

## L'élargissement du concept de « détention », premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination?

Yves de Montigny

Volume 31, Number 3, 1990

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043037ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043037ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

de Montigny, Y. (1990). L'élargissement du concept de « détention », premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination? *Les Cahiers de droit*, 31(3), 769–820. <https://doi.org/10.7202/043037ar>

Article abstract

The concept of detention should not be solely defined on the basis of linguistic considerations ; indeed, its development is largely influenced by the on-going reconciliation between protection of society and respect for the individual.

From a narrow analysis of the *Thereens* decision, the author examines recent case-law and attempts to determine the principal difficulties with which the courts are faced. While physical constraint and legal coercion may raise few ambiguities, the same cannot be said with regard to detention resulting from a psychological constraint. Particular consideration is given to this extension of the concept of detention because it is the most innovative and potentially the most burdensome on the administration of criminal justice. After establishing the particular problems raised by psychological constraint, the author centers his discussion on contemporary problems related to police interrogations. By examining certain contradictory decisions issuing from Canadian courts of appeal and from American law, plus rules governing the admissibility of evidence, it becomes easier to see the connection uniting the concept of detention and the scope and basis of the rights it engenders.

In conclusion, the author maintains that the definition of the concept of detention must allow for the opportunity to rethink the balance of individual rights and collective security, and thus hopes that the Supreme Court will consider in achieving this end, the key role that the right to counsel plays in the protection against self-incrimination.

## L'élargissement du concept de « détention », premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination ?

---

Yves DE MONTIGNY \*

*Le concept de détention ne peut se définir uniquement en fonction de considérations linguistiques ; au contraire, son élaboration est largement influencée par la conciliation toujours à refaire entre la protection de la société et le respect de l'individu.*

*À partir d'une analyse serrée de l'arrêt Therens, l'auteur procède à un examen de la jurisprudence récente et tente de cerner les principales difficultés auxquelles se heurtent les tribunaux. Si la contrainte physique et la coercition légale soulèvent relativement peu d'ambiguïtés, il n'en va pas de même de la détention résultant d'un élément de contrainte psychologique. Parce que cette extension du concept de détention est la plus novatrice et potentiellement la plus lourde de conséquence pour l'administration de la justice criminelle, un développement particulier y est consacré. Après avoir fait état de la problématique particulière que soulève cette forme de détention, l'auteur actualise la discussion en s'attardant plus particulièrement aux interrogatoires policiers. L'examen de certaines décisions contradictoires rendues par les cours d'appel du pays en cette matière, du droit américain ainsi que des règles qui gouvernent la recevabilité des preuves et des déclarations obtenues par les policiers, permet de mieux visualiser le lien étroit qui unit le concept de détention et l'étendue (ainsi que les fondements) des droits qu'il confère.*

*En conclusion, l'auteur se dit d'avis que la définition du concept de détention doit fournir l'occasion de repenser l'harmonisation des droits individuels et de la sécurité collective, et souhaite que la Cour suprême tienne compte pour ce faire du rôle clé que doit nécessairement jouer le droit à l'avocat dans la protection contre l'auto-incrimination.*

---

\* Professeur, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

*The concept of detention should not be solely defined on the basis of linguistic considerations ; indeed, its development is largely influenced by the on-going reconciliation between protection of society and respect for the individual.*

*From a narrow analysis of the Therens decision, the author examines recent case-law and attempts to determine the principal difficulties with which the courts are faced. While physical constraint and legal coercion may raise few ambiguities, the same cannot be said with regard to detention resulting from a psychological constraint. Particular consideration is given to this extension of the concept of detention because it is the most innovative and potentially the most burdensome on the administration of criminal justice. After establishing the particular problems raised by psychological constraint, the author centers his discussion on contemporary problems related to police interrogations. By examining certain contradictory decisions issuing from Canadian courts of appeal and from American law, plus rules governing the admissibility of evidence, it becomes easier to see the connection uniting the concept of detention and the scope and basis of the rights it engenders.*

*In conclusion, the author maintains that the definition of the concept of detention must allow for the opportunity to rethink the balance of individual rights and collective security, and thus hopes that the Supreme Court will consider in achieving this end, the key role that the right to counsel plays in the protection against self-incrimination.*

---

	<i>Pages</i>
1. L'affaire <i>Therens</i> , ou l'histoire d'un nouveau départ .....	777
2. La contrainte physique et la coercition légale .....	781
3. La détention résultant d'un élément de contrainte psychologique .....	789
3.1. La problématique .....	789
3.2. Les interrogatoires policiers et les droits du citoyen .....	794
3.3. La protection constitutionnelle du droit à l'avocat aux États-Unis .....	799
3.4. La recherche d'un nouvel équilibre .....	809
Conclusion .....	818

---

S'il fallait pointer du doigt un champ d'activités où la *Charte canadienne des droits et libertés* a véritablement eu un impact sur les rapports qu'entretiennent les citoyens avec l'État, il faudrait sans doute considérer sérieusement les enquêtes criminelles effectuées par les différents corps policiers au Canada. En enchâssant le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires (art. 9), de même que les droits dont peuvent se prévaloir les personnes arrêtées ou détenues (art. 10), le Constituant a pour ainsi dire révolutionné (peut-être à son insu) les pratiques existantes et remis en question les assises mêmes du système judiciaire pénal. Un coup d'œil rapide aux différents rapports judiciaires du pays témoignent, ne serait-ce que sur le plan quantitatif, du bien-fondé de cette observation et illustre au surplus les réticences, et même les résistances auxquelles donne lieu ce réaménagement de la procédure criminelle.

Curieusement, les textes qui sont à l'origine de cette vaste entreprise de rééquilibrage des intérêts en présence ne laissent pas présager un tel remue-ménage lors de leur adoption en 1982. Si d'autres dispositions de la Charte innovent ou rompent de façon marquée avec le passé<sup>1</sup>, l'on ne peut certes en dire autant des articles 9 et 10. En effet, le premier trouve son équivalent au paragraphe 2a) de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>2</sup>, lequel interdit la « détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraires de qui que ce soit » ; mise à part la référence à l'exil, dont la Charte traite indirectement à son article 6, l'on ne peut que constater une étroite similitude dans la terminologie utilisée.

Il en va de même pour l'article 10. Une lecture parallèle de cette disposition et du paragraphe 2c) de la *Déclaration canadienne des droits* suffit pour établir leur filiation :

**Art. 10**

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

- a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention ;
- b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit ;
- c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

**Art. 2**

...nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

- c) privant une personne arrêtée ou détenue
  - i) du droit d'être promptement informée des motifs de son arrestation ou de sa détention ;
  - ii) du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, ou
  - iii) du recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale

1. C'est le cas, notamment, de l'article 15 de la Charte, dont la formulation complexe s'explique par le désir de pallier les nombreuses déficiences de la jurisprudence élaborée sous l'empire de la *Déclaration canadienne des droits*.

2. 8-9 Eliz. II, c. 44 ; S.R.C. 1985, App. III.

Si l'on excepte le droit d'être informé du droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, prévu à l'alinéa 10b) de la Charte, il n'est pas facile de voir en quoi cette dernière innove par rapport à la Déclaration; les variations que l'on peut noter entre les deux textes sont davantage stylistiques que substantielles, et ne paraissent pas pouvoir justifier à elles seules un changement de cap de la part des tribunaux.

Cette relative homogénéité des textes correspondants de la Charte et de la Déclaration trouve par ailleurs son explication dans l'unité des sources d'inspiration qui semblent avoir été à l'origine de ces deux instruments. Dans les deux cas, le respect des institutions juridiques anglo-saxonnes et la volonté de se conformer aux engagements internationaux du Canada ont laissé aux rédacteurs une marge de manœuvre bien étroite, tant dans le choix des droits garantis qu'au niveau de leur formulation. Pour illustrer notre propos, considérons brièvement la généalogie des droits conférés par les articles 9 et 10 de la Charte.

L'article 9 de la Charte et l'alinéa 2a) de la Déclaration peuvent être directement reliés à la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* et au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. La disposition pertinente de ces deux instruments se lit comme suit :

*Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, art. 9 :

Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, art. 9(1) :

Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

Bien que le second texte soit plus détaillé que le premier et rejoigne également les préoccupations sous-jacentes à l'article 7 de la Charte, il faut bien reconnaître leur étroite parenté eu égard à la détention et à l'emprisonnement arbitraires. Aussi ne faut-il pas se surprendre que le Constituant canadien ait choisi de reprendre à son compte une formule consacrée par les textes internationaux.

L'article 10 est d'une inspiration plus composite. Son paragraphe (a), par exemple, constitutionnalise en quelque sorte les dispositions du paragraphe 29(2) du *Code criminel*<sup>3</sup>, en vertu duquel le policier qui arrête une personne,

3. Par souci d'uniformité, nous référerons tout au long de cet article à la numérotation des articles du *Code criminel* qui prévaut maintenant. Pour faciliter la tâche du lecteur, nous référerons à l'ancienne numérotation (i.e. celle qui était en vigueur lorsque la plupart des jugements cités ont été rendus) entre parenthèses.

avec ou sans mandat, doit si la chose est possible lui donner avis de l'acte judiciaire ou du mandat aux termes duquel il opère l'arrestation, de même que des motifs de son arrestation<sup>4</sup>. Cette disposition législative, à son tour, se voulait une codification de la règle de common law développée en Angleterre dans l'arrêt *Christie c. Leachinsky*<sup>5</sup> et suivie par les tribunaux canadiens<sup>6</sup>. Par ailleurs, l'insertion de ce même paragraphe 10a) dans la Constitution peut également s'expliquer par la volonté de se conformer aux obligations internationales contractées par le Canada. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, que le Canada a ratifié en 1976, stipule en effet à son paragraphe 9(2) que

tout individu arrêté ou détenu sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui.

Il n'en va pas autrement du paragraphe 10c), qui lui aussi tire ses origines de la common law et du droit international. Il n'est sans doute pas nécessaire de refaire ici l'historique du bref d'*habeas corpus* pour en démontrer le caractère quasi immémorial<sup>7</sup> en droit anglais. Plus récemment, cette voie de recours judiciaire a été consacrée par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont le paragraphe 9(4) prévoit que

Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

Reste le paragraphe 10b), celui-là même qui est au cœur du présent article. Aussi étrange que cela puisse paraître, la common law ne reconnaissait pas le droit d'être représenté par avocat, sauf lorsqu'il s'agissait d'une infraction mineure (*misdeemeanour*). En d'autres termes, on estimait que l'assistance d'un avocat était d'autant moins justifiée que le crime était grave. C'est la raison pour laquelle il faudra attendre la proclamation d'une loi

4. À la différence du paragraphe 29(2) du *Code criminel*, le paragraphe 10a) de la Charte étend cette obligation d'information aux cas de détention et non seulement d'arrestation.

5. *Christie c. Leachinsky*, [1947] A.C. 573 (Chambre des Lords).

6. *Koechlin c. Waugh*, (1957) 118 C.C.C. 24 (C.A. Ont.); *Cheese c. Hardy*, [1975] 1 W.W.R. 249 (C.S. C.-B.); *Schuck c. Stewart*, [1978] 5 W.W.R. 279 (C.S. C.-B.). Ces références sont tirées de l'ouvrage de D.C. McDONALD, *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2<sup>e</sup> éd., Carswell, Calgary, 1989 p. 341 (note 1). L'auteur mentionne également l'arrêt *Campbell c. Lobrecht*, [1986] 2 W.W.R. 444, où la Cour d'appel d'Alberta a explicitement fait le lien entre le paragraphe 10a) de la Charte et la common law.

7. Qu'il suffise de mentionner les lois anglaises de 1679 et de 1816, toutes les deux intitulées *The Habeas Corpus Act*, dont l'objet était de codifier et de renforcer cette procédure. Pour un historique succinct de cette procédure, voir R.E. SALHANY, *The Origin of Rights*, Toronto, Carswell, 1986, aux pp. 85 ss.

anglaise en 1836<sup>8</sup> pour que ce droit soit finalement reconnu à tous les accusés et subséquemment importé au Canada<sup>9</sup>.

Le droit international est également silencieux à ce chapitre, et c'est vers la Convention européenne<sup>10</sup> et surtout vers la Constitution américaine<sup>11</sup> qu'il faut se tourner pour retracer les antécédents supra-législatifs de la protection accordée au droit à l'avocat. Comme nous le verrons plus loin, les V<sup>e</sup> et VI<sup>e</sup> Amendements à la Constitution américaine servent constamment de point de référence lorsque le droit à l'avocat est en cause; qui plus est, l'interprétation judiciaire qui en a été faite est directement responsable de l'ajout en 1982 du droit d'être informé de ce droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Ces brèves considérations nous autorisent d'ores et déjà à conclure que l'activisme dont ont fait preuve les tribunaux en cette matière ne peut s'expliquer par une modification radicale des textes interprétés. Loin de se démarquer de la *Déclaration canadienne des droits*, la Charte y puise au contraire l'essence de ses dispositions substantives et va même jusqu'à lui emprunter sa terminologie. Et comme nous avons tenté de le démontrer, cette

---

8. *An Act for Enabling Persons Indicted of Felony to Make Their Defense by Counsel or Attorney*, 6 & 7 Will. 4, c. 114, art. 1.

9. *Act of the Parliament of Upper Canada*, 6 Will. 4, chap. 48 (1836). Ce droit a par la suite été étendu aux poursuites sommaires, immédiatement après l'Union: voir *An Act for Improving the Administration of Criminal Justice in this Province*, 4 & 5 Vict., chap. 24 (1840). Cette dernière loi est à l'origine des articles 659 et 850 du *Code criminel* de 1892. On retrouve maintenant l'essentiel de ces dispositions aux articles 650(3) et 802(1). Pour un aperçu sommaire du développement de ce droit, on consultera avec profit: R.E. SALHANY, *The Origin of Rights*, *supra*, note 7, pp. 115 ss.; M. FINKELSTEIN, *The Right to Counsel*, Butterworths, Toronto, 1988, n° 1.13; *Rowbotham c. R.*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.)

10. Le paragraphe 6(3) de cette Convention se lit comme suit:

Tout accusé a droit notamment à: c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent...

11. Ces Amendements à la Constitution américaine se lisent comme suit:

V<sup>e</sup>: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces; or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

VI<sup>e</sup>: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

étroite parenté n'a rien de surprenant dans la mesure où l'on réalise que les deux documents puisent leur inspiration à des sources communes qui laissent au bout du compte assez peu de latitude à leurs rédacteurs.

Force nous est donc d'admettre que le simple changement de statut du texte créateur de droit peut avoir un impact considérable sur l'interprétation qu'on lui donne. En conférant une valeur constitutionnelle aux droits inscrits dans la *Charte*, le Constituant a radicalement transformé la dynamique du contrôle judiciaire. Le plus haut tribunal du pays ne s'y est d'ailleurs pas trompé et a eu tôt fait de prendre la mesure des changements intervenus dans l'ordre juridique canadien. C'est d'ailleurs dans une affaire relative au droit à l'avocat<sup>12</sup> que la Cour suprême s'est exprimée le plus clairement à ce sujet. À cette occasion, la Cour n'a pas hésité à rompre définitivement avec la jurisprudence développée sous l'empire de la Déclaration et à injecter au concept de détention une signification radicalement nouvelle.

Nous laisserons à d'autres le soin de discuter et d'évaluer la légitimité de ce nouveau rôle assumé par les tribunaux. Dans les pages qui vont suivre, nous nous contenterons plus modestement de mettre l'accent sur les changements intervenus et d'esquisser les enjeux sous-jacents. Pour y parvenir, nous nous pencherons essentiellement sur ce concept de détention et sur les transformations dont il a fait l'objet au cours des récentes années.

Il est vrai que les articles 9 et 10 renvoient non seulement à la notion de « détention », mais également à celle de l'« arrestation » et de l'« emprisonnement ». Mais il est indéniable que la « détention » doit être considérée comme le mot clé lorsqu'il s'agit de mesurer l'étendue réelle des droits conférés par ces dispositions constitutionnelles. D'abord parce que l'on peut considérer que le mot « détention » est un terme générique suffisamment large pour englober à la fois la situation de la personne « emprisonnée » à laquelle réfère l'article 9, et celle de l'individu « arrêté » à laquelle réfère l'article 10<sup>13</sup>. Ensuite parce que les notions d'emprisonnement et d'arrestation ont un contenu relativement bien défini et laissent moins de place à l'interprétation<sup>14</sup>.

12. Nous voulons ici faire référence à l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, sur lequel nous reviendrons plus loin.

13. Le professeur Chevreton exprime la même idée lorsqu'il écrit : « L'emprisonnement n'est qu'une forme de détention, ce dernier terme étant plus large et visant évidemment aussi une privation de liberté ailleurs que dans une prison. De même, l'arrestation n'est qu'une forme de détention, tout détenu n'étant pas une personne qui a nécessairement été arrêtée. Aussi, la véritable question pertinente dans tout cela est-elle de savoir quelle est l'extension exacte du concept de détention. » (G.-A. BEAUDOIN et E. RATUSHNY, eds., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Wilson et Lafleur, Montréal, 1989, p. 469-470).

14. La notion d'arrestation, en particulier, a fait l'objet d'une abondante jurisprudence résumée comme suit dans Halsbury : « *Meaning of Arrest*. Arrest consists of the actual



Enfin et surtout, parce que la détention intervient généralement avant l'arrestation ou l'emprisonnement, et qu'il n'est que normal que l'on veuille connaître avec précision le moment précis où l'on peut se prévaloir des garanties juridiques que met à notre disposition la Constitution.

Dans les pages qui vont suivre, nous nous attarderons donc à ce concept de détention, pierre d'assise des droits fondamentaux que proclame la Charte à ses articles 9 et 10. Tout au long de l'exposé qui suivra, il faudra cependant garder en mémoire le fait que c'est la détention « initiale » qui donne ouverture aux droits garantis par l'alinéa 10b). C'est dire que cette disposition ne recevra en général aucune application dans le contexte carcéral<sup>15</sup>. En revanche, il est possible qu'une personne déjà détenue puisse faire l'objet d'une nouvelle détention et soit pour cette raison autorisée à exercer de nouveau les droits prévus à l'article 10. Ce sera le cas, par exemple, lorsqu'une personne déjà emprisonnée se voit soudainement détenue pour un motif additionnel et non relié à sa condamnation initiale<sup>16</sup>.

Par ailleurs, il convient également de noter que seule la détention opérée par un policier ou un agent gouvernemental quelconque pourra donner ouverture aux droits garantis par les articles 9 et 10 de la Charte. Se refusant à judiciariser outre mesure les relations privées entre les citoyens, les tribunaux ont jugé que la coercition à laquelle pouvait être soumise une personne ne constituait pas une « détention » au sens de l'article 10 de la Charte lorsque cette contrainte était le fait d'un principal d'école<sup>17</sup> ou d'un enquêteur privé<sup>18</sup>.

---

seizure or touching of a person's body with a view to his detention. The mere pronouncing of the words of arrest is not an arrest unless the person sought to be arrested submits to the process and goes with the arresting officer. An arrest may be made with or without a warrant.» Ce bref exposé, tiré de 10 Halsbury (3<sup>e</sup> éd.), à la p. 342, a été repris avec approbation par la Cour suprême dans *R. c. Whitfield*, [1970] R.C.S. 46. Quant aux pouvoirs que possèdent les policiers en matière d'arrestation, ils sont définis à l'article 495 du *Code criminel*.

15. C'est sur la base de cette prémisse que l'on a décidé, dans l'affaire *Latham c. Solliciteur Général du Canada*, [1984] 2 C.F. 734 (C.F., 1<sup>re</sup> inst.), que la Commission des libérations conditionnelles n'avait pas l'obligation d'aviser les postulants qui se présentent devant elle de leur droit à l'avocat. Est-ce à dire que les personnes qui se présentent devant cette Commission n'ont pas davantage le droit fondamental d'être représenté par avocat? Bien que la Cour ne se prononce pas sur cette question, tout porte à croire que l'on ne peut faire de distinction entre les droits garantis par l'alinéa 10b).
16. C'est la situation qui s'est produite dans l'arrêt *R. c. Jacobs*, (1987) 31 C.C.C. (3d) 40 (C.A. Alta). Cette même cour a cependant bien pris soin de préciser, dans l'arrêt *R. c. Broyles*, (1988) 82 Alta.R. 238, que la décision précédente ne devait pas être interprétée comme obligeant les autorités à réitérer les droits conférés au paragraphe 10b) à chaque fois qu'un changement intervient dans le cours d'une enquête. Voir aussi *R. c. Payne*, (1988) 87 Nfld. & P.E.I.R. 284 (C.S. T.-N.).
17. *R. c. J.M.G.*, (1987) 29 C.C.C. (3d) 455 (C.A. Ont.).
18. *R. c. Shafie*, (1989) 68 C.R. (3d) 259 (C.A. Ont.).

Enfin, et toujours à titre de remarque liminaire, il semble bien que la détention requise pour mettre en branle les droits garantis par l'article 10 doit s'analyser de la même façon que la détention à laquelle on réfère dans le cadre de l'article 9. Cette proposition, qui n'est pas sans conséquence, a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Hufsky*<sup>19</sup>.

L'exercice auquel nous nous livrerons dans les pages qui vont suivre nous permettra de constater que la définition de ce concept, loin de n'être soumise qu'à des impératifs linguistiques, répond bien davantage à des considérations idéologiques relatives au sens et au rôle de la justice pénale dans notre société. Puisque c'est à partir du moment où une personne est « détenue » que prennent naissance les droits qu'elle peut exercer au stade de l'enquête policière, lesquels peuvent considérablement influencer sur l'issue d'un procès, qu'y a-t-il de plus normal à ce que l'élaboration de cette définition légale soit largement tributaire de la conciliation toujours à refaire entre la protection de la société et le respect de l'individu ?

### 1. L'affaire *Therens*, ou l'histoire d'un nouveau départ

La décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Therens*<sup>20</sup> est d'une importance cruciale pour quiconque veut comprendre la signification réelle du chemin parcouru depuis l'entrée en vigueur de la Charte. En donnant au concept de « détention » un sens radicalement différent de celui qu'elle lui avait accolé sous l'égide de la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour illustre merveilleusement bien jusqu'à quel point la Charte peut être un instrument puissant de changement. L'on se rappellera, en effet, que le droit à l'avocat garanti par l'alinéa 2c) de la Déclaration avait été passablement édulcoré dans l'affaire *Chromiak*<sup>21</sup> lorsque le plus haut tribunal avait conclu que les mots « détention » et « détenir » connotaient une certaine forme de contrainte. Or, M. le juge Le Dain n'a pas craint de rompre avec cette interprétation restrictive des droits, et ce malgré les embûches que recèlent inévitablement la mise à l'écart d'un arrêt aussi récent. Ce changement de cap est d'autant plus marquant qu'il allait à l'encontre d'une jurisprudence massive des cours d'appel provinciales appelées à se prononcer sur la même question<sup>22</sup>.

---

19. *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621. Voir aussi, au même effet, *R. c. Ladouceur*, (1988) 41 D.L.R. (4th) 682 (C.A. Ont.).

20. *Supra*, note 12.

21. *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471.

22. À l'exception de la Cour d'appel de Saskatchewan, (1983) 5 C.C.C. (3d) 409, dont la décision a été entérinée dans l'affaire *Therens*, toutes les cours d'appel du pays qui s'étaient penchées sur le problème avaient opté pour la continuité et utilisé l'arrêt *Chromiak* pour donner un sens au concept de détention que l'on retrouve également dans l'article 10 de la

Il aurait été facile d'écarter l'application de l'arrêt *Chromiak* au seul motif qu'il ne s'agissait plus comme dans cette affaire d'une demande faite en vertu du paragraphe 234.1(1)<sup>23</sup>, mais bien d'une sommation visée par le paragraphe 235(1) du *Code criminel*<sup>24</sup>. En effet, il aurait été plausible de prétendre, comme certaines cours d'appel l'avaient faite, que la nature et la durée de l'atteinte à la liberté qui résulte de ces deux textes diffèrent suffisamment pour que l'on ne puisse les assimiler. M. le juge Le Dain rejette pourtant cette avenue de compromis et préfère aborder la question sans détour. À ses yeux, le fait que l'alcootest subi en vertu du paragraphe 234.1(1) soit généralement administré à l'arrière d'une voiture plutôt qu'au poste de police, comme c'est le cas lorsque la demande est faite sous l'autorité du paragraphe 235(1), ne constitue qu'une « simple différence de degré ». Or, « cette différence ne permet aucunement de tirer une conclusion, fondée sur des principes, qu'une sommation visée au par. 235(1) entraîne une détention si ce n'est pas le cas d'une demande faite en vertu du par. 234.1(1). »<sup>25</sup>

---

Charte. Voir *R. c. Altseimer*, (1983) 1 C.C.C. (3d) 8 (C.A. Ont.); *R. c. Simmons*, (1984) 7 D.L.R. (4th) 719 (C.A. Ont.); *R. c. Currie*, (1983) 4 C.C.C. (3d) 217 (C.A. N.-E.); *R. c. Hebb*, (1985) 17 C.C.C. (3d) 545 (C.A. N.-E.); *R. c. Rahn*, [1984] 2 W.W.R. 577 (C.A. Alta); *R. c. Trask*, (1983) 150 D.L.R. (3d) 161 (C.A. T.-N.). Ces deux derniers arrêts ont été infirmés par la Cour suprême pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Therens* : voir *R. c. Rahn*, [1985] 1 R.C.S. 659 et *R. c. Trask*, [1985] 1 R.C.S. 655.

23. L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcootest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.
- On retrouve maintenant l'essentiel de cette disposition au paragraphe 254(2) du *Code criminel*.
24. L'agent de la paix qui croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, une infraction à l'article 234 ou 236, peut, par sommation, exiger sur-le-champ ou dès que possible, qu'elle fournisse les échantillons d'haleine qui, de l'avis d'un technicien qualifié visé au paragraphe 237(6), sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son taux d'alcoolémie et qu'elle le suive afin de prélever ces échantillons.
- La disposition équivalente se retrouve maintenant à l'article 254(3) du *Code criminel*.
25. *R. c. Therens*, *supra*, note 12, p. 637. Le professeur Klinck s'est demandé ce que l'on devait conclure de cette affirmation. Doit-on présumer que les différences de degré ne sont jamais significatives, et que la durée d'une détention ou la distance à laquelle on emmène une personne ne doivent jamais être prises en considération lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y eu détention ? Ou doit-on tout simplement en déduire qu'aux yeux du juge, les différences qui séparent ces deux dispositions ne sont pas assez importantes pour que l'on s'y arrête ? (« The Quest for Meaning in Charter Adjudication : Comment on *R. c. Therens* », (1985) 31 *McGill L.J.* 104). Suite à la décision rendue par M. le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, il semble bien qu'il faille privilégier la deuxième solution. Dans cette affaire, où il a clairement établi qu'une demande d'alcootest fondée sur le paragraphe 234.1 constituait une « détention » au sens de l'article 10 de la Charte, il a écrit : « Il n'y a pas suffisamment de différence entre la durée de l'entrave à la liberté qui résulte

De l'avis du juge Le Dain, il existe plusieurs raisons pour rejeter la prémisse portant qu'«il faut présumer que les rédacteurs de la Charte ont voulu que ses termes reçoive le sens que leur donnait la jurisprudence à l'époque de son adoption...»<sup>26</sup>. Il souligne d'abord que le caractère constitutionnel de la Charte habilite clairement les tribunaux à rendre des décisions qui peuvent avoir pour effet de limiter la souveraineté parlementaire, ce qui n'était pas le cas de la Déclaration. Au surplus, le Constituant a démontré l'importance accrue qu'il accordait au droit à l'avocat, en lui greffant dans la Charte le droit supplémentaire d'être informé de ce droit. Enfin, il attire l'attention sur le fait qu'en fixant de façon précise les conditions qui doivent être respectées pour restreindre ce droit, l'article 1 fournit aux tribunaux un instrument plus souple que la définition du mot «détention» pour limiter la portée du droit à l'avocat.

Font également fausse route, aux yeux de M. le juge Le Dain, ceux qui voudraient interpréter le mot «détention» en référant au paragraphe 10c), comme on avait eu tendance à le faire en utilisant l'alinéa 2c) (iii) de la Déclaration. Selon lui, l'article 10 vise une multiplicité de détention de diverses durées, et il serait erroné de confiner la portée de cet article aux seules détentions qui ouvrent la porte au recours par voie d'*habeas corpus*<sup>27</sup>.

Si tous ces arguments pour rompre avec la jurisprudence antérieure sont persuasifs et emportent l'adhésion, il n'en va pas nécessairement de même de la solution de rechange que propose M. le juge Le Dain, avec l'appui de tous

d'une sommation faite en vertu du par. 234.1(1) et la durée de celle qui résulte d'une sommation faite en vertu du par. 235(1) pour empêcher que la première constitue une détention au sens de l'art. 10 de la Charte.» (*Id.*, p. 650).

26. *R. c. Therens, supra*, note 12, p. 638. Cette affirmation n'est pas sans équivoque. Que M. le juge Le Dain veuille ainsi se démarquer de la thèse en vertu de laquelle la Constitution doit être interprétée en fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigé, nul ne s'en surprendra. Veut-il également rejeter cette autre technique d'interprétation qui met plutôt l'accent sur le sens original des mots? Cela pourrait se comprendre, dans un contexte où la constitution aurait passablement vieilli. (C'est d'ailleurs ce qui explique dans une large mesure les débats qui font rage dans la jurisprudence et la doctrine américaine contemporaine). Mais tel n'est pas le cas au Canada. Peut-on en effet prétendre que le sens, même juridique, du mot «détention» a changé de façon radicale entre 1979 et 1985? Malheureusement, M. le juge Le Dain évite soigneusement de répondre à ces questions et se contente de reprendre à son compte ce qui est maintenant devenu un truisme, à savoir que «de par sa nature même une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d'évolution et d'adaptation par les tribunaux.» (p. 638). Est-ce à dire, comme le craignent plusieurs, que la Charte n'a pas de signification intrinsèque et qu'elle est essentiellement tributaire de l'interprétation que les juges veulent bien lui donner? Sur toutes ces questions, on consultera avec profit l'article de D.R. Klinck, *supra*, note 25.
27. *R. c. Therens, supra*, note 12, aux pp. 640-641. Ce raisonnement a été explicitement appliqué dans l'arrêt *R. c. Jacobs, supra*, note 16.

ses collègues<sup>28</sup>. Après avoir rappelé l'importance qu'il faut accorder à la finalité d'une disposition lorsqu'il s'agit de l'interpréter, il se contente d'abord de paraphraser le texte même de la disposition. Puis il ajoute un peu plus loin :

En utilisant le mot « détention », l'art. 10 de la Charte vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.<sup>29</sup>

De cette constatation, il tire comme conséquence que la contrainte physique n'est pas la seule forme d'entrave à la liberté. Dans ce qui apparaît être le passage clé du jugement, il précise sa pensée en ces termes :

Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, j'estime qu'il y a détention au sens de l'art. 10 de la Charte lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat.<sup>30</sup>

Cette nouvelle façon de concevoir la détention, au moins pour les fins de l'article 10 de la Charte, a subséquemment été entérinée à plusieurs reprises par la Cour suprême<sup>31</sup>, si bien qu'il faut maintenant la considérer comme l'exposé du droit canadien sur la question. Il convient pour cette raison d'en examiner toutes les conséquences.

28. La solution du litige que propose M. le juge Le Dain est rejetée par tous ses collègues, et c'est la raison pour laquelle son opinion est globalement qualifiée de dissidente. Les prémisses sur lesquelles il se fonde, et en particulier sa définition du mot « détention », rallient néanmoins MM. les juges Dickson, Lamer et McIntyre. Pour sa part, M. le juge Estey (avec l'appui de MM. les juges Beetz, Chouinard et Wilson) adopte une position plus ambiguë. Tout en se disant d'accord avec « une bonne partie » de ce qu'a écrit M. le juge Le Dain, il semble enclin à faire une distinction en ce qui concerne le paragraphe 254(2) du *Code criminel*. Dans ce dernier cas, on le sait, l'échantillon d'haleine doit être fourni « sur-le-champ », tandis qu'un agent de la paix peut exiger qu'une personne soumette des échantillons d'haleine « sur-le-champ ou dès que possible » en vertu du paragraphe 254(3). Est-ce à dire que la demande faite en vertu du paragraphe 254(2) ne constitue pas une « détention », du fait même de son immédiateté ? Ou est-ce plutôt en rapport avec l'article 1 de la Charte que les deux dispositions se distinguent, le paragraphe 254(2) constituant plus clairement une limite « prescrite par la loi » ? C'est dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, que la Cour apportera une réponse définitive à ces questions.

29. *R. c. Therens*, *supra*, note 12, à la p. 642.

30. *Id.*, p. 642.

31. Voir les arrêts *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621 ; *R. c. Thomsen*, *supra*, note 28 ; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495 ; *Jacoy c. R.*, [1988] 2 R.C.S. 548 ; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140 ; *R. c. Schmautz*, jugement rendu le 15 mars 1990.

## 2. La contrainte physique et la coercition légale

Il n'est sans doute pas nécessaire de s'attarder longuement sur la contrainte physique pour déterminer ce dont il s'agit. M. le juge Le Dain y consacre d'ailleurs très peu d'attention. Il va de soi, par exemple, qu'un suspect à qui l'on passerait les menottes pour ensuite l'emmener au poste de police serait détenu. Il en irait de même de la personne que l'on interrogerait dans une pièce fermée à clef, ou de l'individu que l'on soumettrait à une fouille corporelle. Toutes ces situations entraînent évidemment des entraves sérieuses à la liberté de mouvement, et constituent des cas de détention faciles à identifier.

À l'inverse, on a jugé<sup>32</sup> que le pouvoir d'opter pour la mise en accusation privilégiée que confère au Procureur général l'article 577 (anciennement l'art. 507) du *Code criminel* ne devait pas s'analyser comme une détention au sens de l'article 10. Il en va ainsi, au dire des tribunaux, parce que l'exercice de ce pouvoir n'entraîne en lui-même aucune privation de liberté ; seul le juge peut forcer une personne à comparaître en cour, par le biais d'une sommation ou d'un mandat d'arrestation.

Mais c'est sans conteste au niveau du deuxième volet de sa définition du mot « détention » que M. le juge Le Dain innove. En reconnaissant pour la première fois le caractère involontaire d'une obéissance aux policiers motivée par le désir d'échapper à toute responsabilité criminelle, la Cour rompt définitivement avec sa jurisprudence passée et adopte une position nettement plus conforme à la réalité.

Les dispositions du *Code criminel* qui obligent les conducteurs d'un véhicule à moteur à soumettre des échantillons d'haleine lorsqu'un policier leur en fait la demande, sous peine de sanction, fournissent le meilleur exemple de ce type de contrainte légale auquel fait allusion M. le juge Le Dain. Les rapports judiciaires regorgent d'ailleurs de décisions mettant en cause l'application des articles 9 et 10 de la Charte dans ce contexte. Ce n'est donc pas le fruit du hasard si l'élaboration de ce nouveau concept de détention par la Cour suprême a eu lieu à l'occasion d'un litige mettant en cause le paragraphe 254(3) (anciennement le par. 235(1)) du *Code criminel*. Cette disposition, faut-il le rappeler, autorise un agent de la paix à faire subir une éthylométrie à toute personne qu'il croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, en train de commettre (ou qu'il croit avoir commis dans les deux heures qui précèdent) une infraction à l'article 253 (conduite avec facultés affaiblies et conduite avec un taux d'alcool supérieur à

---

32. Voir les arrêts *R. c. Ertel*, (1987) 35 C.C.C. (3d) 398 (C.A. Ont.); *Re Patrick et al and A.G. of Canada*, (1986) 28 C.C.C. (3d) (C.S. C.-B.).

80 milligrammes d'alcool dans 100 millilitres de sang). Il va sans dire que le résultat de ces tests peut être mis en preuve contre l'accusé (art. 258, auparavant l'art. 237, du *Code criminel*). Par ailleurs, le paragraphe 254(5) (auparavant le par. 235(2)) fait du refus de se soumettre à l'éthylométrie une infraction punissable de la même peine que les infractions prévues à l'article 253 (auparavant les articles 234 et 236).

Dans ce contexte juridique, peut-on raisonnablement prétendre qu'une personne qui, comme Therens, obtempère à la sommation d'un policier et le suit pour que l'on prélève des échantillons de son haleine, n'est pas à toutes fins utiles « détenue »? Ce serait nier l'évidence que de répondre par la négative à cette question :

Il est irréaliste de dire d'une personne qui est passible d'arrestation et de poursuites pour refus d'obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix dans l'exercice du pouvoir que lui confère la loi, qu'elle est libre de refuser d'obtempérer à cette sommation. La responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer constitue une contrainte réelle. (...) Toute responsabilité criminelle découlant du refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre d'un policier doit suffire pour rendre l'obéissance involontaire.<sup>33</sup>

Il va sans dire que le paragraphe 254(3) (auparavant le par. 235(1)) ne constitue pas la seule illustration d'une contrainte psychologique découlant des seuls effets de la loi. Le juge Le Dain cite également le cas de l'article 118 (maintenant l'art. 129) du *Code criminel*, en vertu duquel le refus d'obéir à l'ordre d'un policier peut constituer une entrave à la justice. Mais c'est très certainement le paragraphe 254(2) (auparavant l'article 234.1), qui permet de faire subir un alcootest au moyen d'un appareil mobile (*roadside screening device*) sur les lieux mêmes où un conducteur est intercepté, qui vient le plus rapidement à l'esprit. Cet appareil n'est pas conçu pour donner des résultats précis, et doit donc être considéré comme un simple instrument de détection. Pour cette raison, l'élément de preuve fourni par l'alcootest ne peut être mis en preuve contre un conducteur. L'échec de ce test peut cependant justifier une sommation de subir une éthylométrie en vertu du paragraphe 254(3). Quel meilleur motif raisonnable et probable un agent de la paix pourrait-il avoir pour sommer une personne de se soumettre à l'éthylométrie? D'autre part, le refus d'obtempérer à la sommation d'un agent de la paix et de subir un alcootest entraîne les mêmes conséquences que le refus de se prêter à une éthylométrie (par. 254(5) du *Code criminel*).

La majorité de la Cour suprême ne s'étant pas formellement prononcée sur la validité du paragraphe 254(2) à l'occasion de l'affaire *Therens*, c'est aux cours d'appel provinciales que revint l'initiative d'en examiner la

---

33. R. c. *Therens*, *supra*, note 12, p. 643.

constitutionnalité à l'aune des nouveaux principes établis par M. le juge Le Dain. Et c'est encore une fois la Cour d'appel de Saskatchewan qui devait tracer la voie, cette fois dans l'arrêt *R. c. Talbourdet*<sup>34</sup>. S'appuyant sur la décision qu'elle avait précédemment rendue dans l'affaire *Therens*, et avant même que la Cour suprême ait pu confirmer ce jugement, la Cour poussa la logique de son argumentation jusqu'au bout et déclara que cette disposition violait l'article 10 de la Charte. Préfigurant l'opinion de M. le juge Le Dain, la Cour d'appel se refusa à faire une distinction entre les paragraphes 254(2) et 254(3) eu égard à l'application du concept de détention. Elle devait cependant admettre que le paragraphe 254(2) est une limite raisonnable du droit à l'avocat<sup>35</sup>. Ce jugement a par la suite été suivi par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse<sup>36</sup>, du Manitoba<sup>37</sup> et de l'Ontario<sup>38</sup>.

Le fruit était donc mûr lorsque la Cour suprême s'est finalement saisie de la question. Et elle le fit en appel de deux décisions rendues par la Cour d'appel de l'Ontario mettant en cause la constitutionnalité des contrôles routiers ponctuels. Les faits à l'origine des arrêts *R. c. Hufsky*<sup>39</sup> et *R. c. Thomsen*<sup>40</sup> sont sensiblement les mêmes. S'autorisant de certaines dispositions du *Code de la route* provincial, les agents de la paix arrêtaient des véhicules au hasard pour vérifier le permis de conduire et la preuve d'assurance du conducteur ainsi que l'état mécanique du véhicule. Et lorsque la conversation qu'ils engageaient pour ces fins avec le conducteur leur permettait de déceler une odeur d'alcool, ils lui demandaient de subir un alcootest dans une voiture garée non loin de là. C'est ce qui se produisit dans chacune de ces deux instances. Bien entendu, cette façon de procéder donnait aux policiers une plus grande marge de manœuvre que l'application stricte du paragraphe 254(2) du *Code criminel*, en vertu duquel ils ne peuvent intercepter un véhicule automobile et demander à son conducteur de subir un alcootest que dans l'hypothèse où ils ont des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans son sang.

34. *R. c. Talbourdet*, (1984) 12 C.C.C. (3d) 173.

35. Pour en arriver à cette conclusion, on a considéré que l'exigence de fournir un échantillon d'haleine «sur-le-champ» constituait une restriction implicite des droits garantis par l'alinéa 10b) de la Charte, ce qui n'est pas le cas des mots «sur-le-champ ou dès que possible» que l'on retrouve au paragraphe 254(3). Pour une opinion discordante sur ce sujet, voir J. FALCONER, «The Alert Demand and the Right to Counsel: "The Problem with Talbourdet"», (1986) 28 *Crim. L.Q.* 390.

36. *R. c. Drapeau*, (1986) 23 C.C.C. (3d) 376; (1986) 70 N.S.R. (2d) 439; *R. c. Clark*, (1986) 74 N.S.R. (2d) 17; *R. c. Murray*, (1986) 71 N.S.R. (2d) 266.

37. *R. c. Burkhardt*, (1986) 24 C.C.C. (3d) 32.

38. *R. c. Seo*, (1986) 25 C.C.C. (3d) 385. Dans cette dernière affaire, la Couronne avait même concédé que la demande faite par un policier sous l'autorité du paragraphe 234.1(1) équivalait à une détention.

39. *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621.

40. *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640.



Dans les deux cas, et sans qu'on les ait préalablement informé de leur droit de consulter un avocat, les prévenus refusèrent de se plier à la demande des policiers et furent accusés du refus de fournir un échantillon d'haleine. En défense, Hufsky alléguait que l'accusation devait être rejetée, au motif que la procédure d'arrêts au hasard et de contrôles routiers ponctuels portait atteinte aux articles 8 et 9 de la Charte. Pour sa part, Thomsen prétendit que l'on avait violé le droit que lui garantit le paragraphe 10b) de la Charte d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Pour résoudre l'une et l'autre de ces questions, la Cour devait nécessairement se demander si un conducteur que l'on arrête au hasard pour fins de contrôle et à qui l'on enjoint de soumettre un échantillon d'haleine pour pratiquer un alcootest est « détenu ». Dans des jugements unanimes prononcés le même jour au nom de la Cour par M. le juge Le Dain, on donna une réponse affirmative à cette interrogation. Après avoir fait ressortir les éléments essentiels du jugement qu'il avait rendu dans l'affaire *Therens*, il écrivit :

À mon avis, la sommation faite par le policier à l'appelant, en vertu du par. 234.1(1), de le suivre jusqu'à sa voiture et de lui soumettre un échantillon d'haleine pour pratiquer un alcootest relève des critères susmentionnés. La sommation par laquelle le policier a restreint la liberté d'action de l'appelant pouvait entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique parce que, même si l'élément de preuve fourni par l'alcootest ne pouvait être présenté contre l'appelant, il pouvait justifier une sommation de subir une éthylométrie en vertu du par. 235(1). Pour ce motif, et à cause de la responsabilité criminelle qui découle du par. 234.1(2) en cas de refus, sans excuse raisonnable, d'obtempérer à la sommation, il s'agissait d'une situation où une personne pouvait raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat. La responsabilité criminelle qu'entraîne le refus constituait également la contrainte ou la coercition nécessaire pour que l'entrave à la liberté constitue une détention.<sup>41</sup>

41. *R. c. Thomsen*, *supra*, note 40, p. 649-650. En un sens, l'arrêt *Hufsky* (*supra*, note 39, p. 632) va encore plus loin. En effet, constituent une détention au sens de cet arrêt non seulement la sommation fondée sur le paragraphe 254(2), mais également l'arrêt au hasard du véhicule pour les fins du contrôle routier ponctuel. La Cour a cependant considéré que la sommation faite sous l'autorité du paragraphe 254(2), de même que l'arrêt au hasard des véhicules, constituaient des limites raisonnables aux droits garantis par l'article 9 et le paragraphe 10b) de la Charte. Voir aussi l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Colombie britannique dans l'affaire *R. c. Harder*, (1989) 49 C.C.C. (3d) 565, où l'on a conclu que la personne à qui un policier avait demandé de fournir un échantillon de sang alors qu'elle se trouvait à l'hôpital suite à un accident de la route, était détenue pour les fins de l'alinéa 10b). Bien que la contrainte physique à laquelle était soumise l'accusé dans ce cas résultait des blessures qu'il avait subies, on n'en a pas moins jugé qu'il faisait également l'objet d'une contrainte psychologique à cause des conséquences légales que pouvait entraîner son refus de fournir l'échantillon de sang (voir l'ancien article 238(3b) du *Code criminel*).

Ce résultat n'a pas de quoi surprendre, loin s'en faut, et les cours d'appel du pays en ont même étendu la portée en refusant de distinguer entre l'alcootest et les tests d'aptitude physique<sup>42</sup>. Non seulement était-il prévisible à la lecture des notes de M. le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*, mais il pouvait également être extrapolé à partir du raisonnement de ce même juge (endossé par la majorité) dans l'arrêt *R. c. Dedman*<sup>43</sup>. Après avoir établi que la légalité des actes posés par les policiers doit tirer sa source d'un texte législatif ou de la common law, il y précisait déjà que l'obéissance d'un accusé ne pouvait suppléer à ce fondement légal (à moins, bien entendu, que le policier lui ait formellement indiqué au préalable qu'il n'était pas tenu de se soumettre à ce contrôle). D'où sa conclusion à l'effet qu'un contrôle routier ponctuel, peut être valide, doit s'appuyer sur une base juridique solide ou encore sur un consentement éclairé du conducteur<sup>44</sup>. Cette décision, sur laquelle la Charte n'avait aucune incidence, s'inscrit néanmoins dans le

42. En effet, on a emprunté la même logique pour conclure qu'un conducteur à qui l'on fait passer certains tests d'aptitude physique (par exemple, marcher sur une ligne droite ou toucher le bout de son nez les yeux fermés) était détenu et avait le droit d'être averti qu'il pouvait consulter un avocat. Lorsqu'un policier s'appuie sur l'autorité d'un texte législatif ou d'un pouvoir que lui confère la common law pour procéder à ces vérifications, il est plausible de prétendre que la liberté d'action d'une personne est restreinte au moyen « d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique ». Dans la mesure où ces épreuves jouent le même rôle que l'alcootest autorisé par le paragraphe 254(2) du *Code criminel* et permettent au policier d'acquérir les motifs raisonnables et probables requis par le paragraphe 254(3) pour sommer une personne de subir une éthylométrie, cette solution apparaît donc inattaquable. Voir : *R. c. Bonogofski*, (1988) 19 B.C.L.R. (2d) 360 (C.A. C.-B.); *R. c. McLennan*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 379 (C.A. C.-B.); *R. c. Saunders*, (1988) 63 C.R. (3d) 37 (C.A. Ont.); *R. c. Gallant*, (1989) 70 C.R. (3d) 139 (C.A. Alta); *R. c. Baroni*, (1989) 49 C.C.C. (3d) 553 (C.A. N.-E.). Dans les trois premières affaires, on a toutefois estimé que les dispositions législatives provinciales qui autorisaient implicitement cette façon de procéder constituaient une limite raisonnable aux droits garantis par l'alinéa 10b) de la Charte ; à l'inverse, on a considéré dans les deux dernières que les articles du *Code de la route* de Nouvelle-Écosse et de l'Alberta n'étaient pas suffisamment explicites pour que l'on puisse en déduire une limite « énoncée dans une règle de droit ».

43. *R. c. Dedman*, [1985] 2 R.C.S. 2.

44. Le passage suivant nous apparaît particulièrement significatif et peut être rapproché de certains extraits de l'arrêt *Hufsky* :

Because of the intimidating nature of police action and uncertainty as to the extent of police powers, compliance in such circumstances cannot be regarded as voluntary in any meaningful sense. The possible criminal liability for failure to comply constitutes effective compulsion or coercion. It is, moreover, in the interest of public order that a person should comply with the signal to stop of a police officer. In some cases such a signal may be for the protection of the individual, as, for example, to give a warning of some danger. A person should not be penalized for compliance with a signal to stop by having it treated as a waiver or renunciation of rights, or as supplying a want of authority for the stop. (*R. c. Dedman*, *supra*, note 43, p. 29).

prolongement de l'arrêt *Therens* et annonçait on ne peut plus clairement les jugements qui devaient subséquemment être prononcés dans les affaires *Hufsky*<sup>45</sup> et *Thomsen*.

Somme toute, l'utilité des arrêts *Hufsky* et *Thomsen* apparaît bien limitée et ne se mesure certes pas à leur résultat, que l'on pouvait aisément anticiper. Il est néanmoins intéressant de constater que la position de M. le juge Le Dain en rapport avec le concept de détention semble avoir rallié tous les membres de la Cour<sup>46</sup>. Qui plus est, ces deux décisions ont le mérite de solutionner implicitement une controverse qui avait éclaté au niveau des cours d'appel et qui, à terme, aurait pu sérieusement miner l'impact réel du nouveau concept de détention mis de l'avant dans l'arrêt *Therens*.

Il était en effet permis de se demander si le principe qui se dégage de l'arrêt *Therens* pouvait être interprété *a contrario*. En d'autres termes, la résistance à l'ordre d'un policier devait-elle être perçue comme une preuve indiscutable du fait que le prévenu ne se considérait pas détenu? C'est la position qu'a prise la Cour d'appel de Colombie-britannique dans l'arrêt *R. c. Schmautz*<sup>47</sup>, en se disant d'avis que l'on ne pouvait être contraint de désobéir à un agent de police. Toujours selon cette cour, l'arrêt *Therens* ne peut être invoquée pour soutenir qu'une personne est détenue lorsqu'elle fait l'objet d'une sommation, alors même qu'elle ne se considère pas sous l'effet d'une contrainte physique, morale ou psychologique et continue de se comporter comme bon lui semble<sup>48</sup>.

45. Il faut souligner que le raisonnement développé par M. le juge Le Dain dans l'arrêt *Hufsky* a été suivi par la Cour d'appel de Saskatchewan dans une situation où les policiers avaient procédé à un barrage routier sous la seule autorité des pouvoirs que leur reconnaît la common law. Voir *R. c. Burke*, (1989) 45 C.C.C. (3d) 434.

46. Il faut dire que depuis le jour où ces jugements ont été prononcés, quatre des sept juges qui avaient pris part à la décision ont pris leur retraite (il s'agit de M. le juge Le Dain lui-même, ainsi que de MM. les juges Beetz, Estey, McIntyre).

47. *R. c. Schmautz*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 449.

48. Le passage suivant illustre assez bien la pensée de la Cour :

... the purpose of s. 10b) is not to deter people from committing offences or alert them that they are in legal jeopardy. It is, as Le Dain J. stated in *Therens* at pp. 503-4 C.C.C., p. 641 S.C.R., to ensure that a person is made aware of his or her right to retain and instruct counsel in situations, such as arrest and detention, « in which the restraint of liberty might otherwise effectively prevent access to counsel or induce a person to assume that he or she is unable to retain and instruct counsel.

It is to be noted that, while the consequences of physical constraint can be assessed objectively, psychological restraint is of a subjective nature and the court can only presume that a person who has complied with the demand has reacted as the average law-abiding citizen would, under a sense of legal or moral compulsion. This presumption is negated where, as in the present case, the person's conduct clearly indicates he does not consider himself to be subject to any restraint or deprivation of liberty.

(*R. c. Schmautz*, *supra*, note 47, p. 476-477).

À cette première lecture de l'arrêt *Therens* s'en opposait une autre, plus libérale, en vertu de laquelle la réponse qu'une personne fait à un agent de la paix importe assez peu lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu détention ou non. Selon la Cour d'appel de l'Alberta<sup>49</sup> et de l'Île-du-Prince-Édouard<sup>50</sup>, ce sont les actes des policiers et les conséquences légales qui peuvent en découler dont il faut davantage tenir compte, de telle sorte que la réponse que peut faire un prévenu avant cette mise en garde ne devrait pas être jugée irrévocable<sup>51</sup>. Or, c'est justement cette deuxième approche que vient de confirmer la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Schmautz*<sup>52</sup>. S'exprimant au nom de cinq de ses collègues, M. le juge Gonthier a écrit :

C'est la responsabilité criminelle résultant d'un refus qui constitue l'élément nécessaire de contrainte ou de coercition requis pour conclure à l'existence d'une détention. La détention ne dépend pas ni ne peut dépendre de l'acceptation de se conformer à l'ordre. En toute déférence, la position inverse implique la notion contradictoire de détention volontaire, c'est-à-dire une détention résultant non pas de l'action de l'État mais de la volonté subjective de la personne visée par l'ordre qui se placerait elle-même dans un état de détention en « choisissant » de se conformer à cet ordre. Comme le juge Lambert l'a souligné en Cour d'appel, le résultat kafkaïen serait que la personne qui se conforme à l'ordre aurait droit d'être informée de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat qui lui dirait qu'elle a agi légalement, alors que la personne qui refuse de se conformer à l'ordre et qui en ignore les conséquences n'aurait pas le droit d'être informée de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat qui lui dirait qu'elle a violé la loi et qu'elle risque d'être poursuivie. Un tel résultat est inacceptable.<sup>53</sup>

49. *R. c. Phillips*, (1986) 26 C.C.C. (3d) 60.

50. *R. c. MacKinnon*, (1985) 21 C.C.C. (3d) 264.

51. C'est dans l'arrêt *R. c. MacKinnon* que l'on trouve cette thèse le plus clairement exprimée :

The respondent, in this case, did not comply with the officer's demand. If he had, the officer would clearly have had to inform him of his right to retain and instruct counsel without delay: *R. c. Therens*; *Trask c. The Queen*; *Rahn c. The Queen*. Why should it make any difference that the respondent in this case refused the demand and was charged with refusal rather than having complied and been charged with exceeding the limit under s. 236? I do not believe it should matter. A demand under s. 235(1) results in a « detention » within the meaning of s. 10 of the Charter whether the recipient complies or not: *Jackie c. The Queen* (1983), 26 Sask.R. 294, 22 M.V.R. 84 (Sask. Q.B.). In my opinion, the police detain a person whenever they stop him and attempt to exercise control over his movements by threatening to charge him with an offence if he does not comply with a specific demand. A person is detained within the meaning of s. 10 of the Charter as soon as he receives such an ultimatum regardless of how he responds and regardless of how long he is actually in the presence or under the influence of the police. The constraint on a person who is the object of a peace officer's demand under s. 235(1) of the *Code* may be more psychological than physical, but it is none the less real. (...) This demand has an imperative thrust and carries with it the bald threat that if the respondent did not comply he would be charged with an offence.

(*supra*, note 50, p. 269-270.)

52. Ce jugement a été rendu le 15 mars 1990 et n'est pas encore répertorié au moment de rédiger cet article.

53. *Id.*, p. 13.

Malgré la logique apparemment implacable de ce raisonnement, un certain malaise n'en subsiste pas moins. Tout se passe en effet comme si la perception de l'accusé n'était plus pertinente aux fins de déterminer s'il y a eu détention ou non. Un peu comme si l'on établissait *a priori* que toutes les restrictions à la liberté d'action qui s'accompagnent potentiellement de conséquences sérieuses sur le plan juridique entraînaient nécessairement une contrainte de l'individu concerné, et ce sans égard à son état d'esprit réel. Voilà qui va beaucoup plus loin que l'arrêt *Therens*, où l'on se contentait somme toute d'étendre la notion de contrainte. Dorénavant, il ne sera même plus nécessaire de se demander si le prévenu a véritablement agi sous l'influence de la contrainte, dès lors que la requête d'un policier pouvait entraîner des conséquences juridiques néfastes. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'ordre d'un policier n'est autorisé ni par la loi ni par la common law, et donc que la désobéissance ne peut entraîner aucune responsabilité criminelle, que la notion de contrainte reprendra toute son importance.

Avant de tirer toutes les conséquences de cette constatation, il convient probablement de montrer que la contrainte de nature juridique peut avoir d'autres sources légales que les paragraphes 254(2) et (3) du *Code criminel*. L'on songe ici, entre autres, aux dispositions de la *Loi sur les douanes* en vertu desquelles les personnes qui désirent entrer au Canada peuvent faire l'objet de fouilles et de perquisitions. Dans l'affaire *Simmons*<sup>54</sup>, la Cour suprême a conclu qu'une personne avisée par un agent des douanes qu'elle devait subir une fouille n'était pas en mesure de lui opposer un refus et de poursuivre sa route. Non seulement aurait-elle été physiquement contrainte de s'exécuter par un agent de la GRC si elle avait refusé, mais au surplus aurait-elle pu être sujette à des poursuites dans le cadre de l'article 203 de la *Loi sur les douanes*. Voilà une situation qui se rapproche certes beaucoup de celle qui prévalait dans l'affaire *Therens*<sup>55</sup>.

Plus problématique est la question de savoir si une personne à qui l'on demande ses empreintes digitales en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels*<sup>56</sup> est détenue au sens de la Charte. Le paragraphe 2(1) de cette loi prévoit que toute personne légalement détenue, accusée ou condamnée en rapport avec un acte criminel peut être contrainte de se soumettre aux opérations nécessaires à la prise de ses empreintes digitales. Cette disposition doit être lue en conjonction avec le paragraphe 509(5) (auparavant le par. 455.5(5)) du *Code criminel*, lequel stipule qu'une personne accusée

---

54. *Simmons c. R.*, [1988] 2 R.C.S. 495.

55. Voir aussi, dans le même sens, *R. c. Rodenbush and Rodenbush*, (1985) 21 C.C.C. (3d) 423 (C.A. C.-B.) et *Jacoy c. R.*, [1988] 2 R.C.S. 548.

56. *Loi sur l'identification des criminels*, L.R.C. 1985, ch. I-1.

d'avoir commis un acte criminel peut être requise par mandat de se présenter à une heure et à un endroit donnés, de façon à ce que la *Loi sur l'identification des criminels* puisse lui être appliquée. On précise même que l'accusé, lorsqu'il se présente, est présumé pour les fins de cette Loi être « *in lawful custody charged with an indictable offence* ». Voilà qui laisse croire que la liberté d'action du prévenu est alors passablement restreinte. Qui plus est, un juge peut émettre un mandat d'arrestation dans l'hypothèse où l'accusé choisirait de passer outre à la sommation qui lui a été adressée (art. 510, auparavant l'art. 455.6 du *Code criminel*). Dans ces conditions, peut-on affirmer que la personne qui obtempère à la sommation agit de façon tout à fait volontaire ? Cette responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obéir à la sommation ne constitue-t-elle pas une autre illustration de cette contrainte morale ou psychologique à laquelle M. le juge Le Dain faisait allusion dans l'arrêt *Therens* ? Posée en ces termes, la solution de ce problème ne laisse guère planer de doute. Il faut donc probablement tenir pour périmées les décisions<sup>57</sup> où l'on a considéré que les dispositions législatives précitées ne sauraient constituer une atteinte à l'article 9 de la Charte, pour le seul motif qu'elles n'emportent aucune détention. Si nous avons cru bon mentionner cette jurisprudence, fondée essentiellement sur l'arrêt *Chromiak*<sup>58</sup>, c'est qu'elle permet de visualiser l'impact considérable qu'a eu l'affaire *Therens* sur un autre secteur du droit criminel.

### 3. La détention résultant d'un élément de contrainte psychologique

#### 3.1. La problématique

L'opinion rédigée par M. le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens* n'aurait sans doute pas fait couler autant d'encre s'il s'était contenté d'étendre la portée du concept de détention à ces situations où un agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne non plus par la force mais par un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique en cas de désobéissance. Comme nous l'avons déjà indiqué, cette acception élargie de la détention a le mérite de mettre l'accent sur un critère objectif et qui peut facilement être constaté, soit l'existence d'une responsabilité criminelle à laquelle s'expose le contrevenant.

---

57. Voir, entre autres, les arrêts *Re Jamieson and The Queen*, (1982) 70 C.C.C. (2d) 430 (C.S. Qué.); *R. c. Halpern*, (1986) 73 Alta.R. 276 (B.R., Alta); *R. c. McGregor*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 200 (H.C.J., Ont.); *Lunney c. M.H.*, [1984] 5 W.W.R. 722 (B.R. Alta), confirmé à (1985) 21 D.L.R. (4th) 767 (C.A. Alta).

58. *Supra*, note 21.

La où les choses se compliquent, c'est lorsque M. le juge Le Dain ouvre une troisième porte et envisage sans détour une définition de la détention qui met davantage l'emphase sur la perception de l'individu. Dans ce qu'il considérerait lui-même un *obiter dictum*, il a explicité sa pensée dans les termes suivants :

Bien que cela ne soit pas strictement nécessaire aux fins du présent litige, j'irais encore plus loin. À mon avis, il est, en règle générale, irréaliste de considérer l'obéissance à une sommation ou à un ordre d'un policier comme un acte réellement volontaire en ce sens que l'intéressé se sent libre d'obéir ou de désobéir, même lorsque la sommation ou l'ordre en question n'est autorisé ni par la loi ni par la common law, et que, par conséquent, le refus d'y obtempérer n'entraîne aucune responsabilité criminelle. La plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police. Plutôt que de s'exposer à l'usage de la force physique ou à des poursuites pour avoir volontairement entravé la police dans l'exécution de son devoir, il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu'elle est légale. L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté. Il peut y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement.<sup>59</sup>

L'on pourrait être tenté de minimiser l'importance de ce passage, au vu du fait qu'il s'agit sans contredit d'un *obiter*. Mais ce serait là une grossière erreur, ne serait-ce que parce que la Cour suprême y a donné son aval à l'unanimité dans l'affaire *Thomsen*<sup>60</sup>. Au surplus, les controverses qu'a fait naître cet extrait au niveau des cours d'appel du pays ne nous permettent pas de le passer sous silence et nous incitent au contraire à le scruter très attentivement. En fait, les quelques lignes citées plus haut pourraient bien, à terme, se révéler les plus lourdes de conséquences dans l'administration du droit criminel, comme nous le verrons bientôt.

Si cette extension du concept de « détention » peut à première vue déconcerter, il faut néanmoins admettre qu'elle s'inscrit dans la logique qui sous-tend le raisonnement du juge Le Dain. À partir du moment où l'on définit la détention en relation étroite, sinon de façon coextensive, avec les

59. R. c. *Therens*, *supra*, note 12, p. 644.

60. *Supra*, note 40. Dans cette affaire, M. le juge Le Dain a réitéré, avec l'appui de tous ses collègues, ce qu'il percevait être les éléments essentiels de son jugement dans l'arrêt *Therens*. Au nombre de ceux-ci, on note en particulier le point suivant : « 3. L'élément de contrainte ou de coercition nécessaire pour qu'il y ait détention peut découler de la responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre, ou de la conviction raisonnable qu'on n'a pas le choix d'obtempérer ou non. » (p. 649. C'est nous qui soulignons).

droits garantis par l'alinéa 10b) de la Charte <sup>61</sup>, le résultat n'est rien moins que prévisible. Après tout, une personne qui se sent détenue ne voit-elle pas sa liberté entravée au même titre que la personne physiquement détenue ou sous le coup d'une contrainte de nature juridique ? Et si tel est le cas, ne se trouve-t-elle pas dans une situation où elle pourrait raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat mais pourrait être empêchée d'y avoir recours sans délai en l'absence de cette garantie constitutionnelle ?

Bien que cette logique puisse apparaître séduisante, la prémisse sur laquelle elle se fonde n'est pas sans faille. Pourquoi faudrait-il que soient considérées détenues toutes les personnes qui, suite à une privation de liberté, peuvent avoir raisonnablement besoin d'un avocat <sup>62</sup> ? Ne s'agit-il pas d'un raisonnement qui risque d'être circulaire, ou encore d'un objectif reformulé en terme de définition ? Le professeur Klinck <sup>63</sup> s'est demandé avec raison si l'on aurait procédé de la même façon, et avec les mêmes résultats, pour définir l'« arrestation », dans l'hypothèse où l'article 10 n'aurait accordé des droits qu'aux seules personnes « arrêtées ». Dans la même veine, il est permis de s'interroger sur les motifs qui ont poussé la Cour à circonscrire la portée du concept de détention en prenant l'alinéa 10b) comme seul point de référence. Après tout, l'article 10 ne garantit pas uniquement le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et le droit d'être informé de ce droit. Si la notion de détention doit être définie en tenant compte de la finalité des droits que protège l'article 10, ne peut-on pas raisonnablement prétendre qu'elle doit également être élaborée en fonction des objectifs précis que vise l'article 9 ? Curieusement, la Cour refuse de considérer cette dimension du problème et se contente de transposer pour les fins de l'article 9 la définition qu'elle propose dans le contexte de l'article 10 <sup>64</sup>. Ce faisant, la Cour se trouve indirectement à subordonner la garantie prévue à l'article 9 au droit à l'avocat. En effet, seules pourront être scrutées comme contraires à cette dernière disposition les détentions qui constituent une entrave à la liberté et par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat.

---

61. Voir, *supra*, l'extrait qui accompagne la note 29.

62. M. le juge Le Dain, il est vrai, concède expressément la possibilité que l'arrestation et la détention ne soient pas les seuls cas où une personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat. Il ajoute cependant « qu'il s'agit de situations où l'entrave à la liberté pourrait, par ailleurs, avoir pour effet de rendre impossible l'accès à un avocat ou d'amener une personne à conclure qu'elle n'est pas en mesure d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. » (p. 641-642). Est-ce à dire que la détention et l'arrestation constituent les seules situations où une personne qui peut avoir besoin d'un avocat pourrait être empêché d'y avoir recours en l'absence de l'article 10 de la Charte ? Il semble bien que tel soit le cas.

63. Voir « The Quest for Meaning in Charter Adjudication: Comment on *R. c. Therens* », *supra*, note 25.

64. *Supra*, texte accompagnant la note 19.



Si l'on fait maintenant abstraction de la démarche de la Cour pour se concentrer uniquement sur le résultat qui en découle, on fait face encore une fois à un certain nombre de problèmes. Puisque la détention est aussi intimement liée au besoin de recourir aux services d'un avocat, l'on est en droit de se demander ce qu'il faut penser de ces situations où l'ordre d'un policier ne laisse à la personne concernée aucune alternative. Puisque l'assistance d'un avocat dans ces cas ne peut être d'aucun secours pour le prévenu et ne peut influencer sur le cours des événements, l'on devrait en toute logique conclure qu'il n'y a pas de détention. Il en irait ainsi, par exemple, lorsqu'un policier procède à la fouille d'une personne en état d'arrestation. C'est ce qui a fait dire à la Cour d'appel du Manitoba que l'alinéa 10b) de la Charte n'exigeait pas que les policiers donnent la possibilité à une personne de consulter un avocat avant de la fouiller, lorsque cette fouille était concomitante à son arrestation :

The Charter right to retain and instruct counsel must be construed in a manner consistent with its purpose, to enable an accused person to obtain advice as to his rights in the circumstances in which he finds himself and assistance in exercising those rights. This cannot extend to matters such as a physical search for narcotics to which the accused is obliged to submit and which no amount of advice or legal assistance would deter.<sup>65</sup>

Il serait étonnant que la Cour suprême retienne cette solution, ne serait-ce que parce qu'elle heurte le sens commun<sup>66</sup>. Si l'on tient à maintenir intacts les pouvoirs des policiers en cette matière, sans doute préférera-t-on emprunter l'issue que présente l'article 1 de la Charte. La Cour n'en devra pas moins faire preuve d'ingéniosité pour maintenir qu'il y a détention dans ces circonstances tout en étant fidèle à l'argumentation qu'elle a développée dans l'arrêt *Therens*. De prime abord, deux stratégies s'offrent à elle. Dans un premier temps, l'on peut aisément soutenir que la présence d'un avocat est loin d'être inutile même dans ces situations où la personne interpellée se doit d'obtempérer à l'ordre qui lui est adressé. S'il est vrai que l'avocat ne peut

65. *R. c. Guberman*, (1986) 23 C.C.C. (3d) 406, à la p. 414. Cet arrêt a été suivi par la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire *R. c. J.M.G.*, (1987) 29 C.C.C. (3d) 455.

66. Même le juge Wilson a explicitement traité de cette question dans l'opinion isolée qu'elle a rédigée à l'occasion de l'arrêt *R. c. Debot*. S'appuyant sur les jugements antérieurs rendus par la Cour dans les affaires *Simmons*, *Jacoy* et *Strachan*, elle a clairement rejeté la thèse voulant que le rôle de l'avocat se borne à conseiller un suspect quant aux possibilités qui s'offrent à lui :

En somme, rien dans l'analyse que notre Cour fait de l'al. 10 b) ne permet de définir la détention en fonction d'une évaluation de l'utilité qu'aurait pu avoir l'avocat pour empêcher la découverte de preuves matérielles. Tout argument portant que l'appelant n'avait pas « raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat » (arrêt *R. c. Therens*) parce que, de toute façon, l'avocat n'aurait pas pu empêcher la fouille, doit donc être rejeté.

(*supra*, note 31, p. 1163).

conseiller la désobéissance à un ordre légalement donné, il est tout aussi juste d'affirmer qu'il peut néanmoins vérifier la légalité de cet ordre. Pour reprendre l'exemple de la fouille concommittante à une arrestation, l'avocat pourrait entre autres s'assurer que les conditions requises pour procéder à une arrestation sans mandat sont réunies, qu'il s'agit bel et bien d'une situation où l'on peut légalement effectuer une fouille ou une perquisition sans mandat, et que l'ampleur de cette fouille est justifiée et conforme aux balises élaborées par les tribunaux en rapport avec l'article 8 de la Charte<sup>67</sup>. D'autre part, on peut concevoir le rôle d'un avocat sous un angle légèrement différent, et considérer qu'il peut non seulement conseiller le prévenu sur la décision à prendre ou l'attitude à adopter, mais également l'informer de la situation juridique dans laquelle il se trouve<sup>68</sup>.

Si cette première difficulté que pose la définition du concept de détention peut être esquivée sans trop de dommage, il n'en va pas nécessairement de même de la deuxième. Que se passe-t-il lorsque la résistance à l'ordre d'un représentant de l'État n'est sanctionnée par aucune responsabilité criminelle ? Estimera-t-on toujours que l'individu concerné peut quand même avoir besoin de l'assistance d'un avocat et doit pour cette raison être considéré comme « détenu » ? Cette éventualité, on l'aura deviné, est précisément celle qu'avait en tête M. le juge Le Dain en rédigeant l'*obiter* reproduit plus haut, et qu'une lecture restrictive de la *ratio* de son jugement aurait sans doute écarté du champ d'application de l'article 10 de la Charte. Bien que la Cour suprême n'ait pas encore eu l'occasion d'actualiser sa pensée et d'en tirer toutes les conséquences à partir d'un cas concret, il n'est pas difficile de prévoir le contexte dans lequel elle sera vraisemblablement appelée à le faire. Les interrogatoires policiers fournissent en effet tous les éléments requis pour susciter une réflexion plus approfondie, et les tensions que révèlent déjà certains jugements discordants des cours d'appel du pays ne permettent pas de douter de la gravité du sujet et de l'importance des enjeux.

---

67. À cet égard, on pourra consulter l'article précédemment publié par l'auteur et les nombreuses références qui s'y trouvent. Voir « La protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives : un premier bilan », (1989) 49 *R. du B.* 53.

68. Dans l'arrêt *R. c. Simmons*, M. le juge en chef Dickson a fait référence à ces deux rôles que peut utilement jouer un avocat. Il écrivait à cet égard :

Ce dernier aurait pu dissiper l'incertitude dans laquelle était plongée l'appelante quant à la procédure de fouille, en lui expliquant le contenu des art. 143 et 144 et en lui certifiant que les agents des douanes avaient le droit d'exiger qu'elle enlève ses vêtements. L'avocat aurait pu également s'assurer que l'on avait satisfait à la norme des motifs raisonnables de supposer fixée par la Loi et certifier à l'appelante qu'il existait des motifs légitimes de procéder à une fouille.

(*supra*, note 54, p. 531).

### 3.2. Les interrogatoires policiers et les droits du citoyen

Bien que l'interrogatoire des suspects soit pour les policiers un outil précieux dans l'exécution de leurs fonctions, cet aspect du processus criminel a été très peu réglementé par le droit. En fait, la législation ne précise nulle part les pouvoirs des policiers et les droits du citoyen en cette matière. C'est donc aux tribunaux qu'est revenue la tâche de baliser par un certain nombre de règles cette phase préjudiciaire de la détection du crime, et ils l'ont fait principalement lorsqu'ils étaient appelés à évaluer la recevabilité des preuves obtenues par le biais de ces interrogatoires.

Il ressort de cette jurisprudence qu'un individu n'est jamais tenu de répondre aux questions qu'un policier peut lui poser. Ce dernier, en revanche, peut poser toutes les questions qu'il désire, mais ne peut forcer la personne interrogée à répondre, et ne peut le contraindre à le suivre à moins de l'arrêter. Ces principes ont été réitérés avec force par la Chambre des Lords dans les arrêts *Kenlin c. Gardiner*<sup>69</sup> et *Rice c. Connolly*<sup>70</sup>, et ont été entérinés à plusieurs reprises par les tribunaux canadiens<sup>71</sup>. On en retrouve une exposition fidèle dans l'arrêt *R. c. Esposito*<sup>72</sup>, où la Cour d'appel d'Ontario s'exprime en ces termes :

The right of a suspect or an accused to remain silent is deeply rooted in our legal tradition. The right operates both at the investigative stage of the criminal process and at the trial stage. In Canada, save in certain circumstances, a suspect is free to answer or not to answer questions by the police. We say that he has a right to remain silent because there is no legal obligation upon him to speak : see *Rothman c. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640 at p. 683, 59 C.C.C. (2d) 30 at p. 64, 121 D.L.R. (3d) 578, per Lamer J.

A police officer, when he is endeavouring to discover whether or by whom an offence has been committed, is entitled to question any person, whether suspected or not, from whom he thinks that useful information can be obtained. Although a police officer is entitled to question any person in order to obtain information with respect to a suspected offence, he, as a general rule, has no power to compel the person questioned to answer. Moreover, he has no power to detain a person for questioning, and if the person questioned declines to

69. *Kenlin c. Gardiner*, [1966] 3 All E.R. 931.

70. *Rice c. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649.

71. Un auteur a soutenu de façon persuasive que cet équilibre délicat était en passe d'être rompu en faveur des policiers. À son avis, les tribunaux prendraient de plus en plus pour acquis que les policiers ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exécution de leurs fonctions. Il s'ensuivrait une obligation pour les personnes interrogées de répondre aux questions qui leur sont posées, dans la mesure où elles ne les retardent pas indûment et où elles sont formulées poliment. Au dire de l'auteur, le refus de collaborer dans ces circonstances serait souvent perçu comme une entrave au travail des policiers. Voir S. COUGHLAN, « Police Detention for Questioning: A Proposal », (1985-86) 28 *Crim. L. Q.* 64 et 170.

72. *R. c. Esposito*, (1986) 24 C.C.C. (3d) 88.

answer, the police officer must allow him to proceed on his way unless he arrests him on reasonable and probable grounds.<sup>73</sup>

Cette citation, et le droit canadien qu'elle reflète, doit nous inciter à la plus grande prudence. En effet, il faut bien se garder de prétendre qu'il existe au Canada une telle chose que le « droit au silence ». Il est vrai qu'en général, une personne a le droit de garder le silence en ce sens que le refus de répondre ne peut être sanctionné par aucune mesure légale. Mais cela n'a rien à voir avec un droit positif au silence, et c'est la raison pour laquelle on a pu admettre en preuve, par exemple, des témoignages incriminants faits par un accusé au cours de la phase pré-judiciaire<sup>74</sup>. En d'autres termes, et pour reprendre la terminologie utilisée par M. le juge Le Dain dans l'arrêt *Dedman*<sup>75</sup>, c'est une liberté dont se prévaut un accusé lorsqu'il décide de ne pas adresser la parole à un policier, et non un droit qu'il exerce.

Cela serait sans doute sans conséquence si les citoyens étaient bien au fait de ces ambiguïtés du droit criminel canadien et pouvaient librement en tirer parti. Or, tel n'est manifestement pas le cas. Et si l'on ajoute à cette ignorance la sophistication des techniques d'interrogation mise au point par les policiers et l'arsenal de moyens dont ils disposent pour infléchir la volonté des personnes interrogées, le déséquilibre n'en est que plus flagrant<sup>76</sup>.

Antérieurement à l'entrée en vigueur de la Charte canadienne, les accusés canadiens ne bénéficiaient que de deux types de protection, toutes deux liées à l'admissibilité en preuve de leurs déclarations. La première, abusivement<sup>77</sup> décrite comme un privilège contre l'auto-incrimination, originait en fait de deux règles distinctes : la première veut qu'un accusé ne puisse être

73. *Ibid.*, à la p. 94. Voir aussi l'arrêt *R. c. Moran*, (1988) 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), ainsi que l'arrêt *R. c. S.C.D.*, (1989) 94 Alta R. 95 (C.Prov. Alta).

74. On retrouve une illustration frappante de ce qui précède dans l'arrêt *R. c. Rothman*, [1981] 1 R.C.S. 640, où l'on a jugé admissible en preuve une déclaration incriminante faite par un détenu à un policier lui-même déguisé en détenu.

75. *Supra*, note 43.

76. Le professeur Ratushny a procédé à une étude fouillée des techniques d'interrogatoire utilisées par les policiers pour vaincre la résistance des suspects dans le cadre de son ouvrage sur l'auto-incrimination. Voir *Self-Incrimination in Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979, p. 191-309.

77. Le professeur Ratushny a clairement démontré que l'assertion d'un droit général à l'encontre de l'auto-incrimination n'était pas fondée au Canada, et sa thèse a été retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763. Voir E. RATUSHNY, « Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada », (1973) 19 *McGill L.J.* 1 ; « Self-Incrimination : Nailing the Coffin Shut », (1978) 20 *Crim. L.Q.* 312 ; *Self-Incrimination in Canadian Criminal Process*, *supra*, note 76.

contraint à témoigner lors de son procès<sup>78</sup>, et la deuxième protège un témoin contre l'utilisation qui pourrait être faite de son témoignage dans d'autres procédures judiciaires<sup>79</sup>. Bien que ces deux règles soient maintenant explicitement enchâssées dans la Constitution par le biais du paragraphe 11(c) et de l'article 13 de la Charte, sans doute est-il encore permis d'affirmer qu'elles doivent être considérées isolément et non comme la manifestation d'un privilège plus général à l'encontre de l'auto-incrimination. Et c'est la raison pour laquelle ces garanties constitutionnelles ne semblent devoir s'appliquer qu'à la phase judiciaire et n'être d'aucun secours pour l'accusé que l'on interroge au stade de l'enquête policière<sup>80</sup>.

Reste la protection qu'offre la règle en matière d'aveu extra-judiciaire, formulée dans l'affaire *Ibrahim c. Le Roi*<sup>81</sup> et souventes fois reprises par la Cour suprême du Canada<sup>82</sup>. Cette règle, on le sait, exige de la Couronne qu'elle établisse le caractère volontaire d'un aveu avant de pouvoir le mettre en preuve contre un accusé. Sera « volontaire », au sens de cette règle, toute déclaration qui n'a pas été suscitée par « la crainte d'un préjudice » ou « l'espoir d'un avantage » suscités par « une personne en situation d'autorité ». Comme l'a démontré le professeur Ratushny, cette conception étroite et technique du caractère volontaire d'un aveu a considérablement atténué l'impact de la règle, tant et si bien que les techniques policières d'interrogation s'en sont trouvées assez peu affectées<sup>83</sup>. C'est la raison pour laquelle la fraude et les manœuvres trompeuses que peuvent utiliser les policiers pour extorquer une confession, ou encore le déni du droit à l'avocat, n'ont pas été considérés

78. Cette règle est la résultante du paragraphe 4(1) de la *Loi sur la preuve*, en vertu duquel un « accusé est un témoin compétent pour la défense », et du principe de common law voulant qu'un accusé ne puisse témoigner lors de son procès.

79. Cette deuxième règle tire sa source du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve*, lequel déclare expressément que « nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait établir sa responsabilité dans une poursuite civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit. »

80. Nous admettons que cette interprétation du paragraphe 11(c) ne fait pas encore l'unanimité. Qu'il suffise pour l'instant de constater la tendance en ce sens de la jurisprudence et de la doctrine. Voir, entre autres, *R. c. Esposito*, (1985) 24 C.C.C. (3d) 88 ; *R. c. Langevin*, (1984) 11 C.C.C. (3d) 336 ; D.M. PACIOCCO, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Carswell, Toronto, 1988, p. 485-489.

81. *Ibrahim c. Le Roi*, [1914] A.C. 599 (C.P.).

82. Voir, entre autres, *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262 et *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23. Sur toute cette question, on consultera avec profit l'ouvrage de KAUFMAN, *The Admissibility of Confessions*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1979. On peut également se familiariser avec la portée de cette règle en droit américain en lisant l'excellent article de S. WOODS, « Interrogation Law and the Charter : An American Plan for the Renovations », (1985) 43 *U. of T. Fac. L.R.* 153.

83. E. RATHUSHNY, *Self-Incrimination in Canadian Criminal Process*, *supra*, note 76, pp. 207 ss.

en soi comme des obstacles à la recevabilité d'un aveu<sup>84</sup>. Nombre d'auteurs se sont employés à relever d'autres déficiences de cette règle, au nombre desquels on peut mentionner les difficultés d'application dues à son imprécision<sup>85</sup> et la confiance exagérée que placent les tribunaux dans le témoignage des policiers (tant au niveau du contenu de l'aveu présumé que de son caractère volontaire ou involontaire). Si l'on ajoute à cela un principe d'inadmissibilité en preuve très mitigé<sup>86</sup>, on obtient un résultat peu favorable à l'accusé et qui protège bien inefficacement son droit au silence. Un auteur a résumé la situation en ces termes :

In theory, the right to remain silent is among the principles that underlie our criminal justice system. But in reality, the concepts that have evolved to govern pre-trial police interrogations do little or nothing to protect this right, and in some ways they actually encourage its violation by police officers.

The privilege against self-incrimination, long applauded as essential to a free society, does not exist in Canada as far as the pre-trial stage is concerned. The confessions rule is inadequate because it has been interpreted narrowly and inconsistently by the courts. The rules governing the pre-trial encourage the state to obtain confessions from suspects, rather than to establish its case without interference with individual liberty. (...) Not only have the rules been extremely ineffective in providing a restraint on unacceptable police behaviour, some like the derivative evidence rule, actually have given police a motive to use extreme methods to secure a confession. Finally, the rules have done nothing to protect the integrity of our judicial system; the protections we consider essential for a fair trial simply are without parallel at the pretrial stage.<sup>87</sup>

Il découle de tout ce qui précède que le droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer ne font l'objet d'aucune protection significative avant le procès. Cela ne manque pas d'étonner, surtout si l'on compare cette situation à celle qui prévaut lors du procès. L'accusé qui subit son procès peut en effet

84. Voir à cet égard la jurisprudence citée par le professeur Ratushny dans son article sur « Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle », qui forme le chapitre 12 de l'ouvrage qu'il a édité en collaboration avec le professeur G.-A. Beaudoin, *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Wilson & Lafleur, Montréal, 1989, p. 505, notes 15, 32 à 35.

85. L'équivoque de cette règle se manifeste de façon particulièrement aiguë dans le contexte des confessions faites en état d'ébriété, tels qu'en font foi les arrêts *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376 et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. On pourrait en dire autant des confessions obtenues tandis que l'accusé se trouve en état d'hypnose.

86. C'est dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, que la Cour suprême a clairement pris position sur le sujet. À cette occasion, elle a établi que la pertinence était le seul critère en vertu duquel la recevabilité d'une preuve devait être évaluée. Par conséquent, l'inadmissibilité d'un aveu extra-judiciaire ne saurait empêcher la recevabilité d'une preuve obtenue par suite de cet aveu, dans la mesure où elle est pertinente, et ce peu importe la gravité des irrégularités commises par la police. Voir aussi l'arrêt *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, où l'on a étendu la portée de ce principe aux illégalités commises en violation de la *Déclaration canadienne des droits*.

87. S. WOODS, *Renovating the Gatehouse*, (1984-85) 49 Sask. L.R. 239, p. 257-258.

compter sur un certain nombre de garanties procédurales, telles que l'exigence d'une accusation précise, la présomption d'innocence, l'assistance d'un avocat et la publicité du procès. Rien de tel à la phase pré-judiciaire, où le suspect peut être interrogé par les policiers dans le secret d'un poste de police, sans connaître précisément les accusations qui risquent de peser contre lui et sans pouvoir faire appel à un avocat. N'y a-t-il pas là un curieux paradoxe? Quelle utilité peuvent avoir toutes les garanties dont peut se prévaloir le prévenu lors du procès s'il est laissé à lui-même dans la phase qui précède et si les policiers peuvent prendre avantage de son ignorance et de sa faiblesse de caractère pour obtenir un aveu? Est-il logique de prévoir qu'une personne ne peut être contrainte de témoigner lors de son procès, alors même qu'elle peut être interrogée par les agents de la paix dans un environnement beaucoup plus oppressif que la salle d'audience? À quoi sert le privilège contre l'auto-incrimination, maintenant enchâssé dans la Constitution, s'il peut aussi facilement être contourné? Ces incohérences ne mettent-elles pas en péril l'intégrité de la justice criminelle et les postulats sur lesquels elle repose? Autant de questions fondamentales et incontournables que les observateurs avertis du système judiciaire canadien n'ont pas manqué de soulever à plusieurs reprises, et qui prennent depuis l'entrée en vigueur de la Charte une amplitude nouvelle<sup>88</sup>.

Différentes propositions ont été formulées pour atténuer les effets les plus néfastes de ces disparités de traitement. Ainsi a-t-on suggéré, en s'inspirant de la jurisprudence américaine élaborée sous l'empire du XIV<sup>e</sup> Amendement, de constitutionnaliser la règle relative au caractère volontaire des confessions par le biais de l'article 7 de la Charte<sup>89</sup>. Dans la même optique, et toujours en s'inspirant de l'article 7 de la Charte, un autre auteur s'est dit d'avis que l'on devait tenir pour un principe de justice fondamentale l'inadmissibilité en preuve contre un accusé de ses déclarations pré-judiciaires<sup>90</sup>. Mais il est une autre avenue qui mérite d'être explorée, et qui se distingue des précédentes par le caractère indirect de la protection qu'elle offrirait au prévenu lors de sa confrontation avec les policiers. Nous voulons bien sûr faire référence à l'extension des droits prévus par l'alinéa 10b) de la Charte, de telle sorte qu'une personne ait la possibilité de connaître ses droits au premier point de contact avec l'appareil répressif de l'État.

88. Une littérature relativement abondante s'est déjà développée autour de cette question, et témoigne de l'acuité des problèmes soulevés. Voir, entre autres, S. WOODS, « Renovating the Gatehouse », *supra*, note 87; E. RATUSHNY, « Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle », *supra*, note 84; D.M. PACIOCCO, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, *supra*, note 80, en particulier au chap. 10.

89. Voir S. WOODS, « Interrogation Law and the Charter: An American Plan for the Renovations », *supra*, note 82.

90. D.M. PACIOCCO, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, *supra*, note 80, au chapitre 10.

Cette proposition, qui aurait pu apparaître incongrue il n'y a pas si longtemps, fait progressivement son chemin dans les esprits. Il faut admettre que la jurisprudence américaine a depuis longtemps tracé la voie, elle qui lie déjà depuis un bon moment le droit à l'avocat à la protection contre l'auto-incrimination. Avant d'aller plus loin sur ce terrain et d'examiner les diverses thèses en présence de même que les ébauches de réponses que l'on peut tirer à ce jour de la jurisprudence canadienne, il importe de tracer au moins les grandes lignes du droit américain en cette matière. Forts de cette perspective, peut-être pourrons-nous alors mieux cerner les enjeux en présence et procéder à une lecture plus éclairée des débats qui agitent actuellement le droit canadien.

### 3.3. La protection constitutionnelle du droit à l'avocat aux États-Unis

C'est le VI<sup>e</sup> Amendement<sup>91</sup> à la Constitution américaine qui garantit formellement le droit à l'assistance d'un avocat. Cette disposition prévoit en effet que dans toute poursuite criminelle (*criminal prosecutions*), un « accusé » a le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat pour assurer sa défense. Il faudra cependant attendre la célèbre affaire *Massiah c. U.S.*<sup>92</sup> pour que la Cour suprême reconnaisse enfin au prévenu interrogé par les policiers le droit de consulter un avocat à partir du moment où il cesse d'être un simple suspect et se voit formellement accusé d'un crime. Auparavant, l'impossibilité pour un prévenu de consulter un avocat était tout au plus considérée par les tribunaux comme un facteur parmi d'autres dont il fallait tenir compte lorsqu'il s'agissait d'évaluer le caractère volontaire d'une confession<sup>93</sup>. En acceptant de lier le droit à l'avocat à la mise en branle du processus accusatoire, cette nouvelle interprétation du VI<sup>e</sup> Amendement consacrait l'autonomie de ce droit dès la phase préjudiciaire<sup>94</sup>.

91. Le texte de cet Amendement est reproduit à la note 12.

92. *Massiah c. U.S.* 377 U.S. 201 (1964).

93. Voir, à titre d'exemples, *Harris c. South Carolina*, 338 U.S. 68 (1949); *Crooker c. California*, 357 U.S. 433 (1958); *Spano c. New York*, 360 U.S. 504 (1958).

94. Curieusement, c'est une affaire ne mettant pas en cause un interrogatoire policier que la Cour suprême a choisi pour aller de l'avant et insuffler un sens nouveau au VI<sup>e</sup> Amendement. En effet, c'est en s'assurant (à l'insu de l'accusé, et alors qu'il était en liberté sous caution) le concours de son co-défendeur et en plaçant un émetteur radio dans la voiture de ce dernier que les policiers interceptèrent la déclaration incriminante déclarée inadmissible en preuve dans l'arrêt *Massiah*. Aux yeux de la Cour, il ne saurait être question de faire indirectement ce que l'on ne peut faire directement :

We hold that the petitioner was denied the basic protections of that guarantee when there was used against him at his trial evidence of his own incriminating words, which federal agents had deliberately elicited from him after he had been indicted and in the absence of his counsel. It is true that in the *Spano* case the defendant was interrogated in a police station, while here the damaging testimony was elicited from the defendant without his knowledge



Quelques semaines plus tard, la Cour suprême devait aller encore plus loin dans l'arrêt *Escobedo c. Illinois*<sup>95</sup>, en affirmant que l'on ne saurait faire de distinction, pour les fins du droit à l'avocat, selon que l'interrogatoire a eu lieu avant ou après la mise en accusation. Se faisant fort de rappeler les risques de dérapage que comporte une confiance exagérée dans les confessions<sup>96</sup>, M. le juge Goldberg se dit d'avis au nom d'une faible majorité (5-4) que le prévenu aurait dû être admis à consulter un avocat dès l'instant où il avait *de facto* été considéré par les enquêteurs comme l'accusé :

The interrogation here was conducted before petitioner was formally indicted. But in the context of this case, that fact should make no difference. When petitioner requested, and was denied, an opportunity to consult with his lawyer, the investigation had ceased to be a general investigation of « an unsolved crime ». (...) It would exalt form over substance to make the right to counsel, under these circumstances, depend on whether at the time of the interrogation, the authorities had secured a formal indictment. Petitioner had, for all practical purposes, already been charged with murder. The New York Court of Appeals, whose decisions this Court cited with approval in *Massiah*, (...) has recently recognized that, under circumstances such as those here, no meaningful distinction can be drawn between interrogation of an accused before and after formal indictment.<sup>97</sup>

Il est vrai que la Cour, dans son dispositif, prit bien soin de limiter sa décision aux seuls faits mis en preuve dans cette cause<sup>98</sup>. Sans doute est-ce ce qui explique la portée très limitée que donnèrent ultérieurement les tribunaux

---

while he was free on bail. But, as Judge Hays pointed out in his dissent in the Court of Appeals, « if such a rule is to have any efficacy it must apply to indirect and surreptitious interrogations as well as those conducted in the jailhouse. In this case, *Massiah* was more seriously imposed upon (...) because he did not even know that he was under interrogation by a government agent. » (p. 206).

95. *Escobedo c. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

96. We have learned the lesson of history, ancient and modern, that a system of criminal law enforcement which comes to depend on the « confession » will, in the long run, be less reliable and more subject to abuses than a system which depends on extrinsic evidence independently secured through skillful investigation. (...) This Court also has recognized that « history amply shows that confessions have often been extorted to save law enforcement officials the trouble and effort of obtaining valid and independent evidence... » *Haynes c. Washington*, 373 U.S. 503, 519, 83 S.Ct. 1336, 1346. We have also learned the companion lesson of history that no system of criminal justice can, or should, survive if it comes to depend for its continued effectiveness on the citizens' abdication through unawareness of their constitutional right. No system worth preserving should have to fear that if an accused is permitted to consult with a lawyer, he will become aware of, and exercise, these rights. If the exercise of constitutional rights will thwart the effectiveness of a system of law enforcement, then there is something very wrong with that system. (*Id.*, p. 489-490).

97. *Id.*, p. 485-486.

98. We hold only that when the process shifts from investigatory to accusatory — when its focus is on the accused and its purpose is to elicit a confession — our adversary system begins to operate, and under the circumstances here, the accused must be permitted to consult with his lawyer. (p. 492)

à ce jugement. La Cour suprême elle-même<sup>99</sup> considéra plus tard cet arrêt comme une « déviation », et en vint à le traiter rétrospectivement comme le premier balbutiement de la nouvelle protection contre l'auto-incrimination qu'elle allait élaborer un peu plus tard dans l'arrêt *Miranda c. Arizona*<sup>100</sup>.

Nombreux ont été ceux qui ont vu dans cet arrêt *Miranda* une assise plus solide pour le droit de consulter un avocat que la jurisprudence échafaudée sous l'empire du VI<sup>e</sup> Amendement. À un point tel que l'on a pu se demander, pendant un certain nombre d'années, si cette décision n'avait pas seulement supplanté non seulement l'arrêt *Escobedo* mais également l'arrêt *Massiah*. Ce n'est qu'en 1977 que la Cour mit fin à ces interrogations en réactivant le VI<sup>e</sup> Amendement dans le cadre de l'affaire *Brewer c. Williams*<sup>101</sup>. Depuis, le plus haut tribunal américain a eu plusieurs fois l'occasion de réaffirmer le droit pour un prévenu de retenir les services d'un avocat dès que l'on entame des procédures judiciaires contre lui, et ce en s'appuyant uniquement sur le VI<sup>e</sup> Amendement<sup>102</sup>. Dans la plupart de ces cas, la protection offerte par le V<sup>e</sup> Amendement contre l'auto-incrimination (et le droit à l'avocat qui en découle) n'était d'aucune utilité parce que les confessions avaient été obtenues par des informateurs, au moyen de subterfuges et sans aucune coercition<sup>103</sup>.

99. *Kirby c. Illinois*, 406 U.S. 682 (1972) :

... while members of the Court have differed as to existence of the right to counsel in the contexts of some of the above cases, all of those cases have involved points of time at or after the initiation of adversary judicial criminal proceedings — whether by way of formal charge, preliminary hearing, indictment, information, or arraignment. The only seeming deviation from this long line of constitutional decisions was *Escobedo v. Illinois*... But *Escobedo* is not apposite here for two distinct reasons. First, the Court in retrospect perceive that the « prime purpose » of *Escobedo* was not to vindicate the constitutional right to counsel as such, but, like *Miranda*, « to guarantee full effectuation of the privilege against self-incrimination... » *Johnson v. New Jersey*, 384 U.S. 719... Secondly, and perhaps even more important for purely practical purposes, the Court has limited the holding of *Escobedo* to its own facts..., and those facts are not remotely akin to the facts of the case before us. (p. 689).

100. *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

101. *Brewer c. Williams* 430 U.S. 387.

102. Voir entre autres, *Michigan c. Jackson*, 475 U.S. 625 (1986) ; *U.S. c. Henry*, 447 U.S. 264 (1980) ; *Maine c. Moulton*, 474 U.S. 159 (1985).

103. Il est intéressant de noter l'évolution qu'a connue la jurisprudence américaine à cet égard. On se souviendra que dans l'arrêt *Massiah*, ce sont les policiers qui avaient provoqué et organisé la rencontre entre l'informateur et l'accusé. L'on s'est par la suite demandé si la confession devait également être déclarée inadmissible lorsque l'informateur jouait un rôle purement passif et que l'accusé se confiait à lui de sa propre initiative. L'arrêt *Moulton*, cité à la note précédente, pouvait laisser croire qu'une réponse affirmative devait être apportée à cette question. Mais plus récemment, la Cour suprême a définitivement rejeté cette approche en affirmant que la déclaration incriminante ne serait exclue que dans la mesure où les policiers l'avaient activement provoquée :

As our recent examination of this Sixth Amendment issue in *Moulton* makes clear, the primary concern of the *Massiah* line of decisions is secret interrogation by investigatory

Malgré ces développements récents et la volonté qu'ils reflètent de redonner vie au VI<sup>e</sup> Amendement, force nous est de constater l'échec de toutes les tentatives qui ont été faites pour faire entrer ce droit en scène avant l'instauration des procédures. Tout au plus a-t-on admis que la mise en accusation ne constituait pas nécessairement le seul point de départ de la procédure accusatoire<sup>104</sup>. Mais on a du même souffle refusé d'étendre la portée du VI<sup>e</sup> Amendement pour en faire bénéficier les suspects sur qui les enquêteurs ont décidé de concentrer leur attention. Ce faisant, la Cour suprême s'est montrée insensible aux craintes de ceux qui prétendaient que les policiers pourraient aisément contourner cette garantie constitutionnelle en retardant indûment la mise en accusation et en obtenant ainsi toute l'information voulue avant l'arrivée des avocats<sup>105</sup>. Plus récemment, la Cour a rejeté la thèse voulant qu'un prévenu soit autorisé à consulter son avocat dès le moment où il (ou un tiers en son nom) retient ses services<sup>106</sup>.

De ce qui précède, il faut donc conclure que le VI<sup>e</sup> Amendement ne peut être que d'un bien mince secours pour le respect des droits du prévenu durant

---

techniques that are the equivalent of direct police interrogation. Since « the Sixth Amendment is not violated whenever — by luck or happenstance — the State obtains incriminating statements from the accused after the right to counsel has attached, » 474 U.S., at 176 (...), a defendant does not make out a violation of that right simply by showing that an informant, either through prior arrangement or voluntarily, reported his incriminating statements to the police. Rather, the defendant must demonstrate that the police and their informant took some action, beyond merely listening, that was designed deliberately to elicit incriminating remarks.

Voir *Kuhlmann c. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986).

104. Whatever else it may mean, the right to counsel granted by the Sixth and Fourteenth Amendments means at least that a person is entitled to the help of a lawyer at or after the time that judicial proceedings have been initiated against him — « whether by way of formal charge, preliminary hearing, indictment, information, or arraignment ».

Voir *Brewer c. Williams*, *supra*, note 101, p. 398.

105. There is no constitutional right to be arrested. The police are not required to guess at their peril the precise moment at which they have probable cause to arrest a suspect, risking a violation of the Fourth Amendment if they act too soon, and a violation of the Sixth Amendment if they wait too long. Law enforcement officers are under no constitutional duty to call a halt to a criminal investigation the moment they have the minimum evidence to establish probable cause, a quantum of evidence which may fall far short of the amount necessary to support a criminal conviction.

(*Hoffa c. U.S.*, 385 U.S. 293 (1966), p. 310).

106. Voir *Moran c. Burbine*, 475 U.S. 412 (1986) :

As a practical matter, it makes little sense to say that the Sixth Amendment right to counsel attaches at different times depending on the fortuity of whether the suspect or his family happens to have retained counsel prior to interrogation. (...) More importantly, the suggestion that the existence of an attorney-client relationship itself triggers the protections of the Sixth Amendment misconceives the underlying purposes of the right to counsel. The Sixth Amendment's intended function is not to wrap a protective cloak around the attorney-client relationship for its own sake any more than it is to protect a suspect from the consequences of his own candor. Its purpose, rather, is to assure that in any « criminal prosecution, » U.S. Const., Amdt. 6, the accused shall not be left to his own devices in facing the prosecutorial forces of organized society. (p. 430).

la phase pré-judiciaire. En faisant de l'accès à des conseils juridiques un droit réservé aux seules personnes formellement accusées d'un crime par l'État, cette disposition constitutionnelle (ou du moins l'interprétation qui en a été faite) protège bien inefficacement le droit des suspects au silence. Ce n'est d'ailleurs pas sa fonction. Tel que l'a souvent rappelé la Cour suprême, c'est dans l'équité du procès et la volonté de permettre au prévenu de faire face à l'accusation qui pèse contre lui à armes égales avec l'État qu'il faut chercher la raison d'être de cet amendement constitutionnel :

The initiation of judicial criminal proceedings is far from a mere formalism. It is the starting point of our whole system of adversary criminal justice. For it is only then that the government has committed itself to prosecute, and only then that the adverse positions of government and defendant have solidified. It is then that a defendant finds himself faced with the prosecutorial forces of organized society, and immersed in the intricacies of substantive and procedural criminal law. It is this point, therefore, that marks the commencement of the « criminal prosecutions » to which alone the explicit guarantees of the Sixth Amendment are applicable.<sup>107</sup>

C'est dans ce contexte qu'il faut replacer la décision maintenant célèbre rendue par la Cour suprême en 1966 dans l'arrêt *Miranda*<sup>108</sup>. Se disant d'avis que la protection contre l'auto-incrimination, reconnue aux États-Unis par le V<sup>e</sup> Amendement, tirait son origine du caractère accusatoire de la procédure criminelle anglaise et de la nécessité pour l'État de prouver la culpabilité du prévenu sans sa collaboration, la Cour en vint à la conclusion qu'il devait recevoir application non seulement dans le cadre du procès mais également au stade de l'interrogatoire policier. Un examen attentif de la jurisprudence, de certains rapports soumis par des commissions gouvernementales, ainsi que de manuels d'interrogation, devait en effet suffire pour l'amener à considérer que les interrogatoires auxquels procèdent les policiers alors qu'ils exercent un contrôle sur la liberté d'un individu sont intrinsèquement compulsifs<sup>109</sup>. D'où la nécessité impérieuse de fournir au prévenu interrogé les mêmes protections que celles auxquelles il a droit dans la salle d'audience, et de faire du droit à l'avocat un corollaire indispensable du droit au silence garanti par le V<sup>e</sup> Amendement.

Il n'est pas nécessaire, pour les fins qui nous occupent présentement, de s'attarder longuement sur les différentes mesures mises au point par la Cour pour assurer le respect du V<sup>e</sup> Amendement durant la phase pré-judiciaire.

107. *Id.*, p. 689-690. Voir aussi, dans le même sens, *U.S. c. Gouveia*, 467 U.S. 180 (1984).

108. *Supra*, note 100.

109. Pour reprendre les termes mêmes de la Cour,

the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which will work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely. (p. 467)

Qu'il suffise ici de mentionner l'obligation qu'ont en principe<sup>110</sup> les policiers d'avertir la personne qu'ils désirent interroger de son droit de consulter un avocat, de requérir la présence d'un avocat pendant l'interrogatoire, et d'obtenir les services d'un avocat aux frais de l'État s'il n'en a pas les moyens<sup>111</sup>. Ce qui importe davantage pour notre propos, c'est de mettre en lumière le lien qu'elle fait entre le droit à l'avocat et la protection contre l'auto-incrimination :

The circumstances surrounding incustody interrogation can operate very quickly to overbear the will of one merely made aware of his privilege by his interrogators. Therefore, the right to have counsel present at the interrogation is indispensable to the protection of the Fifth Amendment privilege under the system we delineate today. Our aim is to assure that the individual's right to choose between silence and speech remains unfettered throughout the interrogation process. A once-stated warning, delivered by those who will conduct the interrogation, cannot itself suffice to that end among those who most require knowledge of their rights. A mere warning given by the interrogators is not alone sufficient to achieve that end.<sup>112</sup>

L'arrêt *Miranda* accorde donc indéniablement au droit à l'avocat une nouvelle rationalisation, indépendante et autonome par rapport à celle qu'il tire du VI<sup>e</sup> Amendement. Dorénavant, un individu aura le droit de consulter un avocat non seulement lorsque la poursuite criminelle se met en branle, mais également lorsqu'il est détenu pour interrogatoire par les policiers. Bien

---

110. Si nous disons « en principe », c'est que la Cour a bien pris soin à plusieurs reprises d'insister sur le fait que ces mises en garde n'étaient pas sacro-saintes et pouvaient être remplacées par d'autres moyens, dans la mesure où ils étaient aussi efficaces pour assurer au prévenu la protection de son droit contre l'auto-incrimination. Par conséquent, les mises en garde élaborées dans *Miranda* ne sont pas comme telles des règles constitutionnelles, et leur violation n'entraîne pas automatiquement l'inadmissibilité en preuve des déclarations faites par un individu : *Michigan c. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).

111. La Cour nous livre elle-même l'essentiel de son jugement dans le passage suivant :

To summarize, we hold that when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is jeopardized. Procedural safeguards must be employed to protect the privilege and unless other fully effective means are adopted to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored, the following measures are required. He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires. Opportunity to exercise these rights must be afforded to him throughout the interrogation. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him.

*Miranda c. Arizona*, *supra*, note 100, p. 478-479.

112. *Miranda c. Arizona*, *supra*, note 100, p. 469-470.

entendu, ce nouveau développement aura bien souvent pour effet de garantir à un individu le droit d'avoir recours à un avocat à un stade moins avancé du processus criminel.

Il faut cependant se garder d'interpréter l'arrêt *Miranda* comme conférant à tous les suspects le droit d'obtenir l'assistance d'un avocat. Comme c'était le cas dans le contexte du VI<sup>e</sup> Amendement, le moment précis où les policiers doivent avertir un prévenu de son droit de consulter un avocat est assez mal défini, et a fait l'objet de nombreuses fluctuations au cours des récentes années. Dans l'arrêt *Miranda*, il faut le rappeler, la Cour s'était préoccupée de l'effet cumulatif que peut avoir sur la volonté du suspect un interrogatoire policier et un état de détention. D'où ce concept de *custodial interrogation*, dont la Cour a fait la clef de voûte de tout son raisonnement, et qu'elle définissait ainsi :

By custodial interrogation, we mean questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way.<sup>113</sup>

Interprétées un tant soit peu libéralement, ces quelques lignes auraient pu à terme donner une extension insoupçonnée au droit à l'avocat. Mais un tribunal de plus en plus conservateur se fit fort de couper court à toute nouvelle initiative en ce sens, et préféra repousser le plus loin possible dans le temps l'application des mises en garde et des principes qui se dégagent de l'affaire *Miranda*. Ainsi refusa-t-on de donner effet à la note infrapaginale qui accompagnait la définition citée plus haut, en vertu de laquelle on avait pu croire qu'un individu faisait l'objet d'un *custodial interrogation* lorsqu'une enquête cessait d'être générale et se concentrait sur lui<sup>114</sup>. Aux yeux du juge en chef Burger, cette théorie du *focus* ne pouvait être dissociée du concept de *custody* ou lui servir d'alternative comme point de départ des garanties procédurales dérivées du V<sup>e</sup> Amendement<sup>115</sup>. Aussi en vint-on à la conclusion que l'interrogatoire d'une personne à sa résidence ne pouvait être assimilé à

113. *Miranda c. Arizona*, *supra*, note 100, p. 444 (c'est nous qui soulignons).

114. Cette note se lisait comme suit : « This is what we meant in *Escobedo* when we spoke of an investigation which had focused on an accused. » (*Miranda c. Arizona*, *supra*, note 100, p. 444, note 4).

115. *Beckwith c. U.S.*, 425 U.S. 341 (1976) :

An interview with Government agents in a situation such as the one shown by this record simply does not present the elements which the *Miranda* court found so inherently coercive as to require its holding. Although the « focus » of an investigation may indeed have been on Beckwith at the time of the interview in the sense that it was his tax liability which was under scrutiny, he hardly found himself in the custodial situation described by the *Miranda* court as the basis for its holding. *Miranda* implicitly defined « focus », for its purposes, as « questioning initiated by law enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way. » (p. 347. C'est la Cour qui souligne)

un *custodial interrogation*, parce que la liberté d'action du suspect n'était pas limitée d'une façon significative <sup>116</sup>.

Dans la même foulée, l'on a également refusé de prendre en ligne de compte l'état d'esprit du suspect pour déterminer à quel moment débute sa détention. Cette approche avait pourtant le mérite d'être parfaitement compatible avec les préoccupations qui animaient la majorité dans l'arrêt *Miranda*. Après tout, si la détention et l'interrogation suffisent à créer une atmosphère suffisamment coercitive pour que des mises en garde soient jugées nécessaires, que faut-il penser de la situation dans laquelle se trouve l'individu qui croit erronément être détenu ? <sup>117</sup> Pourtant, la Cour suprême a préféré opter pour une interprétation qui mette davantage l'accent sur un critère objectif, non sans avoir sérieusement considéré au préalable la possibilité d'accorder un poids déterminant à l'intention des policiers <sup>118</sup>. Appelée à résoudre l'épineuse question de savoir si le conducteur à qui l'on demande de s'arrêter au bord de la route et de se soumettre à des tests pour déceler des signes d'ivresse doit être considéré détenu, la Cour s'en est clairement remis au standard de la personne raisonnable :

A policeman's unarticulated plan has no bearing on the question whether a suspect was « in custody » at a particular time ; the only relevant inquiry is how a reasonable man in the suspect's position would have understood his situation. <sup>119</sup>

Nous ne pourrions mettre fin à cette brève revue de la jurisprudence américaine sans attirer l'attention sur l'arrêt *New York c. Quarles* <sup>120</sup>, où la

116. Voir aussi *Minnesota c. Murphy*, 465 U.S. 420 (1984) ; *Roberts c. U.S.*, 445 U.S. 552 (1980) ; *Oregon c. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977). Dans cette dernière affaire, l'on a considéré qu'un individu n'était pas détenu pour interrogation lorsqu'il se présente de son propre gré au poste de police.

117. Voir W.R. LAFAVE, « "Street Encounters" and the Constitution », (1968) 67 *Mich. L. R.* 39.

118. Voir *Orozco c. Texas*, 394 U.S. 324 (1969) ; *Oregon c. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977). Dans chacun de ces arrêts, la Cour s'en est remis au témoignage du policier impliqué quant à son état d'esprit et à ses intentions au moment où il a recueilli la déclaration incriminante pour déterminer si l'accusé était alors détenu.

119. *Berkemer c. McCarty*, 468 U.S. 420, 442 (1984). Voir aussi, dans le même sens, *Pennsylvania c. Bruder*, 109 S.Ct. 205 (1988). Compte tenu de l'importance qu'a eue cette question dans le développement de la jurisprudence relative aux articles 9 et 10 de la *Charte canadienne*, il n'est pas inintéressant de constater que la Cour a donné son aval à cette forme d'intervention policière en prétextant du caractère temporaire de la détention en cause et en arguant que les circonstances dans lesquelles sont effectuées ces contrôles routiers ne permettent pas de croire que les conducteurs puissent se sentir à la merci des policiers. Une lecture attentive de ces jugements nous autorise par ailleurs à penser que le raisonnement de la Cour s'explique en bonne partie par une volonté de ne pas nuire à la mise en œuvre des législations relatives à la circulation routière, une motivation dont les tribunaux canadiens ont pu tenir compte dans le contexte de l'article I de la *Charte*.

120. *New York c. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

Cour suprême a carrément écarté l'application de l'arrêt *Miranda* dans une situation où il était pourtant clair que la personne interrogée était détenue, au motif que la sécurité publique devait prévaloir sur les droits du citoyen. Au-delà du résultat, c'est l'approche restrictive que l'on adopte pour définir ce qu'il faut entendre par l'expression *custodial interrogation* qui retient l'attention. Constituera une détention (*custody*), au sens de cette locution, « a formal arrest or restraint on freedom of movement of the degree associated with arrest »<sup>121</sup>.

À l'issue de cette synthèse concise et forcément impressionniste de la jurisprudence américaine, il faut bien se rendre à l'évidence : le formidable impact qu'aurait pu avoir l'arrêt *Miranda* sur le déroulement de l'enquête criminelle a été substantiellement diminué au fil des ans. À l'heure actuelle, seuls les suspects formellement arrêtés ou physiquement privés de leur liberté semblent pouvoir réclamer les droits qui découlent de la protection contre l'auto-incrimination. Cette lecture réductrice que l'on a faite de l'arrêt *Miranda* était-elle prévisible, ou même inévitable ? Cela n'est pas impossible. Un auteur a prétendu que la mesure des droits que l'on accorde au citoyen dans sa confrontation avec l'appareil répressif de l'État est fonction des coûts qui s'ensuivent pour l'administration de la justice criminelle<sup>122</sup>. Dans cette perspective, il n'y aurait rien d'étonnant à ce que l'on confère des droits au citoyen que l'on interroge après son arrestation, puisque les policiers ont par ailleurs toujours le loisir de retarder le moment de l'arrestation. Toute autre est la situation si l'on en vient à la conclusion que ces droits peuvent prendre naissance avant même que l'arrestation ait lieu :

... if detention is determined to exist short of arrest, notice may result in a choice by the individual to exercise the right to counsel before the grounds for arrest are established, which in most cases will tend to have a chilling effect on the interrogation process. On the other hand, failure to provide notice may result in the exclusion of the confession on the basis of a breach of either section 10(b) or section 9 of the Charter. Thus detention short of arrest is the point at which the legal rights of an individual being questioned come into direct conflict with the use of interrogation as a viable investigative procedure. Here the individual has the greatest need to obtain and instruct counsel without delay and enforcement officials have the strongest aversion to the intrusion of counsel.<sup>123</sup>

Voilà qui permettrait de donner une explication cohérente de la jurisprudence américaine. Les décisions récentes de la Cour suprême des États-Unis, qui repoussent toujours plus loin les frontières à partir desquelles il convient

121. *Id.*, p. 655. La Cour tire cet extrait de l'arrêt *Oregon c. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977), qu'elle avait déjà entériné dans *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983).

122. G.S. GARNEAU, « The Application of Charter Rights to the Interrogation Process », (1986) 35 *U.N.B. L.J.* 35.

123. *Id.*, p. 39-40.



de donner effet aux exigences de l'arrêt *Miranda*, ne viendraient pas en contradiction avec la logique de cette décision fondamentale mais en seraient au contraire le prolongement naturel. En fait, l'équation est fort simple : plus la protection offerte à un prévenu est complète, plus il convient d'en retarder l'entrée en vigueur si l'on ne veut pas bouleverser l'équilibre des forces en présence <sup>124</sup>.

Il n'est pas de notre propos de discuter ici du bien-fondé de cette thèse, à première vue fort séduisante. Tout au plus nous permettrons-nous de mettre en relief ce que la Cour suprême américaine elle-même écrivait à ce propos, dans l'arrêt *Escobedo* <sup>125</sup> :

The right to counsel would indeed be hollow if it began at a period when few confessions were obtained. There is necessarily a direct relationship between the importance of a stage to the police in their quest for a confession and the criticalness of that state to the accused in his need for legal advice. Our Constitution, unlike some others, strikes the balance in favor of the right of the accused to be advised by his lawyer of his privilege against self-incrimination. <sup>126</sup>

Ceci étant dit, le lien étroit qui doit nécessairement exister entre le concept de détention, qui marque le point à partir duquel les droits conférés à un prévenu entrent en vigueur, et l'étendue (ainsi que les fondements) de ces mêmes droits, ne saurait maintenant plus faire de doute. Cette constatation, on l'aura compris, nous ramène une fois de plus à la question de principe que nous avons jusqu'ici éludée mais à laquelle nous ne pouvons nous dérober plus longtemps : quel est le sens véritable de l'alinéa 10b) ? A-t-il entre autres pour fonction d'assurer une protection efficace, bien qu'indirecte, à un quelconque droit au silence ? Et si oui, jusqu'où veut-on aller dans ce sens ?

124. Pour appuyer ses prétentions, l'auteur compare le droit américain et anglais en matière d'interrogation policière. Cet exercice lui permet de constater que le droit anglais accorde beaucoup moins de droits à l'individu (pas de règle d'exclusion absolue, mise en garde limitée au droit de garder le silence), mais qu'en revanche il l'en avise et lui permet de les exercer beaucoup plus tôt (« as soon as a police officer has evidence which would afford reasonable grounds for suspecting that a person has committed an offence »). Voir les Judges' Rules, reproduites dans J.D. DEVLIN, *The Criminal Prosecution in England*, London, Butterworth 1958, p. 137-141.

125. *Supra*, note 95.

126. *Id.*, à la p. 488. Cet extrait nous fournit par ailleurs l'occasion de questionner la prémisse sur laquelle M. Garneau fonde toute son argumentation. Il semble en effet postuler que l'équilibre qui régit les relations entre l'individu et l'État, dans le cadre du processus criminel, est une donnée immuable et qu'il ne saurait être déplacé dans un sens ou dans l'autre. Sans doute est-ce ce qui explique cette sorte de *zero sum game* que tente d'exprimer l'auteur au moyen de l'équation qu'il nous propose. Mais cette proposition est sujette à caution. Il se pourrait bien, au contraire, que la Charte (comme la Constitution américaine) ait eu pour effet de rompre cet équilibre en faveur de l'individu, sans égard aux conséquences que cela pourrait entraîner pour l'administration de la justice criminelle.

Les arrêts *Therens*, *Clarkson*<sup>127</sup> et *Manninen*<sup>128</sup> apportent déjà un éclairage précieux sur ces questions, en ce qu'ils nous permettent de se faire une bonne idée du contenu et des paramètres du droit à l'avocat. Mais à l'heure où nous écrivons ces lignes, nous ne possédons encore que peu d'indices sur la deuxième variable de l'équation mentionnée plus haut. Or, seule une meilleure connaissance du moment où entrent en vigueur le droit à l'avocat pourra donner la vraie mesure de cette garantie juridique, particulièrement dans le contexte des interrogatoires policiers.

#### 3.4. La recherche d'un nouvel équilibre

Nous avons déjà eu l'occasion de souligner, lors de notre étude de l'arrêt *Therens*, l'absence quasi totale de discussion en rapport avec les fondements et la finalité du droit à l'avocat. En fait, c'est vers l'affaire *Clarkson*<sup>129</sup> qu'il faut se tourner pour obtenir quelques éclaircissements de la Cour suprême à cet égard. Appelée à se prononcer sur la renonciation présumée de l'appelante à son droit de consulter un avocat, Mme le juge Wilson, au nom de la majorité de ses collègues, a saisi l'occasion pour indiquer que le droit enchâssé à l'alinéa 10b) « vise manifestement à promouvoir le principe de l'équité dans le processus décisionnel » et qu'elle « ne tient manifestement pas compte de la valeur probante de la preuve obtenue par la police... »<sup>130</sup>. Toute utile que puisse être cette précision, elle n'en continue pas moins d'occulter la véritable question. Pour quelle raison précise veut-on s'assurer qu'un accusé soit informé de son droit à l'assistance d'un avocat ? Quel objectif ultime cherche-t-on à promouvoir en garantissant le principe de l'équité procédurale ? À ces questions, l'on ne trouve pas encore de réponse satisfaisante dans la jurisprudence canadienne.

Malgré la retenue dont ont fait preuve les tribunaux jusqu'à ce jour, il y a tout lieu de croire qu'ils en arriveront éventuellement à la même conclusion que la Cour suprême américaine et qu'ils reconnaîtront dans le droit au silence une des pierres d'assise de la protection offerte par le paragraphe 10b) de la Charte. Il est vrai que le V<sup>e</sup> Amendement à la Constitution américaine n'a pas d'équivalent dans la Charte canadienne et que la protection contre l'auto-incrimination revêt ici un caractère beaucoup moins absolu qu'aux États-Unis<sup>131</sup>. Mais il faut également insister sur le fait que le droit à l'avocat, de par la volonté même du Constituant, est étroitement associé au concept de

---

127. *Supra*, note 85.

128. *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233.

129. *Supra*, note 85.

130. *Clarkson c. La Reine*, *supra*, note 85, p. 394.

131. Voir *supra*, note 77.

détention. Or, il suffit de prendre conscience du fait que dans la très grande majorité des cas, la première recommandation d'un avocat à son client sera de se taire et de ne pas répondre aux questions des policiers<sup>132</sup> pour comprendre toute la signification de cette option. En reconnaissant au prévenu le droit d'obtenir ce conseil à un stade aussi précoce et à un moment aussi critique pour la protection de ses droits, le Constituant a fait le même choix que la Cour suprême américaine (à partir d'un texte pourtant beaucoup moins clair). Tout porte à penser que l'on a ainsi voulu implicitement permettre au suspect d'avoir accès à des conseils juridiques à l'étape même de l'enquête où il est le plus susceptible de s'incriminer, et ce malgré la diminution des confessions qu'une telle mesure prophylactique peut entraîner. À tort ou à raison, on a estimé que c'était là le prix à payer pour préserver la dignité des prévenus et décourager toute velléité coercitive de la part des policiers. Eut-on voulu éviter ce résultat, l'on se serait probablement inspiré de la formulation retenue aux États-Unis pour le VI<sup>e</sup> Amendement de manière à ne reconnaître le droit à l'avocat qu'à un stade beaucoup plus avancé de l'enquête.

L'établissement d'un lien quelconque entre les droits garantis par le paragraphe 10b) et le droit au silence (ou la protection contre l'auto-incrimination) nous apparaît donc peu contestable et en quelque sorte inévitable. C'est la position que soutiennent la plupart des auteurs qui se sont penchés sur la question<sup>133</sup>, et c'est à notre avis la seule démarche qui soit conforme à la réalité. En revanche, les influences qu'une telle relation pourra avoir sur le concept de « détention » sont beaucoup plus difficiles à prévoir. La Cour suprême du Canada n'a pas encore eu l'occasion d'aborder cette question, et l'un de ses juges a même explicitement refusé de se pencher sur la possibilité d'interpréter l'alinéa 10b) à la lumière de l'affaire *Miranda*<sup>134</sup>. Mais déjà, les tensions relevées dans la jurisprudence américaine se font jour ici aussi, et les cours d'appel qui ont été confrontées à ce problème ont jusqu'ici fait preuve d'une très grande prudence, à nos yeux excessive.

132. Bien entendu, il ne s'agit pas là d'une règle inflexible. On songe en particulier à certaines défenses comme l'alibi et la provocation, que l'accusé aura intérêt à dévoiler à la première occasion utile.

133. Voir, entre autres, D.M. PACIOCCO, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, *supra*, note 80, p. 515; P.B. MICHALYSHYN, « The Charter Right to Counsel: Beyond *Miranda* », (1987) 25 *Alta L.R.* 190, p. 191 s; E. RATUSHNY, « Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle », *supra*, note 84; S. WOODS, « Interrogation Law and the *Charter*: An American Plan for the Renovation », *supra*, note 82.

134. La question de savoir si l'al. 10(b) va plus loin de manière à couvrir, par exemple, le principe énoncé dans l'arrêt *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), et à s'appliquer notamment aux interrogatoires ou aux parades d'identification policière, n'a pas à être tranchée en l'espèce et je m'abstiendrai de le faire. (Extrait des notes de M. le juge Lamer dans l'arrêt *Therens*, *supra*, note 12, p. 625).

Il apparaît d'ores et déjà que les agents de la paix n'auront pas à informer les citoyens de leur droit de consulter un avocat dès l'instant où ils leur adressent la parole. Par conséquent, le simple fait d'accoster une personne sur la rue pour lui demander des informations d'ordre général et de façon tout à fait neutre ne constituera pas une détention au sens de l'article 10<sup>135</sup>. Il en ira de même des interrogatoires de routine auxquels procèdent les agents des douanes, et des fouilles ordinaires de bagages pratiquées au hasard<sup>136</sup>. Dans ce genre de situations, il semble bien que la perception de l'individu concerné ne sera pas pertinente. Voilà sans doute une précision utile, puisqu'une lecture étroite et rigoureuse de l'*obiter* rédigé par M. le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens* et cité plus haut<sup>137</sup> aurait pu nous amener à des résultats différents.

Nous voilà donc fixés sur les deux pôles extrêmes entre lesquels doit nécessairement se situer le concept de « détention ». Mais entre la conversation informelle et l'arrestation en bonne et due forme, l'interrogatoire policier passe par une foule de phases (souvent difficiles à identifier) parmi lesquelles il faudra bien choisir pour déterminer le moment précis où entrent en scène les droits garantis par l'article 10. Sur ce plan, la Cour suprême nous a malheureusement fort peu renseigné, n'ayant pas encore été appelée à expliciter ce qu'elle entend par une contrainte de nature psychologique. Il faut donc souhaiter qu'elle dissipe la confusion qui règne en cette matière le plus rapidement possible, et qu'elle le fasse dans le contexte d'un dossier qui mette en cause un interrogatoire policier. En procédant de la sorte, elle contribuerait largement à débrouiller l'une des zones les plus obscures de l'administration de la justice criminelle, tout en jetant un éclairage nouveau sur l'une des garanties juridiques les plus importantes pour le respect de la dignité humaine et l'intégrité de la justice. Pour l'heure, nous en sommes réduits à conjecturer à partir de quelques indices échappés par M. le juge Le Dain, et à commenter les options retenues par les diverses cours d'appel du pays.

C'est à partir de ce que l'on pourrait appeler le critère de la « perception raisonnable » que les tribunaux ont cherché à solutionner le problème. On se souviendra que dans l'affaire *Therens*, M. le juge Le Dain avait lui-même suggéré ce test en deux volets en se gardant bien d'en exposer la teneur. Sans doute convient-il ici de reproduire à nouveau, pour plus de commodité, un court extrait de ses notes :

L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une *perception raisonnable* qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de

135. R. c. *Grafe*, (1987) 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.). Voir aussi R. c. *Atkinson*, [1987] 2 W.W.R. 66 (C.A. Man.).

136. *Simmons c. R.*, [1988] 2 R.C.S. 495.

137. Voir *supra*, texte accompagnant la note 58.

liberté. Il peut y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et *croit raisonnablement* qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement.<sup>138</sup> (C'est nous qui soulignons).

Le dosage de ces composantes objective et subjective du test peut évidemment donner lieu à de nombreuses variantes. Dans l'ensemble, on peut cependant affirmer que ce dosage a été assez peu favorable aux accusés. C'est la Cour d'appel de l'Ontario qui a donné le ton en cette matière, dans les arrêts *R. c. Esposito*<sup>139</sup> et *R. c. Bazinet*<sup>140</sup>. Dans la première de ces deux affaires, on a conclu qu'un individu interrogé chez lui en présence de ses parents, de façon neutre et sans intimidation, n'était pas détenu pour les fins de l'article 10. Bien que plusieurs éléments semblent avoir motivé la décision du juge Martin, on en retient l'impression que l'état d'esprit du policier et les circonstances objectives de l'interrogation auront beaucoup plus de poids que la perception de l'individu interrogé. Ce dernier aura fort à faire pour renverser la vapeur en sa faveur et devra fort probablement témoigner en ce sens lors d'un « voir dire » :

The appellant was represented by counsel but did not testify on the *voir dire*, although he was entitled to do so on the issue of the voluntariness of the statement without being subject to cross-examination on the issue of guilt. There is no evidence on the record that the appellant actually believed that his freedom was restrained and, in my view, the circumstances would not lead him reasonably to believe that his freedom had been restrained. There was no evidence that the appellant was subject to a demand or direction with which he might reasonably believe he was required to comply.<sup>141</sup>

Beaucoup plus significatif est le jugement rendu dans l'affaire *Bazinet*, où la Cour d'appel d'Ontario prétend appliquer la décision qu'elle avait prononcée quelques mois plus tôt dans l'arrêt *Esposito*. *A priori*, le contexte dans lequel s'était déroulé l'interrogatoire dans cette deuxième affaire était beaucoup plus susceptible de faire conclure à une situation de détention,

---

138. *R. c. Therens, supra*, note 12, p. 644. Dans l'affaire *Thomsen, supra*, note 25, on a repris la même idée en des termes très semblables : « L'élément de contrainte ou de coercition nécessaire pour qu'il y ait détention peut découler de la responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre, ou de la "conviction raisonnable" qu'on n'a pas le choix d'obtempérer ou non. » (p. 649. C'est nous qui soulignons).

Voir aussi l'arrêt *R. c. Ancelet*, (1986) 70 A.R. 263 (C.A. Alta), où l'on a expressément formulé ce test en deux volets : « [An individual] may be detained even in the absence of physical restraint or the threat of application of physical restraint if (1) he believes that the choice to do otherwise does not exist (a subjective test), and (2) his belief is reasonable (an objective test). » (p. 267).

139. *R. c. Esposito* (1985) 24 C.C.C. (3d) 88.

140. *R. c. Bazinet* (1986) 25 C.C.C. (3d) 273.

141. *R. c. Esposito, supra*, note 139, p. 101.

puisqu'il avait eu lieu au poste de police. Il faut cependant préciser que c'est l'appelant qui avait pris l'initiative d'aller au poste avec les policiers pour répondre à leurs questions, et l'un des policiers avait même témoigné au procès pour dire qu'il n'aurait pu forcer l'accusé à l'accompagner parce qu'il n'avait pas de motifs raisonnables et probables pour l'arrêter à ce moment-là. Il n'en fallait pas plus pour que l'on refuse de distinguer cette situation de celle qui prévalait dans l'affaire *Esposito*.

Pour justifier ce résultat, M. le juge Tarnopolsky décomposa le raisonnement de M. le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens* pour en faire une lecture en deux temps :

... Le Dain J.'s extension of «detention» to instances of «psychological» restraint or compulsion or coercion is predicated upon two requirements: (1) a «demand or direction», in response to which (2) «the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist.<sup>142</sup>

S'appuyant ensuite sur la définition que l'on donne des mots *demand* et *direction* dans les dictionnaires, il ne lui fut pas difficile de conclure que ces vocables connotaient tous les deux l'idée d'un commandement, d'un ordre. Compte tenu du fait que les policiers n'avaient même pas demandé à l'appelant de les suivre, il était manifeste que la première condition n'était pas remplie. En tout état de cause, M. le juge Tarnopolsky s'appuya sur le raisonnement de son collègue dans l'arrêt *Esposito* pour ajouter qu'aucun élément de preuve ne permettait de considérer que l'appelant se croyait détenu, ou qu'un tel état d'esprit était raisonnable dans les circonstances. Cette décision, il va sans dire, appelle un certain nombre de commentaires<sup>143</sup>.

On peut d'abord s'étonner de l'emphase qui est mise sur les mots *demand* or *direction* et des conséquences qu'on en tire. À notre avis, il s'agit là d'un ajout inutile et même non conforme à l'esprit des remarques formulées par M. le juge Le Dain. Comme certains auteurs l'ont fait remarquer<sup>144</sup>, il est peu probable que le citoyen ordinaire, peu habitué à traiter avec les policiers, fasse vraiment la différence entre un ordre et une simple invitation. Au surplus, on voit mal comment un policier qui n'a aucun motif pour arrêter un individu et qui ne peut s'appuyer sur aucun pouvoir légal, pourrait lui «ordonner» de le suivre ou de répondre à ses questions. Dans ces circonstances, on comprend que le policier puisse en être réduit à «inviter» le citoyen à

142. R. c. *Bazinet*, *supra*, note 140, p. 283.

143. Les arrêts *Esposito* et *Bazinet* ont été suivis par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire R. c. *Boutin*, (1989) 49 C.C.C. (3d) 46.

144. D. STUART, «Annotation», (1986) 51 C.R. (3d) 140; P.B. MICHALYSHYN, «The Charter Right to Counsel: Beyond Miranda», (1987) 25 *Alta L.R.* 190.

collaborer avec lui. Il était normal, dans une affaire qui originait de l'application du paragraphe 254(3) du *Code criminel*, que l'on parle d'un ordre ou d'une sommation. Mais ce serait tronquer le sens de cet *obiter* que d'en restreindre l'extension aux seules situations où le policier a fait usage d'un langage coercitif. En insistant sur la « perception raisonnable » de l'accusé dans l'affaire *Therens*, M. le juge Le Dain marquait son refus de lier uniquement à l'attitude du policier l'élément de contrainte psychologique. Or, il nous semble que M. le juge Tarnopolsky fait indûment prévaloir la dimension objective du test proposé par M. le juge Le Dain en faisant du langage emprunté par les policiers un élément indispensable de cette perception raisonnable. En d'autres termes, c'est au moment où l'on évalue la raisonnabilité de la perception qu'a pu avoir un individu, que doit être prise en considération (comme un élément parmi d'autres) l'attitude des policiers et la formulation de leurs demandes. Adopter le cheminement en deux étapes de M. le juge Tarnopolsky, c'est refuser *a priori* et systématiquement de considérer qu'une personne puisse se sentir privée de sa liberté du seul fait que les policiers se soient abstenus de faire usage de leur autorité pour arriver à leurs fins.

Il est un autre aspect de l'arrêt *Bazinet* qui mérite d'être discuté et qui, paradoxalement, pourrait donner une extension inattendue au concept de « détention ». Dans le cours de son argumentation subsidiaire portant sur la perception raisonnable de l'accusé dans cette affaire, M. le juge Tarnopolsky a tenté d'opérer une distinction avec l'affaire *Rodenbush*<sup>145</sup> qui n'est pas sans intérêt. On se souviendra que dans cette dernière décision, les accusés avaient été emmenés dans une salle d'attente pendant que les douaniers examinaient leurs valises dans une autre salle. Pendant que l'officier sous la garde duquel avaient été placés les accusés conversait avec eux, on vint l'avertir que l'on avait découvert de la cocaïne dans leurs valises et on lui demanda de les interroger avant de les mettre en état d'arrestation. Dans un jugement sévère, la Cour d'appel de Colombie britannique établit que les accusés avaient été détenus à partir du moment où on leur avait demandé d'entrer dans la salle d'attente, et que la décision subséquente de les interroger avant de procéder à leur arrestation (alors qu'ils avaient tous les motifs requis pour le faire) constituait une violation flagrante de la Constitution et devait entraîner leur irrecevabilité en vertu du paragraphe 24(2).

Cette décision pouvait surprendre, au vu du fait que les policiers n'ont jamais eu l'obligation d'arrêter un prévenu dès le moment où ils estiment avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'il a commis une infraction. Mais la Cour d'appel de Colombie britannique avait tout au moins limité la portée de son innovation en circonscrivant ses répercussions

---

145. *Supra*, note 54.

au cadre restreint du paragraphe 24(2), lequel suppose bien entendu une violation préalable d'un droit garanti par la Charte. Or, c'est précisément ici que la Cour d'appel de l'Ontario semble avoir pris le relais de son homologue en Colombie britannique. En insistant sur le fait que les déclarations dommageables des accusés dans l'arrêt *Rodenbush* avaient été faites après que l'on ait eu les motifs requis pour les arrêter, et en faisant de cette circonstance un motif important pour ne pas appliquer cette décision alors même qu'il discute de la question de savoir si Bazinet était détenu au sens de l'article 10, M. le juge Tarnopolsky fait discrètement un pas de plus. En effet, si l'on suit sa logique jusqu'au bout, il se pourrait bien que les policiers soient dorénavant tenus de se conformer à l'article 10 de la Charte dès l'instant où ils ont des motifs suffisants pour arrêter quelqu'un. Aussi bien dire qu'ils n'auraient plus le loisir de retarder artificiellement le moment de l'arrestation dans l'espérance de soutirer préalablement au prévenu des informations utiles<sup>166</sup>.

La justesse de cette extrapolation faite à partir de l'arrêt *Bazinet* demeure pour le moment difficile à contrôler, et il faudra sans doute attendre un jugement de la Cour suprême sur la question pour être définitivement fixé. Une décision plus récente de la Cour d'appel de l'Ontario, l'arrêt *R. c. Moran*<sup>147</sup>, nous permet tout au moins de croire qu'il s'agit bel et bien d'un élément dont il faudra tenir compte pour déterminer à quel moment une personne interrogée peut être considérée détenue. Au nombre des autres facteurs qui doivent guider le tribunal dans cette appréciation, la Cour mentionne : (1) le langage précis utilisé par le policier pour inviter l'individu à venir faire sa déposition : ce dernier avait-il le choix ou était-il tenu d'y aller ? (2) A-t-on escorté la personne au poste de police ou s'y est-elle rendue d'elle-même suite à la demande de l'officier ? (3) La personne a-t-elle quitté le poste après l'interrogatoire ou a-t-elle été arrêtée ? (4) À quelle étape de l'enquête l'interrogatoire a-t-il eu lieu : en était-on encore au stade de l'interrogatoire général sur un crime, ou considérait-on déjà la personne comme un suspect et cherchait-on à obtenir des déclarations incriminantes ? (5) Les questions étaient-elles d'ordre général et visaient-elles uniquement à recueillir de l'information, ou avaient-elles pour but de confronter l'individu à des

---

146. C'est la solution que préconise la Commission de réforme du droit du Canada, dans son Rapport n° 23, intitulé *L'interrogatoire des suspects* (Ministère des Approvisionnement et Services, Ottawa, 1984). Voir aussi l'article de P.H. SOLOMON, «The Law Reform Commission of Canada's Proposals for Reform of Police Powers : An Assessment», (1984-85) 27 *Crim. L.Q.* 123.

147. *R. c. Moran*, (1988) 36 C.C.C. (3d) 225. Cette décision a récemment été suivie par M. le juge Tarnopolsky dans l'arrêt *R. c. Voss*, (1989) 50 C.C.C. (3d) 58. Sur la base des facteurs énumérés dans l'arrêt *Moran*, on a jugé dans cette affaire que la détention avait commencé lorsque les policiers, dans le cours de leur interrogatoire, avaient demandé des explications à l'accusé après l'avoir informé des causes du décès de sa femme.



éléments de preuve tendant à établir sa culpabilité? (6) Enfin, quelle était la perception (*subjective belief*) de l'accusé? Peuvent être pris en considération, pour découvrir cette perception de l'accusé, son âge, ses troubles émotionnels, son faible quotient intellectuel et son manque de sophistication. Cet élément, bien que pertinent, ne saurait cependant aux yeux de la Cour être déterminant puisque c'est la croyance « raisonnable » de l'éventuel accusé qui importe.

Comme on peut facilement le constater à la lecture de cette énumération, les critères objectifs l'emportent largement sur l'état d'esprit de l'accusé. Somme toute, l'élément subjectif est relégué au second plan et ne fait figure que de pré-requis : son absence est fatale mais sa constatation ne permet de tirer aucune conclusion définitive. Si cette lecture de l'*obiter dictum* du juge Le Dain dans l'arrêt *Therens* apparaît restrictive, combien plus suspecte est l'interprétation retenue par les cours d'appel de la Colombie britannique<sup>148</sup> et du Manitoba<sup>149</sup>, qui ont pour ainsi dire ignoré la dimension subjective de la contrainte psychologique, quand ce n'est pas la possibilité même d'un tel type de contrainte.

Force est donc de constater que les cours d'appel du pays ont fait preuve d'une extrême prudence dans leur application du paragraphe 10b) aux interrogatoires policiers. Sans doute sont-elles conscientes des répercussions plus graves (et plus imprévisibles) pour la répression du crime que pourrait avoir l'extension des droits garantis par cette disposition constitutionnelle non plus seulement aux conducteurs automobiles à qui l'on demande de subir un test d'ivressomètre, mais également aux suspects qui font l'objet d'un interrogatoire. Et il serait assurément mal avisé d'ignorer cette dimension du problème, et de transposer aveuglément un *obiter* formulé dans un tout autre contexte à la situation beaucoup plus fluide que représente l'interrogatoire des suspects par les policiers.

Malgré tout, ces considérations nous semblent mal fondées et surtout, déplacées. Sous l'empire de la *Déclaration canadienne des droits*, l'on pouvait s'expliquer la tentation d'équilibrer les intérêts en présence par le biais d'une définition du concept de « détention » et ainsi de faire l'économie d'un débat de fond sur la question. Cette fuite en avant n'est plus justifiée dans le contexte d'un instrument qui prévoit explicitement la possibilité de

148. R. c. *Bonogofski*, (1988) 19 B.C.L.R. (2d) 360. Après avoir émis l'opinion que le test pour déterminer s'il y avait eu détention, au sens de l'article 10, n'était pas de se demander quelle aurait été la réaction d'un observateur mais consistait plutôt à savoir si le prévenu avait en fait été détenu, la Cour insista sur l'objectif poursuivi par un policier lorsqu'il demande à un conducteur de s'immobiliser pour décider si cet arrêt forcé équivaut à une détention.

149. R. c. *Smith*, (1986) 49 C.R. (3d) 210. Dans cette affaire, la Cour d'appel du Manitoba est allée encore plus loin en considérant la question uniquement du point de vue de l'officier et en omettant même toute référence à la détention de nature psychologique.

limiter les droits fondamentaux dans certaines circonstances. À cet égard, les récentes décisions rendues par la Cour suprême dans les arrêts *Hufsky*<sup>150</sup> et *Thomsen*<sup>151</sup> apparaissent plus fidèles à l'esprit de la Charte, et permettent de voir comment les préoccupations du législateur peuvent être accomodées sans compromettre le raisonnement proprement juridique et sans travestir le sens et la finalité des droits conférés par la Charte aux personnes détenues.

En principe, il devrait également être possible de procéder à une certaine ventilation des intérêts lorsque les restrictions aux garanties juridiques que l'on estime nécessaires découlent non plus d'une règle de droit mais des actes posés par les forces de l'ordre. Les arguments que l'on peut faire valoir de part et d'autre dans ces situations devraient être départagés lucidement, à la suite d'un débat qui n'oculte pas les véritables enjeux et qui prenne appui sur la norme posée par le paragraphe 24(2) (i.e. la déconsidération qu'est susceptible de subir l'administration de la justice). Mais il faut bien reconnaître que ce modèle ne correspond pas à la réalité ; certaines décisions de la Cour suprême nous incitent en effet à penser que le droit à l'avocat jouit d'un statut spécial. Cette primauté du droit à l'avocat était déjà perceptible dans les arrêts *Therens*<sup>152</sup> et *Clarkson*<sup>153</sup>, mais c'est dans l'affaire *Collins*<sup>154</sup> qu'elle a reçue sa confirmation.

L'analyse détaillée des décisions rendues sous l'autorité du paragraphe 24(2) de la Charte excède manifestement le cadre restreint de cet article. La règle qui semble néanmoins se dégager des trois arrêts que nous venons de

150. *Supra*, note 39.

151. *Supra*, note 40.

152. *Supra*, note 12, pp. 652-653 :

À mon avis, quand on les applique à la négation du droit à l'assistance d'un avocat, ces facteurs doivent être soupesés de façon différente vu l'importance que revêt ce droit en matière criminelle. J'estime que le droit à l'assistance d'un avocat est à ce point fondamental que sa négation dans un contexte de droit criminel constitue à première vue un acte qui déconsidère l'administration de la justice.

153. *Supra*, note 85, pp. 397-398 :

... l'acte que commet la police en violant d'une manière flagrante le droit à l'assistance d'un avocat doit entraîner l'inadmissibilité des éléments de preuve ainsi directement obtenus, sinon l'al. 10(b) perdrait tout son sens. En conséquence, permettre que la confession de l'appelant soit admise en preuve serait nécessairement nettement susceptible de « déconsidérer l'administration de la justice ».

154. *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, aux pp. 284-285 :

Puisque ces éléments de preuve [i.e. confession ou autres preuves émanant de l'accusé] n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens*, précité, et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée.

citer<sup>155</sup> n'en permet pas moins de mieux comprendre la réticence dont font preuve les cours d'appel lorsqu'il s'agit d'accorder aux suspects le statut de « détenu » pour les fins de l'article 10. À partir du moment où leur marge de manœuvre se trouve en quelque sorte réduite à néant et où la norme du paragraphe 24(2) se transforme en règle d'exclusion quasi automatique, leur attitude de réserve était probablement prévisible. Se refusant à ouvrir la boîte de pandore et à compliquer davantage le travail des policiers et du ministère public, le pouvoir judiciaire s'est retranché derrière une lecture étroite du texte constitutionnel et de l'arrêt *Therens* en écartant toute extension du concept de détention qui aurait pu remettre en question l'équilibre précaire qui caractérise les rapports entre l'appareil répressif de l'État et les citoyens

### Conclusion

Tout porte à croire que nous en sommes maintenant à la croisée des chemins en ce qui concerne le concept de « détention », et c'est la Cour suprême qui devra en dernier ressort nous indiquer la direction à suivre. Choisira-t-elle d'imprimer un nouvel élan aux droits enchâssés par l'article 10 de la Charte? Acceptera-t-elle de tirer toutes les conséquences de cette contrainte psychologique à laquelle M. le juge Le Dain faisait allusion dans l'affaire *Therens*? Ou se récusera-t-elle devant le rôle d'arbitre que lui imposerait nécessairement l'article 1 (et le paragraphe 24(2)) si elle optait pour cette approche, et préférera-t-elle s'enligner comme la cour d'appel ontarienne sur l'approche réductrice de son homologue américaine?

Il faut espérer que la plus haute cour du pays résistera à la tentation de faire marche arrière devant les spectres que ne manqueront pas d'agiter les forces de l'ordre, et qu'elle décidera en particulier de donner sa pleine mesure au droit à l'avocat en acceptant d'en faire bénéficier tous les citoyens dès l'instant où leur dignité est menacée et où leur droit le plus strict de garder le silence est violé. Il y va de l'intégrité même de l'administration de la justice pénale au Canada.

Il s'en trouvera bien pour prétendre qu'une telle extension du concept de détention et du droit à l'avocat qui en découle serait une prime injustifiée pour les criminels<sup>156</sup>. Pour les tenants de cette thèse, l'avocat ne devrait

155. Ces arrêts ont par ailleurs été largement suivis par la suite, comme en fait foi la jurisprudence citée par le professeur Jutras dans son excellent article sur le paragraphe 24(2) de la *Charte*. Voir « Bilan provisoire (et toujours à refaire) de la règle d'exclusion », dans *Nouveaux développements en droit criminel découlant de la Charte canadienne des droits et libertés*, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 1988, p. 57, et plus particulièrement la note 29, p. 65.

156. On retrouve une illustration de ce point de vue dans l'article de B. DUNCAN, « Clarkson: Some Unanswered Questions », (1988) 50 C.R. (3d) 305.

pouvoir intervenir qu'une fois l'enquête terminée, puisque les conseils qu'il pourrait donner au suspect ne peuvent avoir pour effet que d'entraver inutilement le travail des policiers et de protéger les coupables contre eux-mêmes. Sans doute s'agit-il d'une argumentation qui ne manquera pas de partisans. Encore faudrait-il éviter de passer sous silence des évidences qu'il faudra bien répéter. Quelle assurance peut-on avoir que le traitement réservé à certains ne deviendra pas la norme pour tous ? Et même dans l'hypothèse où l'on pourrait départager l'ivraie du bon grain, ne tenons-nous pas pour acquis que la principale vertu d'un système de justice criminelle n'est pas tant de condamner les coupables que d'y parvenir en respectant les droits et la dignité des individus ? N'est-ce pas le sens premier de cette démarche par laquelle on a voulu consacrer la primauté des droits individuels en les inscrivant dans la Constitution ?

Si l'on admet que le droit à l'avocat, tel qu'enchâssé au paragraphe 10b) de la Charte, est inextricablement lié à la protection contre l'auto-incrimination et vise d'abord à informer les citoyens de leur droit au silence, il doit forcément prendre effet le plus rapidement possible au stade même de l'enquête policière. Conclure le contraire serait perpétuer l'incohérence du système actuel ; en effet, aucune logique ne permet de justifier un système en vertu duquel on refuse le droit à l'avocat aux personnes qui en ont le plus besoin pour ne le conférer qu'aux seuls suspects qui se sont déjà incriminés. Qui plus est, le droit au silence est un corollaire essentiel du caractère accusatoire de notre procédure et de la présomption d'innocence. Puisque c'est l'État qui doit faire la preuve de la culpabilité d'un prévenu, la Couronne ne saurait d'aucune façon s'en remettre à la collaboration involontaire de l'accusé pour pallier les insuffisances de sa preuve. Une telle façon de procéder crée une grave entorse aux principes fondamentaux qui régissent notre droit criminel, et comporte des risques dont les effets d'entraînement sont difficiles à prévoir :

Any system of administration which permits the prosecution to trust habitually to compulsory self-disclosure as a source of proof must itself suffer morally thereby. The inclination develops to rely mainly on such evidence, and to be satisfied with an incomplete investigation of the other sources. The exercise of the power to extract answers begets a forgetfulness of the just limitations of that power. The simple and peaceful process of questioning breeds a readiness to resort to bullying and to physical force and torture. If there is a right to an answer, there soon seems to be a right to the expected answer — that is, to a confession of guilt. Thus the legitimate use grows into the unjust abuse; ultimately, the innocent are jeopardized by the encroachments of a bad system. Such seems to have been the course of experience in those legal systems where the privilege was not recognized.<sup>157</sup>

157. D. WIGMORE, *Evidence*, 3<sup>e</sup> éd., p. 309 (1940). Cité dans *Escobedo c. U.S. supra*, note 95, p. 489.

Dans cette optique, il va de soi que même la position de compromis esquissée par la cour d'appel ontarienne, en vertu de laquelle une personne devrait être considérée comme détenue à partir du moment où les policiers ont suffisamment de preuve pour l'arrêter, s'avère nettement insatisfaisante. Il nous apparaît au contraire qu'une interprétation téléologique de l'article 10 doit inévitablement nous amener à mettre davantage l'accent sur la perception qu'a l'inculpé de la situation dans laquelle il se trouve. Si cette disposition constitutionnelle vise toute entrave à la liberté par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, comme on l'a énoncé dans l'arrêt *Therens*, l'on ne saurait tenir compte de la seule attitude des policiers, ni même de la réaction d'une supposée personne raisonnable, pour en circonscrire la portée. Et l'on voit mal pourquoi les droits de l'un devraient être mieux protégés que ceux de l'autre, ou encore pour quelle raison l'on pourrait impunément tirer profit de l'ignorance que peut avoir le premier de son droit de garder le silence pour lui soutirer des déclarations préjudiciables.

L'article 10 (et à un moindre degré l'article 9) de la Charte propose en germe un nouvel équilibre entre les droits du prévenu et ceux de la collectivité. La Cour suprême aura fort à faire pour définir avec un tant soit peu de précision les nouvelles règles du jeu, d'autant plus qu'elle ne pourra y arriver sans réexaminer attentivement les rapports qui unissent le droit à l'avocat et la règle d'exclusion des preuves. L'on ne saurait donc s'attendre à ce qu'elle se lance dans cette gigantesque entreprise à l'occasion d'un seul jugement. Non seulement devra-t-elle tenir compte des diverses forces en présence, mais elle devra également prendre soin de respecter la dynamique interne de la Charte et assurer une certaine cohérence au niveau des garanties juridiques. La tâche, on le voit, est herculéenne. Osons croire que les suites de l'arrêt *Therens* ne créeront pas autant de désillusions que les lendemains de l'affaire *Miranda*.