 000\$ à titre de dommages moraux pour une interception, arrestation, fouille et détention illégales basées sur du profilage racial); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Nyembue) c. Ville de Gatineau*, 2021 QCTDP 1 aux para 589–90 (accordant un montant de 2 000\$ à titre de dommages punitifs et 15 000\$ à titre de dommages moraux pour une détention, arrestation et fouille illégales basées sur du profilage racial).

¹⁵⁶ Voir Roach, « Remedies », *supra* note 153 à la p 404.

¹⁵⁷ Voir Lacroix, *supra* note 154 à la p 556.

¹⁵⁸ 2010 CSC 27 au para 21 [*Ward*].

¹⁵⁹ Voir *ibid* au para 79.

¹⁶⁰ Pour une explication de ces heuristiques, voir Daniel Kahneman, *Système 1 / Système 2 : les deux vitesses de la pensée*, Paris, Clés des Champs, 2012.

¹⁶¹ Voir Julien Goldszlagier, « L'effet d'ancrage ou l'apport de la psychologie cognitive à l'étude de la décision judiciaire » (2015) 4:4 Cahiers de la Justice 507 aux pp 509–10; Mark W Bennett, « Confronting Cognitive “Anchoring Effect” and “Blind Spot” Biases in Federal Sentencing: A Modest Solution for Reforming A Fundamental Flaw » (2014) 104:3 J Crim L & Criminology 489 à la p 495.

blème est que la conduite qui a mené à l'octroi de ce montant dans *Ward* — la fouille à nu — est généralement considérée comme faisant partie des fouilles inconstitutionnelles les plus graves en procédure criminelle (à l'exception des saisies de substances corporelles)¹⁶². L'effet d'ancrage explique la raison pour laquelle des individus reçoivent un montant de dommages et intérêts inférieur à 5 000\$ lorsque le préjudice subi est jugé moins grave que la situation exposée dans *R c. Ward*¹⁶³.

Plus récemment, certains tribunaux ont pris l'initiative d'accorder un montant de dommages et intérêts plus élevé en vertu de l'article 24(1) de la *Charte canadienne* afin de contrer l'effet d'ancrage instauré par *Ward*. Par exemple, dans *Elmardy v. Toronto Police Services Board*, deux policiers ont interpellé M. Elmardy, un jeune homme noir. Ces derniers le soupçonnaient de contrevenir à ses conditions de mise en liberté¹⁶⁴. Lors de l'interpellation, les policiers ont ordonné à M. Elmardy de sortir ses mains de ses poches et il a refusé¹⁶⁵. Les policiers l'ont physiquement maîtrisé et, durant l'arrestation, lui ont donné deux coups de poing au visage¹⁶⁶. M. Elmardy était couché sur des panneaux de bois avec ses mains exposées à la glace pour une période de vingt à vingt-cinq minutes¹⁶⁷. La Cour supérieure de l'Ontario a accordé un montant de 50 000\$ à titre de dommages et intérêts en vertu de l'article 24(1) de la *Charte canadienne* et 25 000\$ à titre de dommages punitifs¹⁶⁸. Le juge de première instance a noté l'importance de dissuader le profilage racial en accordant un montant de dommages et intérêts plus élevé, qui va au-delà des dommages et intérêts nominaux¹⁶⁹. Malgré l'importance de la décision *Elmardy*, peu de tribunaux ont accordé un montant de dommages et intérêts similaire.

Il y a un autre problème lié aux poursuites civiles pour profilage racial : il peut être difficile de le prouver. Dans *R c. Brown*, la Cour d'appel de l'Ontario a remarqué que le profilage racial est rarement établi par

¹⁶² Voir par ex *R c. Golden*, 2001 CSC 83 aux para 76, 89–90.

¹⁶³ Voir Agarwal et Marcus, *supra* note 9 à la p 96; Jennifer K Robbennolt et Christina A Studebaker, « Anchoring in the Courtroom: The Effects of Caps on Punitive Damages » (1999) 23:3 L & Human Behavior 353 à la p 367 (même si l'étude de Robbennolt et Studebaker porte sur l'effet d'ancrage sur des plafonds de dommages et intérêts, le montant fixé dans *Ward* génère un effet similaire). Voir aussi Piotr Bystranowski et al, « Anchoring Effect in Legal Decision-Making: A Meta-Analysis » (2021) 45:1 L & Human Behaviour 1.

¹⁶⁴ 2017 ONSC 2074 aux para 6–11.

¹⁶⁵ Voir *ibid.*

¹⁶⁶ Voir *ibid.*

¹⁶⁷ Voir *ibid.*

¹⁶⁸ Voir *ibid* au para 40.

¹⁶⁹ Voir *ibid* au para 36.

preuve directe puisque les policiers n'avouent pas que leur motif d'intervention est discriminatoire¹⁷⁰. La preuve du profilage racial sera donc établie par inférence¹⁷¹. Cela dit, les biais et les préjugés sont souvent inconscients¹⁷². Les policiers peuvent agir sur la base de motifs inappropriés sans même le percevoir, ce qui rend la preuve du profilage racial encore plus difficile¹⁷³.

Il existe d'autres difficultés pour prouver le profilage racial. Par exemple, plusieurs cas de profilage racial sont cachés derrière le prétexte d'interceptions au hasard ou de violations banales des lois provinciales de la sécurité routière¹⁷⁴. Il existe une si grande quantité d'infractions liées à la circulation que la majorité des conducteurs en commettent souvent¹⁷⁵. Cela donne ainsi l'occasion aux policiers d'intercepter des conducteurs pour des raisons douteuses, mais de justifier de telles interventions par la sécurité routière¹⁷⁶. Même si l'intervention est inconsciemment discriminatoire, elle se justifie aux yeux du tribunal. En effet, le faible fardeau de preuve exigé pour intercepter un conducteur — comme la vérification de la validité du permis ou l'émission d'un constat pour avoir changé de voie sans signaler — rend la preuve du profilage racial encore plus difficile à établir, surtout si le conducteur a réellement commis cette infraction. Lorsque les policiers agissent conformément à la loi, aux usages de la loi et au comportement qu'aurait eu « un policier d'une prudence, diligence et compétence normales, placés dans les mêmes circonstances », ils ne commettent aucune faute et leur responsabilité civile n'est pas engagée¹⁷⁷. Tant que l'intervention semble conforme à l'exercice légal de ces pouvoirs

¹⁷⁰ (2003), 64 OR (3e) 161 au para 44, [2003] OJ No 1251.

¹⁷¹ Voir *ibid*; David M Tanovich, « Applying the Racial Profiling Correspondence Test » (2017) 64:3/4 Crim LQ 359 aux pp 362, 369–77.

¹⁷² Voir Reem Bahdi, « No Exit: Racial Profiling and Canada's War against Terrorism » (2003) 41:2/3 Osgoode Hall LJ 293 aux pp 306–07; Sonja B Starr, « Testing Racial Profiling: Empirical Assessment of Disparate Treatment by Police » (2016) U Chicago Legal F 485 aux pp 517–18.

¹⁷³ Voir Jack Glaser, *Suspect Race: Causes and Consequences of Racial Profiling*, New York, Oxford University Press, 2014 aux pp 20–37.

¹⁷⁴ Voir David M Tanovich, « Using the Charter to Stop Racial Profiling: The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention » (2002) 40:2 Osgoode Hall LJ 145 à la p 168.

¹⁷⁵ Voir Wayne R LaFave, « The "Routine Traffic Stop" from Start to Finish: Too Much "Routine," Not Enough Fourth Amendment » (2004) 102:8 Mich L Rev 1843 à la p 1845.

¹⁷⁶ Voir *ibid*.

¹⁷⁷ Mariève Lacroix, « Fascicule 31.3 : Responsabilité civile personnelle du policier » aux n° 13–16, dans Pierre-Claude Lafond (dir), *JCQ Responsabilité professionnelle (QL)*; art 1457 al 1 CcQ; Allen M Linden et al, *Canadian Tort Law*, 12^e éd, Toronto, LexisNexis, 2022 au para 2.05.

et respecte les fardeaux de la preuve applicables, le recours du demandeur risque d'échouer.

Notons également comment les types de recours civils visant l'inconduite policière ont peu évolué dans les dernières années comparativement à d'autres domaines. Les actions collectives jouent un rôle important en droit privé afin de protéger les intérêts des individus¹⁷⁸. Mais dans les domaines du droit criminel et de la procédure criminelle, les actions collectives sont peu utilisées¹⁷⁹. La faible quantité d'actions collectives est surprenante, surtout eu égard à l'importance de ces recours pour protéger les individus qui sont dans une position vulnérable vis-à-vis du défendeur¹⁸⁰. Ce constat est également décevant. En effet, une action collective en matière criminelle et procédurale permettrait aux individus de surmonter à la fois les obstacles qui les dissuadent d'exercer des recours civils individuels ainsi que ceux qui limitent l'accès à la justice¹⁸¹. Ces obstacles incluent, par exemple, les coûts financiers associés à un litige, le risque d'être condamné à payer des dépens, la complexité des règles de preuve et l'investissement de temps¹⁸².

V. Rétablir le rôle judiciaire en procédure criminelle

Les parties précédentes de cet article ont expliqué comment les tribunaux ont considérablement élargi la portée des pouvoirs policiers. Malgré cette expansion, la branche judiciaire n'a pas imposé des mécanismes visant à mieux prévenir, contrôler et remédier à l'inconduite policière. Ces développements ont fondamentalement changé le rôle des tribunaux en procédure criminelle et ont déséquilibré la séparation des pouvoirs. Nonostante ces réalités, il est possible de rééquilibrer les rôles respectifs des trois branches du gouvernement de manière à réinstaurer le rôle des tribunaux comme protecteurs des droits et libertés fondamentaux en matière de procédure criminelle. Les prochaines parties de cet article proposent quatre solutions pour atteindre ces objectifs.

¹⁷⁸ Voir Jasminka Kalajdzic, *Class Actions in Canada: The Promise and Reality of Access to Justice*, Vancouver, UBC Press, 2019 aux pp 16–18.

¹⁷⁹ Voir *ibid* à la p 17.

¹⁸⁰ Voir Pierre-Claude Lafond, « L'accès à la justice pour les personnes vulnérables par la voie de l'action collective en droit québécois » (2020-2021) 16:1 Rev can recours coll 7 aux pp 10–19.

¹⁸¹ Voir *ibid* aux pp 11–12.

¹⁸² Voir *ibid* aux pp 10–12; Helene Love, « Shared Goals, Divided Jurisdiction: The Uneasy Relationship between Class Actions and Administrative Law » (2020) 16:1 Rev can recours coll 53 à la p 54.

A. *Abandonner la doctrine des pouvoirs policiers accessoires*

Premièrement, la Cour suprême devrait abandonner la doctrine des pouvoirs policiers accessoires et le test *Waterfield*¹⁸³. La Cour pourrait indiquer que cette doctrine doit être écartée pour plusieurs raisons : l'illégitimité démocratique, l'atteinte à la séparation des pouvoirs, le manque d'encadrement de l'exercice des pouvoirs policiers accessoires, le profilage racial et social et la discrimination associés à leur exercice¹⁸⁴. Une telle solution enverrait un signal clair au Parlement que, désormais, seul le pouvoir législatif peut créer de nouveaux pouvoirs policiers¹⁸⁵. En procédure criminelle, le rôle principal de la Cour suprême redeviendrait de protéger les droits et libertés fondamentaux et d'évaluer la constitutionnalité des lois et des actions étatiques¹⁸⁶.

Il y a plusieurs avantages à cette solution. D'abord, elle permettra à chaque branche du gouvernement d'exercer ses compétences conformément à la séparation des pouvoirs et en fonction de leurs capacités institutionnelles respectives¹⁸⁷. Le Parlement sera chargé de légiférer en matière de pouvoirs policiers suivant un processus de débat démocratique, des consultations avec une gamme d'individus et de groupes et des analyses juridiques effectuées par des comités et sous-comités législatifs¹⁸⁸. La Cour suprême, quant à elle, évaluera la constitutionnalité des pouvoirs policiers de manière plus rigoureuse, surtout par rapport à l'article 1 de la *Charte canadienne*¹⁸⁹.

Dans *Fleming c. Ontario*, la Cour suprême a noté que le test *Waterfield* exige une analyse de la proportionnalité similaire à l'application du

¹⁸³ Voir Skolnik, « Perils », *supra* note 50 à la p 459. Notez que les solutions proposées dans cette sous-section et la sous-section suivante ont été suggérées par Skolnik (voir *ibid* aux pp 459–62).

¹⁸⁴ Voir *ibid* aux pp 459–62; Richard Jochelson, « Ancillary Issues with Oakes: The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory » (2013) 43:3 RD Ottawa 355 aux pp 370–73.

¹⁸⁵ Voir Skolnik, « Perils », *supra* note 50 à la p 459; Terry Skolnik, « Criminal Justice Reform » (2022) 59:3 Alta L Rev 631 aux pp 657–58.

¹⁸⁶ Voir Jean-Christophe Bédard-Rubin, « Des causes et des conséquences du dialogue constitutionnel » (2018) 23:2 R études const 287 à la p 301; Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 8 aux pp 70–71.

¹⁸⁷ Voir Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 8 à la p 60; Martin L Friedland, « Criminal Justice in Canada Revisited » (2004) 48:4 Crim LQ 419 à la p 446; Sunstein, *supra* note 133 aux pp 1616–17.

¹⁸⁸ Voir Sunstein, *supra* note 133 aux pp 1616–17.

¹⁸⁹ Voir MacDonnell, *supra* note 53 aux pp 227–28.

test de *Oakes*, un point de vue que certains auteurs appuient¹⁹⁰. En appliquant le test *Waterfield*, les tribunaux devront soupeser l'importance du devoir invoqué par l'état pour l'intérêt public, ainsi que la nécessité et l'ampleur de l'atteinte à la liberté individuelle¹⁹¹. Le test *Waterfield* considère les atteintes à la liberté individuelle dans une situation particulière. Cependant, cette approche n'entreprend pas une pondération globale en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne*. Une telle pondération globale pourrait considérer les effets systémiques liées à l'exercice d'un pouvoir policier, tels que la discrimination, le profilage racial et social et la méfiance du public envers le système de justice¹⁹².

B. Encadrer les pouvoirs policiers et exiger la collecte de données

Deuxièmement, non seulement la Cour suprême devrait abandonner la doctrine des pouvoirs policiers accessoires, elle devrait en outre énoncer que ceux déjà existants risquent d'être déclarés inconstitutionnels puisqu'ils ne respectent pas certaines exigences¹⁹³. Plus précisément, les tribunaux devraient exiger un meilleur encadrement des pouvoirs policiers et la collecte de données reliées à leur exercice¹⁹⁴. Ces deux exigences viseraient à prévenir et contrer le profilage racial et social et la discrimination systémique, à promouvoir la transparence et à prôner la responsabilité des policiers¹⁹⁵. De plus, elles inciteraient le législateur à revoir les pouvoirs policiers accessoires afin de s'assurer de leur constitutionnalité. Ce processus mènerait aussi à une codification de la procédure criminelle qui respecterait mieux la séparation des pouvoirs et la primauté du droit. En effet, les policiers et les individus connaîtraient les limites inhérentes aux pouvoirs policiers¹⁹⁶. Cette approche favoriserait également le respect des droits et libertés.

Concrètement, la Cour suprême pourrait exiger que les policiers documentent leurs interceptions de véhicule, leurs interpellations et leurs fouilles, et remettent un reçu aux individus assujettis à l'exercice de ces

¹⁹⁰ *Fleming*, *supra* note 3 aux para 47, 54, 69 (ces devoirs peuvent inclure le maintien de la paix, la prévention des crimes et la protection de la vie des personnes et des biens); Jochelson, « Crossing the Rubicon », *supra* note 38 aux pp 77–78; John Burchill, « A Horse Gallops Down a Street ... Policing and the Resilience of the Common Law » (2018) 41:1 *Man LJ* 161 à la p 175.

¹⁹¹ Voir *Fleming*, *supra* note 3 au para 47, citant *R c MacDonald*, 2014 CSC 3 au para 36.

¹⁹² Voir Skolnik, « Perils », *supra* note 50 aux pp 453–54.

¹⁹³ Voir *ibid* à la p 459.

¹⁹⁴ Voir *ibid*.

¹⁹⁵ Voir *ibid*.

¹⁹⁶ Voir Létourneau, *supra* note 74 aux pp 96–98.

pouvoirs¹⁹⁷. De plus, la Cour pourrait rendre obligatoire la collecte de données liées à l'exercice de ces pouvoirs ainsi que leur publication. La Cour suprême, quant à elle, déterminera si ces nouvelles mesures respectent les normes constitutionnelles.

Plusieurs juridictions imposent des exigences similaires. Au Royaume-Uni, par exemple, les policiers sont tenus de collecter des données démographiques lorsqu'ils effectuent une fouille par palpation¹⁹⁸. À New York, les policiers sont obligés de documenter plusieurs informations liées à une fouille par palpation préventive incluant l'âge, l'ethnicité, le genre, la description physique de l'individu ainsi que le nom et le matricule du policier qui l'a effectuée¹⁹⁹.

C. Modifier ou abandonner certaines doctrines de procédure criminelle

Troisièmement, les tribunaux devraient modifier certaines doctrines de procédure criminelle qui ouvrent la porte aux interventions policières inappropriées et qui diminuent la protection contre ces abus. Plus spécifiquement, deux doctrines au sein de la procédure criminelle devraient être modifiées.

La première doctrine qui devrait être modifiée est celle des questions préliminaires. Comme expliqué dans la Partie IV de cet article, un individu n'est pas détenu lorsqu'un policier lui pose des questions préliminaires²⁰⁰. Dans ce contexte, les policiers ne sont pas obligés d'informer les individus de leurs droits constitutionnels²⁰¹. Les études empiriques récentes démontrent à quel point les individus se sentent contraints, même lorsqu'ils ont la possibilité de quitter une interaction policière²⁰². Même

¹⁹⁷ Voir Henry F Fradella et Michael D White, « Reforming Stop-and-Frisk » (2017) 18:3 Criminology, Crim Justice, L & Soc 45 à la p 55; « Bilan de la mise en œuvre des recommandations du Rapport de la consultation de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse sur le profilage racial et ses conséquences » (septembre 2020) à la p 132, en ligne (pdf) : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse Québec* <cdpdj.qc.ca> [perma.cc/486A-6U22].

¹⁹⁸ Voir *Equality and Human Rights Commission*, *supra* note 63 aux pp 22–35; *Police Act RU*, *supra* note 63, art 5. Voir par ex Home Office, « Police powers and procedures: England and Wales, year ending 31 March 2020 – Second Edition » (6 novembre 2020) aux pp 6–7, en ligne (pdf) : *GOV UK* <assets.publishing.service.gov.uk> [perma.cc/GP2Q-HWYH].

¹⁹⁹ Voir Michael Shiner, Rebekah Delsol et Rachel Neild, *The Recoding of Police Stops: Methods and Issues*, New York, Open Society Justice Initiative, 2020 aux pp 18–19.

²⁰⁰ Voir *Suberu*, *supra* note 90 au para 28.

²⁰¹ Voir *ibid.*

²⁰² Pour un survol de ces études, voir David K Kessler, « Free to Leave? An Empirical Look at the Fourth Amendment's Seizure Standard » (2009) 99:1 J Crim L & Criminology 51

les continuums d'emploi de la force confirment que la présence policière produit un effet coercitif²⁰³. La jurisprudence récente affirme que certains individus issus de communautés racisées peuvent percevoir ces interventions comme étant coercitives, vu leurs propres expériences avec les policiers ou eu égard aux expériences des membres de leur communauté avec les policiers²⁰⁴.

Pour ces raisons, les tribunaux devraient créer une présomption que les interpellations ciblées sont présumées coercitives et donc sont présumées être une détention pour les fins de l'article 9 de la *Charte canadienne*²⁰⁵. En d'autres termes, lorsque les policiers demandent à un individu de fournir des renseignements nominatifs ou une pièce d'identité, l'individu serait présumé détenu. Les policiers devraient informer l'individu de ses droits constitutionnels, incluant le droit de refuser de fournir ces informations. Une telle approche pourrait mieux rééquilibrer le rapport de force entre les individus et les forces policières dans les contextes d'interpellation. De plus, eu égard à l'éventail d'informations que les policiers peuvent acquérir avec ces renseignements nominatifs, la présomption de détention protégerait mieux la liberté, la vie privée et la dignité des individus. Cette approche favoriserait une meilleure protection des droits constitutionnels puisqu'elle reflète davantage les réalités empiriques et sociologiques liées aux interventions policières.

La deuxième doctrine que la Cour suprême devrait modifier est celle de l'interception au hasard²⁰⁶. Puisque ces interventions n'imposent aucun fardeau de la preuve, elles peuvent facilement mener à des abus et à de la discrimination²⁰⁷. Même lorsque les policiers ont effectivement intercepté l'individu sans aucun motif discriminatoire, ce dernier peut néanmoins croire que le motif de l'interception était inapproprié²⁰⁸. Ces types d'interventions contribuent de manière importante à la méfiance des individus envers la

aux pp 60–64, 78–79; Roseanna Sommers et Vanessa K Bohns, « The Voluntariness of Voluntary Consent: Consent Searches and the Psychology of Compliance » (2019) 128:7 Yale LJ 1962 à la p 2019.

²⁰³ Voir par ex « Modèle d'intervention pour la gestion d'incidents » (dernière modification le 17 janvier 2022), en ligne : *Gendarmerie royale du Canada* <rcmp-grc.gc.ca> [perma.cc/NCU7-JJQ5].

²⁰⁴ Voir *R c Le*, *supra* note 87 au para 97.

²⁰⁵ Voir Tanovich, « Colourless World », *supra* note 9 à la p 56.

²⁰⁶ Voir Tanovich, « E-Racing », *supra* note 65 aux pp 928–29.

²⁰⁷ Voir *ibid.*

²⁰⁸ Voir Charles R Epp, Steven Maynard-Moody et Donald Haider-Markel, *Pulled Over: How Police Stops Define Race and Citizenship*, Chicago, University of Chicago Press, 2014 aux pp 118, 120, 129–33.

police et minent la confiance du public envers le système de justice²⁰⁹. Comme décrit dans la prochaine section, le pouvoir d'interception au hasard engendre du profilage racial et de la discrimination. La Cour suprême pourrait limiter ce pouvoir afin qu'il respecte le droit constitutionnel à l'égalité conféré par l'article 15 de la *Charte canadienne*.

De leur côté, les parlements provinciaux pourraient modifier le pouvoir d'intercepter les conducteurs d'une manière qui respecterait mieux les droits et libertés des individus. Par exemple, le législateur pourrait exiger que les policiers puissent intercepter les conducteurs que lorsqu'ils satisfont au fardeau applicable aux détentions pour fin d'enquête. Les policiers pourraient donc intercepter un conducteur lorsqu'ils le perçoivent en train de commettre une infraction ou lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner que le conducteur a commis une infraction récente ou en cours²¹⁰. Même si le pouvoir d'interception au hasard est présentement régi par les lois provinciales, ces lois sont assujetties à la *Charte canadienne* et doivent se conformer à ses exigences, incluant le droit à l'égalité.

D. Accroître le rôle du droit à l'égalité au sein du droit criminel

Quatrièmement, les tribunaux devraient élargir le rôle du droit à l'égalité conféré par l'article 15 de la *Charte canadienne* en droit criminel et en procédure criminelle. Malgré son importance, le droit à l'égalité est presque absent de la jurisprudence de la Cour suprême dans ces deux domaines²¹¹. Une des seules décisions où l'article 15 de la *Charte canadienne* a joué un rôle déterminant est *Ontario (Procureur général) c. G*²¹². Dans cette décision, une disposition législative exigeait que des individus déclarés non criminellement responsables pour un crime de nature sexuelle fournissent des renseignements pour être mis sur un registre de

²⁰⁹ Voir Tom R Tyler, Jonathan Jackson et Avital Mentovich, « The Consequences of Being an Object of Suspicion: Potential Pitfalls of Proactive Police Contact » (2015) 12:4 J Empirical Leg Stud 602 aux pp 627–30.

²¹⁰ Le législateur pourrait ainsi incorporer dans la loi les critères établis par l'arrêt *Mann* (*supra* note 57 au para 34).

²¹¹ Voir Mary Eberts et Kim Stanton, « The Disappearance of the Four Equality Rights and Systemic Discrimination from Canadian Equality Jurisprudence » (2018) 38:1 NJCL 89 aux pp 107–12, 116–18.

²¹² 2020 CSC 38 [*Ontario c G*]. D'autres décisions affirment que le droit à l'égalité s'applique en droit criminel aux *plaignants*, par exemple, en prohibant la divulgation de renseignements qui portent atteinte à leur droit à l'égalité (voir *A (LL) c B (A)*, [1995] 4 RCS 536 aux para 78–79, 130 DLR (4^e) 422; *R c O'Connor*, [1995] 4 RCS 411 au para 106, 130 DLR (4^e) 235).

délinquants sexuels²¹³. La Cour a conclu que cette disposition était discriminatoire et contrevenait à l'article 15 de la *Charte canadienne*²¹⁴.

Même dans les décisions récentes qui portent directement sur les effets disproportionnels du droit criminel sur certains individus marginalisés, l'article 15 de la *Charte* ne joue aucun rôle dans l'analyse juridique²¹⁵. Vu les limites inhérentes de cette disposition, la demanderesse (ou l'accusé, dépendamment du contexte) présente souvent des arguments en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne*²¹⁶. Dans des litiges pénaux impliquant diverses formes de discrimination, les droits constitutionnels autres que le droit à l'égalité sont plus utiles pour les accusés²¹⁷. Néanmoins, invoquer des droits autres que celui à l'égalité dans ces litiges implique une analyse différente ainsi que certains désavantages.

En effet, l'article 15 de la *Charte* reconnaît que les préjudices associés au déni du droit à l'égalité sont distincts d'une violation aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne pour plusieurs raisons²¹⁸. Premièrement, une transgression au droit à l'égalité affecte des *intérêts* différents. Une violation de l'article 15 mine entre autres la dignité humaine, le droit d'être traité avec considération et respect et l'estime de soi²¹⁹. Deuxièmement, les violations du droit à l'égalité constituent un préjudice différent des atteintes au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité²²⁰. En cas de violations du droit à l'égalité, le préjudice pertinent est l'avilissement d'un individu, le traitement de cet individu comme inférieur, le fait d'être victime de préjugés ou de partialité ou la négation de l'humanité d'autrui²²¹. Troisièmement, le fait de ne pas conceptualiser certains préjudices en termes d'atteinte au droit à l'égalité a une valeur

²¹³ Voir *Ontario c G*, *supra* note 212 au para 22.

²¹⁴ Voir *ibid* au para 70.

²¹⁵ Voir par ex *R c Le*, *supra* note 87; *R c Ahmad*, 2020 CSC 11; *R c Ipeelee*, 2012 CSC 13; *R c Boudreault*, 2018 CSC 58; *R c Zora*, 2020 CSC 14.

²¹⁶ Voir Eberts et Stanton, *supra* note 211 à la p 90; Marie-Ève Sylvestre, « The Redistributive Potential of Section 7 of the *Charter*: Incorporating Socio-economic Context in Criminal Law and in the Adjudication of Rights » (2012) 42:3 RD Ottawa 389 aux pp 404–05.

²¹⁷ Voir Terry Skolnik, « Homelessness and Unconstitutional Discrimination » (2019) 15:1 JL & Equality 69 à la p 81 [Skolnik, « Homelessness »].

²¹⁸ Voir *ibid* à la p 82.

²¹⁹ Voir *Ontario c G*, *supra* note 212 au para 6; Denise G Réaume, « Discrimination and Dignity » (2003) 63:3 La L Rev 645 aux pp 678–86; *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143 au para 171, 56 DLR (4^e) 1.

²²⁰ Voir Catherine MacKinnon, « Substantive Equality: A Perspective » (2011) 96:1 Minn L Rev 1 à la p 11.

²²¹ Voir Réaume, *supra* note 219 aux pp 678–86.

expressive particulière²²². Notamment, ces jugements nient à l'individu le fait qu'il a vécu une forme de discrimination en lui dictant qu'il a plutôt vécu un autre préjudice. Cela a pour effet de contester les expériences et les réalités vécues par les victimes de discrimination²²³.

Plus récemment, dans *Ontario (Procureur général) c. G*, la Cour a énoncé les deux questions auxquelles on doit répondre par l'affirmative pour conclure à une violation à l'article 15 de la *Charte* :

Premièrement, la loi contestée crée-t-elle, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? Une loi en apparence neutre peut créer indirectement une distinction si elle a un effet préjudiciable sur les membres d'un groupe protégé. Deuxièmement, dans l'affirmative, la loi contestée impose-t-elle « un fardeau ou [nie-t-elle] un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage », y compris le désavantage « historique » subi?²²⁴

Évidemment, le profilage racial est une forme de discrimination qui porte atteinte au droit à l'égalité conféré par l'article 15 de la *Charte canadienne*²²⁵. Le profilage racial exemplifie une forme de discrimination qui se produit lorsqu'une loi d'apparence neutre est appliquée de manière inégale car certains individus, du fait de certaines caractéristiques immuables, sont disproportionnellement ciblés par la police²²⁶. Cette pratique cause aux individus qui en sont la cible des préjudices physiques et moraux, une atteinte à la dignité humaine et de l'humiliation²²⁷. Ces préjudices perpétuent et renforcent des désavantages contemporains et his-

²²² Voir Tarunabh Khaitan, « Dignity as an Expressive Norm: Neither Vacuous Nor a Panacea » (2012) 32:1 Oxford J Leg Stud 1 aux pp 10–11.

²²³ Voir Skolnik, « Homelessness », *supra* note 217 à la p 90.

²²⁴ *Ontario c G*, *supra* note 212 au para 40.

²²⁵ Voir *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier Inc (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39 aux para 3, 33 (affirmant que le profilage racial est une forme de discrimination, même si le demandeur n'a pas prouvé la discrimination en l'espèce); *R v Dudhi*, 2019 ONCA 665 au para 65; *Pearl v Peel Regional Police Services Board*, [2006] OJ No 4457 au para 93, 2006 CanLII 37566.

²²⁶ Voir I Bennett Capers, « Rethinking the Fourth Amendment: Race, Citizenship, and the Equality Principle » (2011) 46:1 Harv CR-CLL Rev 1 aux pp 21–22; Ekow N Yankah, « Pretext and Justification: Republicanism, Policing, and Race » (2019) 40:4 Cardozo L Rev 1543 à la p 1599.

²²⁷ Voir « Pris à partie : rapport de recherche et de consultation sur le profilage racial en Ontario » (avril 2017) à la p 29, en ligne (pdf) : *Commission ontarienne des droits de la personne* <www3.ohrc.on.ca> [perma.cc/NK5M-NUZT].

toriques²²⁸. Pour toutes ces raisons, il est nécessaire que le droit à l'égalité joue un plus grand rôle en droit criminel et en procédure criminelle.

L'élargissement du rôle de l'article 15 de la *Charte canadienne* pourrait générer d'autres conséquences importantes. Des contestations constitutionnelles portées en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne* pourraient invalider certains pouvoirs policiers accessoires qui ont été créés il y a plusieurs décennies, mais qui ne sont pas suffisamment encadrés²²⁹. Cette approche permettrait de reconnaître comment le profilage racial cause des préjudices uniques qui affectent des intérêts plus étroitement liés à l'égalité²³⁰. Elle pourrait aussi servir comme fondement à des recours individuels et à des actions collectives de plus grande envergure.

Conclusion

Cet article a démontré comment l'avènement de la doctrine des pouvoirs policiers accessoires a transformé le rôle de la Cour suprême en matière de procédure criminelle. En créant des pouvoirs policiers, la Cour s'est éloignée de son rôle primordial de protéger les droits et libertés fondamentaux contre les excès de la majorité. Elle est plutôt devenue l'institution responsable de créer des pouvoirs policiers qui engendrent la violation de ces mêmes droits et libertés.

L'argument central de cet article était que la Cour suprême devrait rééquilibrer son propre rôle et le rôle du législateur en procédure criminelle. Afin de mieux protéger les droits fondamentaux, de prévenir l'inconduite policière et de respecter la séparation des pouvoirs et la primauté du droit, la Cour devrait modifier certaines doctrines au sein de la procédure criminelle et au sein du droit privé. Comme énoncé dans l'introduction de cet article, ces propositions ne peuvent pas éliminer certains problèmes structurels tels que le racisme systémique, le profilage racial et social et l'inconduite policière. Ces propositions peuvent néanmoins mener à l'adoption de réformes plus substantives du système de justice pénale, améliorer son fonctionnement quotidien et provoquer une nouvelle ère de dialogue constitutionnel.

Ultimement, cet article a souligné comment la protection des droits et libertés est inséparable du rôle des tribunaux dans une démocratie constitutionnelle. Afin d'exercer sa fonction de gardienne du système de justice, la Cour suprême devra démontrer une fidélité renouvelée aux principes

²²⁸ Voir *R v Sharma*, 2020 ONCA 478 au para 67; *R v Morris*, 2018 ONSC 5186 au para 56. Voir aussi *ibid* à l'annexe A.

²²⁹ Je tiens à remercier Vanessa MacDonnell pour une discussion qui portait sur ce sujet.

²³⁰ Voir généralement Réaume, *supra* note 219 aux pp 678–86.

de base de notre ordre constitutionnel : la séparation des pouvoirs, la primauté du droit, la transparence et la responsabilité des acteurs étatiques. La protection véritable de la liberté, l'égalité et la dignité n'exigent rien de moins.
