

un rapport qui ne consacre qu'un paragraphe en annexe au Québec¹¹ pour dire qu'il n'a rien de particulier, est un rapport incomplet.

La recommandation la plus pertinente des auteurs nous apparaît en définitive, être la suivante: «Les enquêteurs préconisent *avant tout* la constitution d'un groupe de travail pour étudier comment ce schéma (d'amélioration) pourrait

se concrétiser».¹² Ce groupe de travail composé de toutes les parties intéressées serait sans doute en mesure de conseiller adéquatement le Ministre et l'Association du Barreau canadien, après avoir dépouillé de ses parasites, ce rapport néanmoins enrichissant et stimulant pour la communauté juridique.

28. Libertés publiques

François Chevrette et Herbert Marx, professeurs
à l'Université de Montréal.

La Cour suprême du Canada rendait récemment deux jugements d'un grand intérêt pour le droit canadien des libertés publiques. La décision *Curr v. La Reine*¹ établit que l'obligation qu'impose le Code criminel de fournir un échantillon de son haleine lorsqu'on en est requis (art. 235) ne contrarie en rien la Déclaration canadienne des droits dans les garanties qu'elle établit, notamment en matière de *due process of law* (art. 1-a) et de protection contre l'auto-incrimination (art. 2-d). Peu de temps après, la décision *Brownridge v. La Reine*² venait poser que le refus d'obtempérer à une telle demande pouvait être justifié et l'accusation de l'avoir opposé sans excuse raisonnable rejetée, si la personne subséquemment poursuivie pour un tel refus en vertu du Code criminel avait demandé sans succès de prendre contact avec son avocat avant

qu'on y procède. Il en résulte que la disposition du Code criminel établissant l'obligation de se soumettre à l'ivressomètre et pénalisant le récalcitrant, si elle n'est pas contraire au *due process of law* ou au principe de non-incrimination, est cependant tempérée par le droit de la personne «arrêtée ou détenue» «retenir et constituer un avocat sans délai» (Déclaration canadienne des droits, art. 2-c ii); et celui qui en a été privé pourra voir rejetée l'accusation d'avoir refusé de fournir un échantillon de son haleine.

Les deux décisions méritent analyse, tant en regard de la question spécifique qui s'y posait qu'en regard des considérations plus générales qu'on y trouve sur le sens et la portée de la Déclaration canadienne des droits. C'est de ces deux points de vue qu'on en traitera ici.

Le problème particulier dont il s'agissait concerne au fond la compatibilité ou le conflit entre d'une part l'inviolabilité de la personne et les diverses garanties procédurales de sa liberté et de sa sécurité, et d'autre part l'obligation qui lui est faite de livrer un prélèvement de substance corporelle pouvant ensuite servir de preuve incriminante contre elle.

Que dans *Curr* on ait jugé que cette obligation n'allait pas à l'encontre de la garantie de protection contre l'auto-incrimination ne surprendra personne, et il était à prévoir que pour en décider, certains juges (notes du juge Ritchie, auxquelles souscrit le juge en chef Fauteux) réitérent leur traditionnel attachement au principe de l'admissibilité de toute preuve de caractère objectif. Pour eux, les diverses garanties contre l'auto-incrimination ne trouvent application qu'en matière testimoniale (le texte français de l'article 2-d de la Déclaration n'est pas sans suggérer une telle interprétation, puisqu'il parle de «protection contre son propre témoignage», alors que le texte anglais, plus vague, parle de *protection against self-incrimination*), et une preuve de fait est une preuve admissible, parce qu'elle est vraie, si douteux soit le procédé par lequel elle a pu être obtenue. C'est la vieille règle qui se perpétue!³

Le juge Laskin, dans un jugement très riche mais dont la clarté n'est pas la vertu prédominante, arrive au même résultat par un autre détour. La protection contre

l'auto-incrimination, qu'il évite de limiter expressément aux seules preuves testimoniales, ne joue, d'après l'interprétation qu'il donne à l'article 2-d de la Déclaration, qu'à l'audience et pas au stade de l'interrogatoire et des demandes policières.

On conviendra aisément que les deux restrictions, mises bout à bout, ne laissent pas une bien large portée à la garantie de l'article 2-d. Sans doute le texte de la disposition les suggérerait-il plus ou moins clairement l'une et l'autre. Mais du coup on se prive de la possibilité de le faire servir un jour à proscrire par exemple les perquisitions dans le corps humain ou les témoignages recueillis sous contrainte policière, soit à cause du caractère non-testimonial de la preuve recherchée ou encore en raison du fait que ce n'est pas lors de l'audience qu'on la requiert. Face à quoi on a un peu le sentiment que le jugement, en particulier celui du juge Laskin, en dit plus qu'il n'était nécessaire et manifeste une bien grande fidélité à un texte qui reste malgré tout un texte vague. On se serait plus habilement réservé le futur, tout en arrivant au même résultat, en évitant de restreindre de pareille façon la portée de l'article 2-d et en mettant plutôt en relief, non seulement le caractère objectif du test d'haleine, mais aussi le fait que le prélèvement n'implique aucune atteinte à la personne, à la différence par exemple d'une absorption forcée de vomitif ou d'interventions chirurgicales diverses,

(11) Opération Compulex, *op. cit.*, p. 64.

(12) *Idem*, p. 48.

(1) [1972] R.C.S. — (jugement non encore rapporté et prononcé le 1er mai 1972).

(2) [1972] R.C.S. — (jugement non encore rapporté et prononcé le 29 juin 1972).

(3) Pour un exemple jurisprudentiel récent, et combien révélateur, voir: *R. v. Wray* [1971] R.C.S. 272 et l'importante analyse critique de D.W. Roberts, *The Legacy of Regina v. Wray* [1972] 50 La revue du barreau canadien, 17. Il déborderait évidemment le cadre de notre propos de discuter de la question.

et qu'il est fortement justifié par des impératifs de sécurité routière.

Le jugement *Curr* aboutit donc à donner un contenu extrêmement étroit et d'une fidélité un peu servile au texte à la protection contre l'auto-incrimination de la Déclaration canadienne des droits. Il n'en reste guère plus que la traditionnelle protection de la cour! A ce titre, ce serait un bien mauvais exemple du rôle créatif de la jurisprudence!

Dans un pareil contexte, le jugement *Brownridge* surprend, car si l'on s'incrimine si peu et si objectivement en donnant de son haleine, pourquoi aurait-on droit de consulter son avocat avant d'y consentir? Pour les juges de la majorité, la réponse une fois de plus se trouve dans le texte de la Déclaration, qui garantit à toute personne «arrêtée ou détenue» le droit de consulter un avocat sans délai (art. 2-c ii); d'où l'impossibilité de poursuivre celui qui refuse le prélèvement d'haleine parce qu'on le prive du droit de consulter un avocat avant qu'on y procède.

Pour le juge Laskin, on bénéficie de ce droit de consulter un avocat avant de se soumettre au test, que l'on soit arrêté ou qu'on ne le soit pas,⁴ de sorte que celui dont on requiert un prélèvement d'haleine serait de ce seul fait «arrêté ou détenu» au sens de l'article 2-c ii. Même si elle force la lettre, l'interprétation est heureuse, car à ce stade le processus d'inculpation a déjà commencé. Le juge Pigeon, dissident dans cette cause et qui a, formation civiliste aidant, un fort

sens des textes, s'y refuse; pour lui on n'a aucun droit de consulter un avocat avant de subir le test. Mais entre ces deux positions, celle des juges de la majorité (notes du juge Ritchie, auxquelles souscrivent trois autres juges) reste obscure, et l'on ne sait trop guère en lisant les notes du juge Ritchie si l'on peut requérir les services d'un avocat dès que l'on est requis de livrer un prélèvement ou lorsqu'on est vraiment détenu au poste de police. A coup sûr, il n'est pas normal que le jugement ne soit pas plus clair sur un point aussi important. Mais à notre avis, c'est la position claire du juge Laskin qu'il faut favoriser. Car l'on voit mal comment le droit au service d'un avocat ait quelque signification si on ne peut le faire valoir qu'une fois analyse et interrogatoires terminées, la détention véritable pouvant, diront certains, ne venir qu'après.

La décision *Brownridge* aurait-elle, comme plusieurs l'ont suggéré, pour effet de rendre inefficaces les dispositions du Code criminel sur l'ivressomètre?

A cet égard, on ne minimisera pas le fait que la majorité des juges (notes du juge Ritchie) ont décidé de l'affaire en considérant qu'en l'instance le refus de *Brownridge* de donner un prélèvement d'haleine constituait une «excuse raisonnable» au sens de l'article 235 du Code criminel, eu égard aux faits de la cause et aux incertitudes légales que le jugement *Curr* devait plus tard dissiper en partie. Dès lors, ceux à qui l'on ordonnera à l'avenir de se soumettre au test

prendront garde de réclamer le conseil d'un avocat comme mesure simplement dilatoire, et il se pourrait bien que beaucoup se préparent des déceptions à ce chapitre.

Insistons sur une autre limite du jugement. C'est l'accusation d'avoir refusé de consentir au prélèvement d'haleine, et elle seule, que la décision *Brownridge* rejette au nom du droit à l'avocat. Pour autant en effet que l'on reconnaisse à quelqu'un le droit de consulter son avocat avant de donner de son haleine, la conclusion s'infère aisément que celui qui refuse parce qu'on le prive de ce droit ne doit pas être poursuivi pour ce refus. Aussi la décision n'a-t-elle aucune portée sur le sort à réserver aux informations et aux preuves que l'on obtient en privant une personne de ce droit. Sans doute continuera-t-on de les déclarer admissibles au procès, se privant ainsi d'un important moyen de s'assurer que le droit à l'avocat soit respecté.

L'intérêt du jugement *Brownridge* lui vient de ce qu'on y reconnaît le droit à l'avocat de façon assez large, quoiqu'elle ne nous dise rien des sanctions à sa violation. L'interprétation libérale qu'on en donne compensera celle très étroite que l'arrêt *Curr* donnait à la protection contre l'auto-incrimination. La cour se serait-elle repentie dans la deuxième décision de certaines interprétations que l'on trouve dans la première?

Observons pour terminer que les deux décisions contiennent plusieurs considérations générales d'un intérêt certain sur la Déclaration canadienne des droits. La plupart,

faut-il s'en surprendre, nous viennent du juge Laskin, dont la compétence en droit constitutionnel ne peut pas ne pas se refléter dans les décisions qu'il rend. On lui doit entre autre chose cette importante précision à l'effet que la discrimination n'est pas une condition *sine qua non* pour que l'article 1 de la Déclaration reçoive application (décision *Curr*). On lui doit encore un rappel du fait que la Déclaration est un texte statutaire et non un texte proprement constitutionnel, d'où l'effet moindre, voire possiblement nul, de la clause *due process of law* (art. 1-a), à l'opposé de l'effet de cette même clause dans la constitution américaine (jugement *Curr*). On lui doit aussi une reconnaissance du droit à l'avocat en tant que droit autonome, procédant de la Déclaration (art. 2-c ii) et indépendant de toute autre précision statutaire (arrêt *Brownridge*; notons que les autres juges ont considéré que la privation de ce droit était une «excuse raisonnable» au sens de l'article 235 du Code criminel, alors que le juge Laskin y a vu un vice indépendant de cette clause et directement sanctionné par la Déclaration). On lui doit enfin une proclamation expresse des droits fondamentaux de l'individu et de leur primauté sur certaines techniques de preuve (arrêt *Brownridge*).

Il se peut, comme nous l'observons plus haut, que le juge Laskin en ait parfois dit plus que nécessaire. Mais tout ce qu'il a dit est d'un très grand intérêt et enrichit singulièrement notre droit des libertés publiques, si pauvre en certains de ses chapitres.

(4) En l'occurrence *Brownridge* était arrêté pour conduite avec facultés affaiblies au moment où il a refusé de se soumettre au test. *Curr* par ailleurs ne l'était pas. Quoiqu'il dise explicitement le contraire dans *Brownridge*, le juge Laskin avait semblé dire dans *Curr* qu'il fallait être arrêté pour bénéficier de la garantie de l'article 2-c ii.