

LES NOTIONS DE FOUILLES, PERQUISITIONS ET SAISIES ABUSIVES: UNE INTERPRÉTATION LITTÉRALE OU TÉLÉOLOGIQUE?

François Chevrette*

L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit, comme on le sait, que «Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives».

Cette disposition est de droit nouveau au Canada et de toute évidence elle s'inspire, sous réserve de quelques variations importantes dans son libellé, du 4^e amendement de la Constitution des États-Unis.¹ Mais ce n'est pas sur cela que pour l'instant il y a lieu d'insister. C'est plutôt sur le fait que, de toutes les garanties juridiques prévues par la *Charte*,² c'est l'une de celles qui peut avoir les ramifications les plus nombreuses et aussi les plus complexes et les plus insoupçonnées dans les faits. Qu'on y pense un instant! Cet article a certainement pour but principal, quoique pas exclusif, de rendre contrôlables par le pouvoir judiciaire plusieurs pratiques d'investigation policière et de recherche de preuve. Ces pratiques, par définition, sont variées, multiples, et elles se perfectionnent au rythme du perfectionnement de la technologie et de l'ingéniosité des enquêteurs de police.

Pour ne prendre que cet exemple, nous savons tous combien une garantie en apparence aussi simple que celle de l'article 2(c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui donne à toute personne arrêtée ou détenue le «droit de retenir et constituer un avocat sans délai», a déjà engendré une jurisprudence abondante, nuancée et complexe.³ A-t-on le droit de rejoindre l'avocat de son choix ou simplement n'importe quel avocat? Peut-on exiger qu'il soit physiquement présent? Combien d'appels téléphoniques sont autorisés? Peut-on exiger la confidentialité de la conversation avec lui? Peut-on renoncer implicitement à ce droit à une conversation confidentielle? Or si les développements jurisprudentiels sont à ce jour nombreux et complexes à propos d'un droit aussi bien identifié et au contenu procédural aussi bien délimitable, au moins à première vue, que le droit à l'avocat, on imagine combien ces développements vont être nombreux et complexes en rapport avec une garantie aussi fluide que celle "*against unreasonable search or seizure*", garantie potentiellement applicable à une infinité de méthodes policières, pour ne parler que de celles-là, dans le contexte d'une infinité des situations de fait.

En d'autres termes, la plupart des "*legal rights*" de notre nouvelle *Charte* ont une assez forte coloration procédurale. On peut les cerner. La

* Professeur titulaire de droit, Université de Montréal.

1. Le 4^e amendement se lit comme suit: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against

jurisprudence peut petit à petit en préciser le champ d'application et les finalités. Certes on ne saurait prétendre qu'il est toujours facile de décider par exemple si, dans un cas donné, le droit d'un inculpé «d'être jugé dans un délai raisonnable»⁴ est nié ou pas. On ne saurait évidemment prétendre non plus que des principes comme ceux de la présomption d'innocence,⁵ de la non-rétroactivité de l'infraction,⁶ et de la non-auto-incrimination,⁷ ont un contenu juridique parfaitement défini ne posant aucune difficulté d'interprétation. Il demeure que la plupart de ces garanties paraissent plus faciles à formaliser, à axiomatiser ou à transformer en règles de droit que la garantie de l'article 8.

Un auteur américain, dans une étude remarquable du 4^e amendement et à laquelle le présent texte doit beaucoup, a décrit la difficulté que l'on vient d'évoquer de la façon suivante:

Criminal trials are pretty standardized events; their evolution is relatively slow; changes in their form can ordinarily be predicted well in advance. Police practices, on the other hand, are a perpetual Pandora's box. It demands a great deal of the Court to ask that it develop coherent principles for the definition of "searches" and "seizures" without knowing what is going to come out of that box in Meridian, Mississippi or New York City tomorrow.⁸

Et quelques lignes plus haut, cet auteur remarquait, à propos de la Cour suprême des États-Unis et de son contrôle des actions policières:

[A]n agency which controls some of the terms of limitation but none of the terms of authorization is generally likely to prefer mobility to consistency in its regulatory techniques.⁹

On peut probablement s'attendre à ce que la jurisprudence canadienne relative à l'article 8 de la *Charte* soit confrontée à des difficultés du même genre et qu'il en résulte ce qu'on a appelé aux États-Unis "*fact style adjudication*".¹⁰ On évitera d'autant plus aisément ce résultat que l'on donnera à l'article 8 une portée très étroite. Mais cela serait bien fâcheux, après tout ce que nous ont révélé plusieurs commissions d'enquête au sujet des violations du droit à l'intimité commises par les corps de police canadiens.¹¹

Il est au moins une chose facile dans l'étude de l'article 8: c'est de faire le plan de cette étude, qui est clairement suggéré par le texte de l'article. En effet une étude complète de cet article exigerait dans un premier temps une analyse de ce qu'est une fouille, une perquisition et une saisie, et dans un deuxième temps une analyse du critère de «raisonnabilité», de ce qui est abusif et ce qui ne l'est pas. A ces deux premiers points

4. *Charte*, art. 11(b).

5. *Ibid.*, art. 11(d).

6. *Ibid.*, art. 11(g).

7. *Ibid.*, arts 11(c) et 13.

8. A.G. Amsterdam, "Perspectives on the Fourth Amendment" (1973-74), 58 *Minn. L. Rev.* 349, à la p. 387.

9. *Ibid.*

10. R.B. Dworkin, "Fact Style Adjudication and the Fourth Amendment: The Limits of Lawyering" (1973), 48 *Ind. L.J.* 329.

11. On pense évidemment en particulier aux commissions McDonald, Keable, Laycraft et Pringle. Sur ces enquêtes, voir W.H. McConnell, "Hearsay, Search and Seizure: A Fourth Amendment for Canada" (1980), 11 *B.D.U.S.* 155, (1981).

il faudrait tout aussi logiquement en ajouter un troisième, consacré à la recevabilité des preuves obtenues en violation de l'article 8, puisque cet article est peut-être celui qui est le plus susceptible de donner application à la règle d'exclusion de preuve établie par l'article 24(2) de la *Charte*. En effet il n'y a pas de lien nécessaire entre par exemple une détention arbitraire¹² ou une violation du droit à l'avocat¹³ et l'obtention d'une certaine preuve. Mais quand l'article 8 est violé, c'est bien souvent cette violation même qui procure la preuve. L'article 24(2) vise des preuves obtenues «dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés» de la *Charte*. Une violation de l'article 8 va au-delà de cette exigence; elle peut être à l'origine même de la preuve obtenue.

Mais la présente étude se bornera au premier point, à savoir à l'examen des notions de fouilles, de perquisitions et de saisies, trois notions qui posent plus de difficultés d'interprétation qu'on pourrait le croire au premier regard.¹⁴

I. La portée des mots

Si l'on se place à un niveau assez élevé de généralisation, on est face à un dilemme si fréquent en droit qu'il ne peut surprendre aucun juriste. Faut-il s'arrêter aux mots ou plutôt aux objectifs, aux finalités? Faut-il préférer l'argument de texte ou l'argument téléologique? On peut penser que la solution se situe quelque part entre ces deux pôles, plus proche des finalités que des mots — du moins on l'espère; mais il est fort douteux que le pouvoir judiciaire accepte l'argument des finalités dans toutes ses conséquences dans l'interprétation de l'article 8.

Commençons par les mots. Une perquisition, c'est une intrusion dans un lieu en vue d'y trouver une chose tangible. Une fouille est à peu près la même chose, encore qu'en français ce mot vise aussi, plus clairement que le mot perquisition, les personnes.¹⁵ Convenons qu'une fouille est le fait d'inspecter un individu, ses vêtements, ses bagages, les divers orifices de son corps en vue de trouver une chose tangible. Allons même plus loin: Convenons qu'une opération chirurgicale visant à retirer une balle de l'épaule d'un individu accusé est une fouille, et que le sont aussi un prélèvement sanguin, un tubage d'estomac et une ponction lombaire.¹⁶ Mais

12. *Charte*, art. 9.

13. *Ibid.*, art. 10(b).

14. Pour des études d'ensemble de l'article 8, voir F. Chevrette, «La protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives», dans G.-A. Beaudoin et W.S. Tarnopolsky, *Charte canadienne des droits et libertés*, (1982), à la p. 369; M.R. Dambrot, "Section 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1982), 26 *C.R.* (3d) 97; E.G. Ewaschuk, "Search and Seizure: Charter Implications" (1982), 28 *C.R.* (3d) 153; M. Manning, *Rights, Freedoms and the Courts — A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, (1983), aux pp. 274-322; W.H. McConnell, *supra*, n. 11, cet article étant toutefois antérieur à l'adoption de la *Charte*.

15. Voir sur ce point A. Gautron, "French/English Discrepancies in the Canadian Charter of Rights & Freedoms" (1982), 12 *Man. L.J.* 220, à la p. 226.

16. Dans *Re Laporte and The Queen*, (1972) 29 *D.L.R.* (3d) 651 (C.S. Qué.), on a jugé qu'une opération chirurgicale pour retirer une balle n'était pas une perquisition au sens du Code criminel et qu'un mandat ne pouvait être émis pour l'autoriser. Cette interprétation de l'article 443 du Code criminel et l'interprétation de l'article 8 doivent être vues comme deux questions bien distinctes. D. P. O. (1972) 29 D.L.R. (3d) 651 (C.S. Qué.), on a jugé qu'une opération chirurgicale pour retirer une balle n'était pas une perquisition au sens du Code criminel et qu'un mandat ne pouvait être émis pour l'autoriser. Cette interprétation de l'article 443 du Code criminel et l'interprétation de l'article 8 doivent être vues comme deux questions bien distinctes.

s'il n'y a pas d'intrusion, ou si encore ce qu'on recherche n'est pas une chose tangible, dira-t-on que l'article 8 est inapplicable? Dira-t-on qu'il est inapplicable à l'écoute électronique, à l'enregistrement des conversations privées, aux photographies prises à distance, au fait d'écouter aux portes? Littéralement, on pourrait le dire, car en langage juridique traditionnel l'oeil et l'oreille ne font pas de "search".¹⁷ Mais serait-il acceptable de figer ainsi l'interprétation d'un document constitutionnel de 1982 en l'axant sur une interprétation étroite et traditionnelle du mot "search"? Dans son excellent document de travail sur les fouilles, perquisitions et saisies, la Commission de réforme du droit du Canada propose d'élargir les concepts de perquisition et de saisie de façon à ce qu'ils ne visent pas qu'à l'obtention de choses tangibles, mais aussi de renseignements, pourvu que ces renseignements soient préexistants; si ces renseignements naissent après l'intrusion, ce n'est plus de perquisition qu'il s'agit mais plutôt, nous dit la Commission, de surveillance.¹⁸ Aux fins d'une réforme du droit des saisies et perquisitions, cette distinction se comprend; car la perquisition est instantanée alors que la surveillance est durable, et l'une peut requérir des types d'autorisation différents de ceux de l'autre. Mais aux fins d'une interprétation de l'article 8, pourquoi faudrait-il exclure les activités de surveillance du champ d'application de cet article?

Certes l'élément d'intrusion, par rapport à un lieu ou par rapport à une personne, demeure important dans l'interprétation de l'article 8 et c'est probablement à juste titre qu'on a considéré que cet article ne s'appliquait pas à des procédés comme l'ivressomètre¹⁹ ou la prise d'empreintes digitales.²⁰ Mais exclure de sa portée toute forme d'espionnage n'exigeant pas d'entrée physique dans un lieu ou ne visant pas des choses tangibles, c'est l'interpréter de façon exagérément fixative.

Venons-en aux saisies. A ce sujet la Commission de réforme écrit: «Pour les fins du présent document, nous considérons la perquisition comme le pouvoir de porter atteinte aux droits d'une personne en vue de découvrir un objet [ou des renseignements], et la saisie comme le pouvoir de prendre cet objet».²¹ Dans une optique de pur droit pénal, cette définition est correcte. Mais l'article 8 se limite-t-il au droit pénal? La *Loi de l'impôt sur le revenu*,²² aux articles 223 à 226, prévoit des mesures draconiennes de saisie, en mains tierces et autres, à titre de modes de recouvrement des impôts impayés. Dira-t-on que ce ne sont pas là des saisies au sens de l'article 8? On peut le dire, si on interprète cet article comme applicable uniquement dans un contexte de recherche de preuves et si on interprète le mot «saisies» en liaison avec les mots «fouilles» et «perqui-

17. C'est d'ailleurs pourquoi on a déjà décidé qu'un mandat de perquisition ne pouvait être obtenu aux fins de capter des conversations téléphoniques: *Re Bell Telephone Company of Canada* (1947), 89 C.C.C. 196 (H.C. Ont.).

18. *Les pouvoirs de la police: Les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, Commission de réforme du droit du Canada, 1983, document de travail 30, aux pp. 16-20.

19. *Regina c. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (C.P. C.B.).

20. *Regina c. McGregor* (1983), 145 D.L.R. (3d) 489 (H.C. Ont.); *Regina c. Higgins* (1983), 9 W.C.B. 352 (C.B.R. Sask.).

21. *Supra*, n. 18, à la p. 16.

sions». Or les articles précités de la loi de l'impôt ne visent pas l'obtention de preuves, ils visent l'obtention de biens à des fins de remboursement. Mais en pratique les choses sont-elles aussi tranchées que cela? N'arrive-t-il pas que l'on se serve de la «saisie-remboursement» comme un moyen de prouver des transferts de fonds, des opérations et commerces illégaux? En fin de compte, il paraît plus raisonnable d'englober sous le terme «saisies» non seulement les saisies comme procédés d'obtention de preuve mais aussi les saisies punitives ou confiscations et les saisies civiles ou saisies-exécution.²³ Ce faisant on prête à l'article 8 une finalité de protection de la propriété. Mais encore faut-il en acceptant cette finalité s'arrêter quelque part; encore faut-il qu'il s'agisse de saisies! Sinon on pourrait prétendre que la protection contre les «saisies abusives» englobe la protection contre l'expropriation abusive par l'État de sa propriété. Or on sait bien que la protection de la propriété contre l'expropriation, c'est à l'article 7 de la *Charte* qu'on l'aurait prévue, si on avait voulu la prévoir.²⁴ S'il est vrai que, dans l'interprétation de l'article 8, les finalités doivent aussi être prises en compte, et non seulement les mots, on voit que ces derniers n'en gardent pas moins de l'importance.

Toujours à propos de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, on s'est demandé si le pouvoir donné aux officiers du fisc, aux termes de l'article 231(1), de «pénétrer dans tous lieux ou endroits dans lesquels l'entreprise est exploitée» en vue de «vérifier ou examiner les livres et registres» était une perquisition au sens de l'article 8.²⁵ Simple vérification administrative, dira-t-on, au cours de laquelle on ne cherche rien de précis et qui est bien différente de la perquisition véritable, avec autorisation judiciaire, prévue à l'article 231(4)! Mais cette façon de raisonner est bien étrange. Elle aboutit en effet à soustraire de l'application de l'article 8 un pouvoir d'enquête dont on use pour éviter l'embarras de la perquisition proprement dite, pouvoir qui autorise même l'officier, sur simple soupçon, à saisir les livres et documents et à les retenir 120 jours sans aucune autorisation judiciaire. Il y a certes saisie, mais dire qu'il n'y a pas "search", c'est se laisser abuser par les mots.

Mais avant d'en finir avec les mots, qu'en est-il de la saisie de personnes? Depuis longtemps aux États-Unis, le mot "seizures" du 4^e amendement inclut la saisie de personnes, le fait de priver quelqu'un, même pendant quelques instants, de sa liberté d'aller et venir. On a soutenu qu'il devait en aller de même pour ce même mot de l'article 8 de la *Charte*.²⁶ C'est une proposition fort discutable. Car il semble en effet que c'est l'article 9, sur «la détention ou l'emprisonnement arbitraires», qui régit les privations de liberté, et cela même si l'on peut être en désaccord avec

23. Dans *Re McLeod and Minister of National Revenue* (1983), 146 D.L.R. (3d) 561 (C.F.), on n'a pas considéré qu'une saisie-exécution en matière fiscale échappait à l'article 8, estimant plutôt qu'elle n'était pas déraisonnable ou abusive.

24. Dans *Re Becker and the Queen in right of Alberta* (1983), 148 D.L.R. (3d) 539 (C.A. Alta.), on a décidé que l'article 8 protégeait l'intimité et non la propriété et qu'il ne pouvait servir à contester une expropriation.

25. E.G. Ewaschuk, *supra*, n. 14, aux pp. 182-183. Voir *Re New Garden Restaurant and Tavern Ltd. and Minister of National*

l'interprétation très étroite qu'a déjà donnée la Cour suprême au mot «détention» dans la *Déclaration canadienne des droits*.²⁷ On peut bien dire: Quelle importance que ce soit l'article 8 ou l'article 9? Il demeure qu'en appliquant l'article 8 à un contexte de privation de la liberté d'aller et venir, on lui ajoute une finalité de plus, alors qu'au titre des finalités cet article, comme on le verra, est déjà bien assez complexe! A la limite on pourrait peut-être soutenir que le fait d'entrer chez quelqu'un pour procéder à l'arrestation d'un tiers qui s'y trouve est une perquisition au sens de l'article 8.²⁸ En ce sens, c'est une personne que l'on saisit, tout comme d'ailleurs le fait de fouiller une personne implique qu'on s'en saisit, ou le fait de lui ordonner de rester immobile pendant qu'on perquisitionne chez elle.²⁹ Dans tous ces cas, la saisie, si c'en est une, n'est qu'accessoire à la fouille ou à la perquisition, et le mot «saisie» n'ajoute pas grand-chose aux deux autres mots qui le précèdent. Mais si le mot «saisie» de l'article 8 vise en tant que tel des personnes, n'y a-t-il pas un certain risque qu'on introduise ainsi en droit canadien un concept qui lui est à ce jour étranger, notre droit ne reconnaissant que le concept d'arrestation?³⁰ Or l'arrestation est une détention au sens de l'article 9, même si toute détention n'est évidemment pas une arrestation.³¹

Et c'est probablement ici la bonne occasion de faire une brève observation sur le 4^e amendement de la Constitution des États-Unis. Il y a quelques années un auteur américain écrivait: "The fourth amendment cases are a mess".³² Que cette jurisprudence soit un "mess" ou non, il apparaît presque inévitable que le droit canadien continue à s'y référer beaucoup. Cela, à la fois parce que c'est un immense réservoir de faits et d'exemples, et parce qu'il est souvent plus facile de définir un principe de droit complexe que de décider de ce qui est raisonnable et de ce qui ne l'est pas; si bien qu'en ce dernier cas on a tendance, assez naturellement d'ailleurs, à prendre en considération ce que des juges — en particulier ceux de la Cour suprême des États-Unis, dont on n'a pas de raison de croire qu'ils sont moins sages que soi — ont décidé au titre de la «raisonnabilité».

Mais ces références au 4^e amendement, il faut les faire avec beaucoup de prudence et beaucoup de discernement. D'abord parce que, même s'il est vrai que le 4^e amendement et notre article 8 ont une parenté évidente, leur histoire diffère beaucoup, leur texte aussi, de même que la structure générale de notre *Charte* par rapport au *Bill of Rights*. L'autre motif, plus

27. *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471. Dans *Regina c. Therens* (1983), 5 C.C.C. (3d) 409, la Cour d'appel de la Saskatchewan n'a pas retenu cette interprétation restrictive du mot «détention» en rapport avec ce même mot à l'article 10(b) de la Charte.

28. Voir *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, où l'on a décidé que des policiers ayant des motifs raisonnables de croire qu'une personne qu'ils pouvaient arrêter se trouvait dans l'appartement d'un ami avaient le droit d'y entrer, même de force, après s'être annoncés de façon régulière.

29. Voir sur ce pouvoir d'immobiliser des personnes *Levitz c. Ryan* (1972), 9 C.C.C. (2d) 182 (C.A. Ont.).

30. Le danger serait d'introduire ainsi et de façon indirecte en droit canadien ce que l'on reconnaît aux États-Unis comme les pouvoirs d'immobiliser (*stop*) et de palper (*frisk*).

31. *R. c. MacDonald* (1975), 22 C.C.C. (2d) 350, à la p. 356 (C.A. N.E.).

important encore, qui doit inspirer la prudence face au 4^e amendement tient à ce que la jurisprudence américaine à ce sujet a été très souvent incohérente dans le passé, elle a eu fortement tendance, comme l'écrit l'auteur que nous citons au début de cette étude et pour les raisons qu'il a dites, "to prefer mobility to consistency in its regulatory techniques". S'il est compréhensible que les cours américaines aient voulu se garder une bonne marge de manoeuvre dans leur contrôle des actions policières, il le serait moins que des cours de justice d'un autre pays suivent les premières dans tous leurs revirements. Il faut donc se méfier des imitations sur la base du «cas par cas». Car le 4^e amendement ne se comprend pas à l'aide d'arrêts isolés; il faut l'appréhender dans son ensemble. C'est un sujet sur lequel il vaut mieux consulter les bons auteurs que les bons juges!

On voit donc combien les mots seuls de l'article 8 présentent une part d'équivoque. On verra maintenant que cette part d'équivoque se retrouve aussi si l'on tient compte non plus des mots mais des finalités de cet article.

II. L'importance des finalités

La finalité la plus évidente de l'article 8 est probablement la protection de l'intimité de la personne et de son environnement privé. Certes ce n'est pas la seule. Dans son rapport, auquel il a été fait allusion plus haut, la Commission de réforme du droit du Canada nous rappelle que les fouilles, perquisitions et saisies viennent aussi en conflit avec l'inviolabilité et la sécurité de la personne et avec la libre jouissance de ses biens.³³ Bien évidemment c'est aussi pour prévenir la violence à l'individu et aux choses qu'il possède que l'article 8 a été adopté; c'est aussi pour empêcher qu'on le prive de la jouissance de sa propriété abusivement.

Point n'est besoin d'insister sur les difficultés auxquelles fut longtemps confronté le droit américain à propos de l'étendue de l'environnement privé d'un individu. Notons que le 4^e amendement contient les mots "persons, houses, papers and effects", énumération qu'heureusement d'ailleurs on ne retrouve pas à l'article 8. En effet cette omission est probablement de nature à simplifier les choses et à garantir une "reasonable expectation of privacy",³⁴ que le lieu soit la résidence, le bureau, l'automobile, la chambre d'hôtel, le coffret de sûreté, le chalet, la cabine téléphonique, l'appartement d'un ami, le restaurant discret où l'on dîne en tête-à-tête. Ce qu'il importe plutôt de mettre en relief ici, c'est que, s'il est vrai que la finalité de l'article 8 est la protection de l'intimité, de la vie privée, de la confidentialité de certains documents et renseignements, pourquoi ne servirait-il pas à contrôler certaines demandes de production d'informations ou certains types de *subpoena duces tecum*.³⁵ A cette pré-

33. *Supra*, n. 18, aux pp. 20-31.

34. L'expression, devenue classique, origine de l'arrêt *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1, à la p. 9, (1968).

35. On a refusé d'appliquer l'article 8 dans ce contexte dans *Regina c. Rolbin* (1982), 2 C.R.R. 166 (C.S. Qué.) et *Re Ziegler and Hunter* (1983), 22 A.C. W.S. (2d) 152 (C.F.). Voir cependant *Regina c. Holman*, C.P. C.B., arrêt non-rapporté, le 10 août

quisition, même si son but est une obtention de preuves ou de renseignements. Mais ce faisant, n'accepte-t-on pas que soit fait indirectement — par une obligation de divulguer — ce que l'article 8 pourrait interdire de faire directement, grâce à une perquisition?³⁶

On dira peut-être: C'est pour discipliner les policiers, pas les tribunaux, que l'article 8 fut adopté. Disant cela, on se trouve à faire prévaloir la discipline policière sur l'intimité. Fort bien. C'est d'ailleurs ce résultat que l'on consacre en refusant d'appliquer l'article 8 dans un contexte où des policiers découvrent des preuves par hasard, alors qu'ils ne les recherchaient pas, après être entrés dans une maison ou une chambre d'hôtel.³⁷ En pareils cas, invoquer la «doctrine des objets bien en vue»³⁸ n'est guère convaincant, car rien ne permet de présumer que l'individu qui laisse des objets sur sa table, dans son appartement fermé à clef, a voulu les exposer à tous les regards. Si l'article 8 ne s'applique pas, c'est que les policiers n'ont pas voulu le violer. A ce titre, l'article contraint les policiers plus qu'il protège l'intimité du citoyen. Mais si c'est là l'objectif, pourquoi faudrait-il être si strict dans l'appréciation de l'intérêt à poursuivre de celui qui invoque l'article 8? Pour prendre un exemple suggéré par un auteur américain,³⁹ pourquoi soustraire à l'emprise du 4^e amendement des policiers qui auraient illégalement perquisitionné dans une chambre d'hôtel qu'ils croyaient encore occupée, alors que ses occupants en réalité avaient déguerpi tout en oubliant certains objets compromettants? Dire qu'une chambre d'hôtel qu'on a abandonnée, alors que les policiers pensent le contraire, n'est pas une zone protégée d'intimité, c'est faire prévaloir cette fois l'objectif d'intimité sur celui de la discipline policière.

Combinons les diverses finalités dont il vient d'être question, à savoir la protection de l'intimité de l'individu et la discipline policière dans la recherche de preuves. Si l'on accepte d'appliquer l'article 8, comme on devrait le faire selon nous, à l'interception de conversations privées et spontanées entre deux individus, pourquoi n'accepterait-on pas aussi de l'appliquer à des conversations «provoquées», par exemple aux confidences qu'un détenu fait à un policier qui se présente à lui comme prêtre, médecin ou compagnon d'incarcération?⁴⁰ On dira peut-être qu'il faut assumer les risques qu'il y a à se faire des amis ou des confidents. Il n'en reste pas moins que si l'on interprète l'article 8 dans une perspective téléologique, il n'est pas facile de conclure que de tels procédés — sous

36. Aux États-Unis, certains ordres de produire des documents en justice sont considérés comme régis par le 4^e amendement. Voir *Boyd c. U.S.*, 116 U.S. 616 (1886) où M. le juge Bradley, au nom de la majorité, y écrivait (p. 662): "[A] compulsory production of a man's private papers to establish a criminal charge against him, or to forfeit his property, is within the scope of the Fourth Amendment to the Constitution, in all cases in which a search and seizure would be; because it is a material ingredient, and effects the sole object and purpose of search and seizure." Sur cette question, voir A.G. Amsterdam, *supra*, n. 8, aux pp. 364-365.

37. Voir *Re Regina and Shea* (1982), 142 D.L.R. (3d) 419 (H.C. Ont.), où l'entrée était motivée par une urgence, alors que dans *Regina c. Maksylewicz*, C.P. C.B., arrêt non rapporté, le 15 décembre 1982, l'entrée fut reconnue illégale mais l'article 8 fut quand même jugé inapplicable du fait que les policiers voulaient opérer une vérification et ne recherchaient pas de preuve!

38. Sur la "plain view doctrine", d'origine américaine, voir M. Manning, *supra*, n. 14, aux pp. 280-285, no 335.

39. *Supra*, n. 8, à la p. 368.

40. On fait référence ici à de la jurisprudence connue selon laquelle beaucoup de ces conversations provoquées sont recevables en

réserve de la question de savoir s'ils sont abusifs ou pas — échappent par définition à l'emprise de cet article. On dira sans doute aussi que ces procédés ne sont ni des fouilles et ni des perquisitions. Mais cela nous ramène à l'argument des mots, qui, on l'a vu, est bien peu convaincant.

Rien dans le texte de l'article 8 ne limite son champ d'application à l'obtention de preuves en vue d'un procès criminel, si bien qu'il est aussi applicable à des contrôles de sécurité, sur les prisonniers et les voyageurs aériens, et à des contrôles douaniers par exemple.⁴¹ Mais est-il si certain qu'il ne vise que la recherche de choses? Il semblerait plus juste d'y voir une garantie régissant toutes les modalités d'application et d'exécution de la loi. A ce titre il engloberait, en raison de sa finalité de protection de la propriété et du sens large du mot «saisies», la saisie-exécution et la saisie-confiscation. Il pourrait même permettre, comme l'a permis le 4^e amendement aux États-Unis,⁴² de contester des lois criminalisant certains comportements purement privés, au motif que la façon d'appliquer, d'exécuter ces lois et de faire la preuve de ces comportements ne pourrait être que violatrice de la garantie. On se rapproche ainsi d'un article 8 qui serait une protection générale du droit à l'intimité et de la vie privée, ce qu'il n'est pas et ce que ses concepteurs ont refusé qu'il soit.⁴³ Dès lors ce serait se méprendre que de vouloir le faire servir à contrôler par exemple l'établissement de certaines banques de données ou de renseignements sur les individus, d'autant que ce qui fait ici problème c'est beaucoup moins le mode d'obtention de ces données ou leur caractère secret que leur stockage et l'usage qu'on en fait.

* * *

De ce qui précède, on peut conclure que les mots seuls de l'article 8 ne sont pas déterminants. L'aphorisme de Samuel Beckett: "*Words are all we have*" s'applique bien mal à cet article. Les finalités seules ne sont pas déterminantes non plus. C'est donc probablement à un dosage de deux types d'interprétation qu'il faut tendre. Mais si raffiné que soit ce dosage, il n'est pas du tout certain qu'on puisse arriver à définir exactement la portée de cet article. Et sur ce point citons de nouveau l'auteur américain cité au début de cet article, dans un passage où il fait référence au célèbre arrêt *Katz c. U.S.*⁴⁴ par lequel la Cour suprême des États-Unis a rendu le 4^e amendement applicable à l'écoute des conversations tenues dans une cabine téléphonique, même sans intrusion dans celle-ci.

41. La jurisprudence a décidé que ces contrôles étaient régis par l'article 8 mais qu'ils n'étaient pas déraisonnables. Voir par exemple *Re Malby and Attorney-General of Saskatchewan* (1982), 143 D.L.R. (3d) 649 C.B.R. Sask., fouilles de prisonniers.

42. On pense notamment à *Grissold c. State of Connecticut*, (1965) 381 U.S. 479 où fut invalidée une loi prohibant l'usage de contraceptifs, et à *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), qui autorisa l'avortement à certaines conditions. Il serait cependant assez difficile de prétendre que l'article 8 a une portée aussi vaste que celle que les tribunaux américains ont progressivement découverte au *Bill of Rights* en matière d'intimité, que l'on considère d'ailleurs ne pas être garantie uniquement par le 4^e amendement.

43. Voir à ce sujet les procès-verbaux du Comité mixte du Sénat et de la Chambre des Communes, notamment aux pages 67 et 69 du fascicule 46 (déclaration du ministre Chrétien).

“Searches” are not particular methods by which government invades constitutionally protected interests: they are a description of the conclusion that such interests have been invaded. The key to the amendment is the question of what interests it protects. Mr. Katz’s conversation in a pay telephone booth was protected because he “justifiably relied” upon its being protected — relied, not in the sense of an expectation, but in the sense of a claim of right. In the end, the basis of the Katz decision seems to be that the fourth amendment protects those interests that may justifiably claim fourth amendment protection.⁴⁵

Ainsi donc le 4^e amendement s’applique à des situations qui, selon les tribunaux, requièrent son application. S’il y a une leçon à retenir de cela, c’est probablement qu’il y a lieu d’interpréter libéralement la notion de “*search or seizure*”, tout simplement parce qu’il est très difficile de savoir ce que c’est et ce que ce n’est pas et qu’en retenant des définitions et des exclusions trop tranchées, les tribunaux pourraient s’enfoncer dans un conceptualisme que l’évolution imprévisible des techniques pourrait rendre bien gênant. Au reste, la nécessité qu’une fouille, une perquisition ou une saisie soit abusive ou déraisonnable pour que l’article 8 trouve application leur donne une marge de manoeuvre suffisante pour qu’ils n’aient pas à se mettre en quête de l’impossible définition!