

Ce qui est abusif au sens de l'article 8 de la Charte canadienne lors de la recherche de preuves

Bernard Auger

Volume 27, Number 4, 1986

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042777ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042777ar>

[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 note

Auger, B. (1986). Ce qui est abusif au sens de l'article 8 de la Charte canadienne lors de la recherche de preuves. *Les Cahiers de droit*, 27(4), 965–982. <https://doi.org/10.7202/042777ar>

Article abstract

In determining whether legislation permitting search and seizure properly meets the requirements of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the courts have been obliged to balance the right of the individual to be secure against unreasonable search and seizure with the right of the state to ensure compliance with the law. In *Hunter v. Southam*, the Supreme Court of Canada established the minimum criteria of reasonable search and seizure for the purposes of section 8. The liberal approach adopted by the Supreme Court raises an important question : Should the same criteria apply to administrative statutes empowering bodies to conduct inquiries and inspections ?

The author compares section 8 of the *Charter* with the American 4th Amendment, examining the requirement for search warrants in the light of Canadian cases. He then examines and discusses the case law concerning the applicability of section 8 to statutory provisions relating to the production of documents and the standard of reasonableness that should apply to these situations.

Ce qui est abusif au sens de l'article 8 de la Charte canadienne lors de la recherche de preuves

Bernard AUGER*

In determining whether legislation permitting search and seizure properly meets the requirements of section 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, the courts have been obliged to balance the right of the individual to be secure against unreasonable search and seizure with the right of the state to ensure compliance with the law. In Hunter v. Southam, the Supreme Court of Canada established the minimum criteria of reasonable search and seizure for the purposes of section 8. The liberal approach adopted by the Supreme Court raises an important question: Should the same criteria apply to administrative statutes empowering bodies to conduct inquiries and inspections?

The author compares section 8 of the Charter with the American 4th Amendment, examining the requirement for search warrants in the light of Canadian cases. He then examines and discusses the case law concerning the applicability of section 8 to statutory provisions relating to the production of documents and the standard of reasonableness that should apply to these situations.

	<i>Pages</i>
Introduction.....	966
1. La recherche active de preuves et l'exigence de principe d'un mandat.....	967
2. La production de documents.....	973
Conclusion.....	981

* Avocat, ministère de la Justice, Ottawa.

Introduction

Selon la conception traditionnelle de la common law, un officier de la police ou du gouvernement ne possède aucune autorité pour pénétrer dans un endroit privé dans l'intention de rechercher des éléments de preuve ni pour saisir des objets qui peuvent servir de preuve, à moins d'y être autorisé législativement¹.

La protection offerte par la common law est donc très large, mais elle peut être restreinte par le législateur en vertu du principe de la souveraineté du Parlement. En effet, le législateur a adopté un grand nombre de lois dans le domaine des fouilles et saisies. La Commission de réforme du droit du Canada a relevé 82 lois fédérales qui confèrent à des fonctionnaires désignés des pouvoirs de perquisition sans mandat², sans compter celles qui prévoient la perquisition avec mandat ainsi que toutes les dispositions de même nature adoptées par les législatures provinciales. Cela suffit pour nous convaincre de l'importance du rôle de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³ qui énonce que « chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Les principaux mécanismes législatifs auxquels l'État a recours dans la recherche d'éléments de preuve afin de faire respecter la loi sont les mandats de saisie et de perquisition et les assignations *duces tecum*. Par conséquent, l'article 8 amène inévitablement la confrontation entre le droit du public à l'application efficace des lois et celui de la personne face à l'intervention de l'État. Depuis l'adoption de la Charte, les législations qui prévoient ces mécanismes doivent répondre au critère constitutionnel de l'article 8 sous peine d'être dépouillées de leur effet par le jeu du paragraphe 52(1) de la Charte qui rend inopérantes les dispositions qui lui sont incompatibles.

C'est dans la perspective du caractère abusif de la législation même qui permet la fouille, la saisie ou la perquisition et non du caractère abusif quant à la façon dont elle s'effectue que nous allons aborder le sujet. La première partie portera sur l'exigence de principe d'un mandat dans la recherche active de preuves, tandis que la deuxième partie traitera de la nature des dispositions relatives à la production de documents.

1. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, (2d), Toronto, Carswell, 1985, p. 750 ; ce principe souffre évidemment quelques exceptions, ne serait-ce que celle permettant la fouille ou la saisie incidente à une arrestation légale ou celle effectuée avec le consentement de l'intéressé, dont l'aspect exceptionnel déborde le cadre du présent texte.

2. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, Document de travail n° 30, Ottawa, 1983, p. 8.

3. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), c. 11, Annexe B, Partie I.

1. La recherche active de preuves et l'exigence de principe d'un mandat

Comme nous venons de le signaler, il existe un grand nombre de lois qui permettent à des officiers gouvernementaux de faire des fouilles, perquisitions ou saisies sans mandat. La question qui se pose est de savoir si l'exigence d'un mandat constitue un élément essentiel pour satisfaire au critère constitutionnel de l'article 8 de la Charte.

Bien que la protection constitutionnelle de l'article 8 soit très récente comparativement à celle du quatrième amendement de la Constitution américaine, tous s'accordent pour dire que nos tribunaux doivent élaborer, conformément à notre système judiciaire, une jurisprudence propre au système canadien et se garder de calquer aveuglément l'expérience américaine. Cependant, les deux siècles d'expérience en la matière aux États-Unis et la similarité entre la protection offerte par l'article 8 et celle de la première partie du quatrième amendement de la Constitution américaine nous incitent à jeter un coup d'œil sur ce qui s'est fait chez nos voisins du sud⁴. Pour cette raison, nous allons bifurquer du côté américain pour ensuite analyser les arrêts déterminants des tribunaux canadiens.

Le quatrième amendement de la Constitution américaine se lit comme suit :

4. The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Aux États-Unis, il y a deux écoles de pensée au sujet de l'interprétation de ce quatrième amendement en ce qui concerne le caractère obligatoire du mandat comme condition pour satisfaire au critère constitutionnel.

La première théorie veut que la disposition se lise de façon disjonctive. La théorie repose sur l'interprétation littérale en mettant l'accent sur le caractère disjonctif de la disposition. La première partie énonce le droit à la protection de façon générale, tandis que la deuxième partie fixe les critères à observer dans le cas où un mandat est délivré. Par conséquent, le critère constitutionnel n'est pas le fait qu'un mandat ait été obtenu comme condition préalable à la fouille ou à la saisie, mais plutôt le caractère raisonnable, compte tenu des circonstances. Le critère du caractère raisonnable est apprécié dans chaque cas, indépendamment du fait qu'un mandat

4. *R. v. Rao*, 40 C.R. (3d) 1 (C.S. Ont.); « The similarity between the language of s. 8 of the *Charter* and the first clause of the Fourth Amendment to the United States Constitution also suggests that it may be of assistance to examine the American authorities ».

ait ou non été délivré. L'arrêt *U.S. v. Rabinovitz*⁵ illustre cette première école de pensée.

D'autre part, la deuxième interprétation veut que la disposition se lise comme un tout de sorte que le critère du caractère raisonnable et la délivrance du mandat soient intimement liés. Une fouille ou une saisie sans mandat est par conséquent considérée à première vue comme abusive. L'énoncé de ce principe se retrouve dans l'arrêt *Johnson v. U.S.*⁶.

Depuis 1950 environ, les tribunaux américains favorisent de façon générale cette deuxième approche qui fait de la délivrance du mandat une condition préalable à une fouille ou une saisie conforme à la Constitution⁷.

Au Canada, la situation est différente. À la lecture de l'article 8 de la Charte, rien ne suggère qu'un mandat doit être délivré pour effectuer une fouille, une perquisition ou une saisie. Le mot « mandat » n'apparaît même pas dans la disposition. La question qui se pose et que les tribunaux doivent trancher est de déterminer si l'article 8 doit être interprété de façon à exiger la délivrance d'un mandat. Autrement dit, est-ce qu'une fouille ou une saisie sans mandat est à première vue abusive?

Dans *R. v. Rao*⁸, la Cour d'appel de l'Ontario se prononce sur la constitutionnalité d'une perquisition faite en vertu de l'alinéa 10(1)a) de la *Loi sur les stupéfiants*. Cette disposition permet aux policiers d'entrer et de perquisitionner sans mandat dans tout endroit, autre qu'une maison d'habitation, où ils croient, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la loi a été commise. Les policiers, après avoir reçu une information d'un particulier, surveillaient un entrepôt qu'ils soupçonnaient être utilisé pour le trafic de stupéfiants. L'endroit a été surveillé durant les 15 à 18 heures qui ont précédé l'entrée des policiers. Pendant la nuit, ces derniers se sont introduits dans l'entrepôt et ont, conformément à la loi, perquisitionné sans être munis d'un mandat. Une telle perquisition est-elle conforme à la Charte? Le juge Martin, rendant jugement au nom de la cour, pose la question de la façon suivante:

[...] the central issue in any case in which the validity of a search or seizure is challenged as offending s. 8 of the Charter is whether the particular search and

5. 399 U.S. 56 (1950).

6. 333 U.S. 10 (1948).

7. On note cependant une tendance récente des tribunaux américains vers la première théorie, celle du critère de raisonabilité: Voir P. CONNELLY, « The Fourth Amendment and Section 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: What has been Done? What is to be Done? », (1985) 27 *Crim. L.Q.* 182-211.

8. *Supra*, note 4.

seizure meets the constitutional requirement of reasonableness unfettered by any *constitutional* requirement of a warrant.⁹

Autrement dit, une perquisition ou une saisie effectuée sans mandat répond-elle au critère du caractère raisonnable de l'article 8 même si ce dernier n'exige pas explicitement la délivrance d'un mandat? Selon le tribunal, bien qu'il n'y ait aucune exigence quant à la délivrance d'un mandat préalable à une fouille, une perquisition ou une saisie, il est évident que, généralement, dans un système de droit qui dérive de la common law, un mandat est requis pour pénétrer et perquisitionner dans un endroit privé¹⁰. Le tribunal signale l'importance du droit à la vie privée :

The legitimate expectation of privacy in one's home or office is one of the most valued rights of the individual afforded protection by a democratic society.¹¹

Il cite le juge Lamer qui a rendu jugement au nom de la Cour suprême dans *Descôteaux c. Mierzwinski* :¹²

Searches are an exception to the oldest and most fundamental principles of the common law, and as such the power to search should be strictly controlled.¹³

Selon le tribunal, l'exigence d'un mandat procure une garantie contre les intrusions à la discrétion de l'officier de police et est conçue pour garantir que le motif d'intrusion soit approuvé au préalable par un juge impartial plutôt que de laisser cette discrétion à l'officier qui effectue la perquisition. Ensuite, le tribunal fait référence au passage désormais classique de la Cour suprême des États-Unis dans *Johnson c. U.S.* :

The point of the Fourth Amendment, which often is not grasped by zealous officers, is not that it denies law enforcement the support of the usual inferences which reasonable men draw from evidence. Its protection consists in requiring that those inferences be drawn by a neutral and detached magistrate instead of being judged by the officer engaged in the often competitive enterprise of fettering out crime...

The right of officers to thrust themselves into a home is also a grave concern, not only to the individual but to a society which chooses to dwell in reasonable security and freedom from surveillance. When the right of privacy must reasonably yield to the right of search is, as a rule, to be decided by a judicial officer, not by a policeman or Government enforcement agent.

There are exceptional circumstances in which, on balancing the need for effective law enforcement against the right of privacy, it may be contended that a magistrate's warrant for search may be dispensed with. But this is not such a

9. *Id.*, p. 29.

10. *Id.*, p. 30.

11. *Id.*, p. 31.

12. [1982] 1 R.C.S. 860.

13. *Supra*, note 4, p. 31.

case. No reason is offered for not obtaining a search warrant except the inconvenience to the officers and some slight delay necessary to prepare papers and present the evidence to a magistrate.¹⁴

La disposition en cause dans *Rao* fait une distinction entre la maison d'habitation et tout autre endroit. Un mandat est requis lorsqu'il s'agit de perquisitionner une maison d'habitation, tandis que la perquisition sans mandat est permise dans tout autre endroit. Même si la common law a toujours privilégié la maison d'habitation en matière de fouille, perquisition ou saisie, le juge Martin ne maintient pas cette distinction en déclarant que « the individual's legitimate expectation of privacy in contemporary society extends equally to his office »¹⁵. L'expectative du droit à la vie privée doit être contrebalancée avec l'intérêt du public dans l'application efficace des lois. Cependant, la cour conclut que lorsqu'il n'y a aucune circonstance qui rend pratiquement impossible l'obtention d'un mandat et que cette obtention n'empêche pas l'application efficace de la loi, la perquisition sans mandat dans des établissements ne peut être justifiée et ne répond pas au critère constitutionnel de l'article 8 de la Charte. En l'espèce, le tribunal considère que les policiers auraient pu obtenir un mandat, vu que l'endroit perquisitionné était sous surveillance depuis au moins quinze heures avant l'intrusion. Par conséquent, la perquisition est jugée abusive. Cependant, le juge Martin prend bien soin de préciser que l'alinéa 10(1)a) de la *Loi sur les stupéfiants* n'est pas inconstitutionnel, car une perquisition peut quand même être valide si les circonstances rendent pratiquement impossible l'obtention d'un mandat. Par contre, la disposition est incompatible avec la Charte et déclarée inopérante dans les cas où un mandat peut en pratique être obtenu. La Cour suprême a refusé d'entendre cette cause en appel.

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*¹⁶, la Cour suprême se prononce pour la première fois sur la portée de l'article 8 de la Charte. Le tribunal se penche sur la constitutionnalité de l'article 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹⁷. Il importe de noter le caractère particulier de cette loi : elle revêt, d'une part, un aspect administratif en ce sens qu'un organisme administratif, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, est chargé de son application, et d'autre part, un aspect criminel vu qu'une infraction à la loi peut constituer un acte criminel. En vertu du paragraphe 10(1), le directeur ou son représentant « peut pénétrer dans tout local où le directeur croit qu'il peut exister des preuves se rapportant à l'objet de

14. *Supra*, note 6, p. 31-32.

15. *Supra*, note 4, p. 32.

16. [1984] 2 R.C.S. 145.

17. S.R.C. 1970, c. C-23.

l'enquête, examiner toutes choses qui s'y trouvent et copier ou emporter pour en faire un plus ample examen ou pour en tirer des copies tout livre, document, archive ou autre pièce qui, (...) est susceptible de fournir une telle preuve». Avant d'effectuer la perquisition, le paragraphe (3) exige l'obtention d'un certificat qui peut être accordé *ex parte* par un membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Cette procédure a été suivie, et les locaux de l'Edmonton Journal, une branche de la société intimée Southam Inc., ont été perquisitionnés. L'intimée conteste la perquisition en s'attaquant au caractère abusif des dispositions législatives qui l'autorisent et non sur la façon dont elle a été effectuée.

La question soulevée dans cette affaire est de déterminer si l'article 10 de la loi répond au critère constitutionnel de l'article 8 de la Charte. Le juge Dickson, au nom de la cour, fixe les critères essentiels pour que la perquisition puisse être considérée comme conforme à la Charte. Le premier critère énoncé par le tribunal est la nécessité d'une autorisation préalable. Le rôle de l'article 8, affirme le juge Dickson, consiste à prévenir les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. Pour assurer l'efficacité de cette protection, il faut un moyen d'éviter les fouilles ou saisies injustifiées avant qu'elles ne se produisent, plutôt qu'un moyen de déterminer, après coup, si elles étaient justifiées au départ. « Cela ne peut se faire (...) que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente »¹⁸.

La deuxième question que se pose le tribunal est de savoir qui doit accorder cette autorisation. Lors d'une fouille ou d'une saisie, l'expectative de la personne au droit à la vie privée et le droit de l'État de faire respecter les lois se confrontent. Par conséquent, dans le processus d'autorisation préalable, la personne qui l'accorde doit être en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale, la preuve offerte quant à savoir si c'est le droit de l'État ou celui de la personne qui est prépondérant. Selon la common law traditionnelle, le mandat de perquisition était décerné par un juge de paix. Cependant, la Cour suprême déclare que l'arbitre impartial ne doit pas nécessairement être un juge, mais doit être en mesure d'agir de façon judiciaire. Dans la présente affaire, l'autorisation est accordée par un membre de la Commission. La cour analyse les pouvoirs que possèdent les membres de cet organisme et conclut que la nature administrative des devoirs d'enquête de cette Commission cadre mal avec la neutralité et l'impartialité nécessaires pour évaluer si la preuve offerte atteint un point où les droits de la personne doivent céder le pas à ceux de l'État. Un membre de la Commission ne peut être l'arbitre impartial nécessaire pour accorder une

18. *Supra*, note 16, p. 160.

autorisation valable. Donc, le processus d'autorisation préalable prévu à l'article 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne répond pas aux exigences de l'article 8 de la Charte, et une perquisition ou une fouille effectuée sous son régime est abusive.

Finalement, le tribunal se demande sur quel fondement l'arbitre impartial doit apprécier la prépondérance des droits. Est-ce qu'une simple demande à un arbitre impartial suffit? La cour répond par la négative. L'article 8, selon le tribunal, exige un critère plus exigeant; il faut une dénonciation faite sous serment. C'est d'ailleurs le principe général selon la common law et le *Code criminel*. Sur cette question le juge Dickson affirme:

Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition constitue le critère minimal, compatible avec l'article 8 de la Charte, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie.¹⁹ (C'est nous qui soulignons)

Ce jugement de la Cour suprême, d'une importance capitale, détermine la première orientation qu'entend donner, en matière de fouille ou de saisie abusive, le plus haut tribunal canadien. Les principes établis par la cour se résument comme suit: 1) une fouille, perquisition ou saisie sans mandat est à première vue abusive; il faut une autorisation préalable; 2) cette autorisation doit être accordée par un arbitre neutre et impartial; cette personne ne doit pas nécessairement être un juge mais doit être en mesure d'agir de façon judiciaire; 3) l'autorisation doit être accordée sur le fondement d'une dénonciation faite sous serment.

Les critères énoncés par la Cour suprême sont exigeants et s'apparentent à ceux qui sont exigés en matière criminelle²⁰. Dans l'arrêt *Rao*, le juge Martin mentionne en *obiter* qu'une distinction doit être faite entre ce qui relève du droit criminel et ce qui relève du droit administratif:

In my view, however, a clear distinction must be drawn between a general power to enter private premises without a warrant to search for contraband or evidence of crime and a power conferred on designated officials to enter premises for inspection and audit purposes and to seize records, samples or products in relation to businesses and activities subject to government regulation.²¹

Également, dans *Re Belgoma*, la Cour d'appel de l'Ontario déclare:

The standards to be applied to the reasonableness of a search or seizure and the necessity for a warrant with respect to criminal investigations cannot be the

19. *Id.*, p. 168.

20. Voir: a. 443 C. Cr.

21. *Supra*, note 4, p. 21.

same as those to be applied to search or seizure within an administrative and regulatory context.²²

La Cour suprême, dans *Southam*, ne fait aucune allusion à cette possibilité de double régime. On peut se demander si elle demeurera aussi exigeante quant aux perquisitions et saisies en matière administrative. Il est évidemment trop tôt pour se prononcer sur ce sujet. Les États-Unis ont connu le problème occasionné par une interprétation trop libérale de la Constitution américaine et on constate :

qu'avant 1940 les garanties constitutionnelles en cas d'enquêtes et d'inspections administratives étaient élevées, mais qu'elles ont par la suite continuellement diminué, la Cour suprême [des États-Unis] ayant dû, par pragmatisme, assouplir ses positions, afin d'éviter un choix inéluctable entre la paralysie des agences gouvernementales et un amendement à la Constitution.²³

Certaines « excursions de pêche » sont ainsi devenues tolérables :

We must not disguise the fact that sometimes, especially, early in the history of the administrative tribunal, the courts were persuaded to engraft judicial limitations upon the administrative process. The courts could not go fishing and so it followed neither could anyone else [...] Even if one were to regard the request for information in this case as caused by nothing more than official curiosity, nevertheless law-enforcing agencies have a legitimate right to satisfy themselves that corporate behavior is consistent with the law and the public interest.²⁴

Les juges canadiens devront adapter leur interprétation de l'article 8 de la Charte selon la nature de chaque organisme administratif afin de préserver son efficacité lorsque l'intérêt du public l'emporte sur celui de l'individu.

L'interprétation large et libérale que la Cour suprême a donnée à l'article 8 dans *Southam* nous incite à examiner un autre type de législation, soit celle qui oblige la production de documents.

2. La production de documents

La production de documents requise en vertu de dispositions législatives peut-elle être considérée comme une saisie au sens de l'article 8 de la Charte ? Si tel est le cas, le caractère abusif de ces dispositions pourrait être contrôlé par la Charte, d'où l'intérêt de la question. La jurisprudence sur l'applicabilité de l'article 8 à la production de documents est encore peu volumineuse et contradictoire.

22. (1985) 51 O.R. (2d) 509, p. 512.

23. Y. OUELLETTE, « La Charte canadienne et les tribunaux administratifs », (1984) 18 *Thémis* 295-328, p. 318.

24. *U.S. v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. (1950), cité dans OUELLETTE, *ibid.*

Dans *Re Alberta Human Rights Com. and Alberta Blue Cross Plan*²⁵, la Cour d'appel de l'Alberta s'est penchée sur la question. À la suite d'une plainte de congédiement fondée sur la discrimination sexuelle, la Commission des droits de la personne de l'Alberta, au cours de son enquête, demande à l'employeur de produire les dossiers personnels d'anciens employés. L'alinéa 21b) de la loi intitulée *Individual's Rights Protection Act*²⁶ permet à la Commission de demander la production de documents, et l'article 23 prévoit qu'en cas de défaut un juge peut délivrer une ordonnance de production de documents, voire même d'intrusion et de saisie proprement dite. La Cour d'appel de l'Alberta, se prononçant sur la portée de l'article 8, déclare :

We accept the view that a forced production of documents in a civil proceedings, or during an administrative inquiry, is a seizure.²⁷

Cette assertion d'une portée considérable n'est motivée d'aucune façon. Elle ne fait que relancer le débat. Le tribunal ne discute ni du but de l'article 8 ni de son interprétation. Bien qu'en l'espèce il n'était pas question d'ordonnance mais d'une simple demande de produire des documents, on s'explique mal pourquoi le tribunal fait allusion à la production forcée de documents dans l'affirmation. Le fait que l'article 8 est censé accorder une protection avant que ne s'effectue la saisie, comme l'a soutenu la Cour suprême dans *Southam*, est peut-être un motif qui sous-tend la déclaration de la Cour d'appel de l'Alberta.

Dans l'arrêt *Re Ziegler et al. and Hunter et al.*²⁸, la Cour d'appel fédérale se prononce sur la portée de l'article 8 en regard de l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*²⁹. Cette disposition est dans la même veine que l'article 10 de cette loi qui a été déclaré inopérant dans *Southam*. L'article 17 prévoit que « sur demande *ex parte* du directeur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne [...] produise [...] des livres, documents, archives ou autres pièces, et peut rendre les ordonnances qu'il estime propres à assurer [...] la production ».

Les juges LeDain et Hugessen ne partagent pas l'opinion émise dans *Re Alberta Human Rights*^{29a}. Ils soutiennent que les termes « search » et « seizure » impliquent tous deux l'intrusion dans le domicile ou l'établissement du citoyen par un tiers qui cherche et emporte des choses ou documents, tandis

25. (1984) 1 D.L.R. (4th) 301 (C.A. Alta).

26. R.S.A. 1980, c. I-2.

27. *Supra*, note 25, p. 307.

28. (1984) 8 D.L.R. (4th) 648 (C.A.F.).

29. *Supra*, note 17.

29a. *Supra*, note 25.

qu'aucune intrusion de ce genre n'a lieu dans le cas d'un *subpoena duces tecum*.

Ils motivent leur décision en se fondant sur la jurisprudence américaine, plus particulièrement sur l'arrêt *Oklahoma Press Publishing Co. v. Walling*³⁰. Le tribunal, dans cette affaire, déclare qu'une ordonnance de production de documents ne présente aucun des caractères d'une fouille ou d'une saisie : si le quatrième amendement est applicable ce n'est que par analogie, car ce type de *subpoena* implique simplement une saisie par interprétation (« *construction* » *search*)³¹. Selon les juges majoritaires dans *Re Ziegler*, l'intrusion constitue un élément essentiel d'une saisie de sorte qu'une disposition prévoyant une production de documents n'est pas visée par l'article 8. À la lumière de l'arrêt *Southam*, on peut mettre en doute ce raisonnement car la Cour suprême a déclaré que l'article 8 protège les personnes et non les lieux et que celles-ci bénéficient d'une expectative raisonnable du droit à la vie privée.

Pour sa part, le juge Marceau dans *Re Ziegler* est d'avis qu'une assignation *duces tecum* constitue une saisie. Il insiste sur le caractère obligatoire de la production des documents. Selon lui, lorsqu'une autorité publique entre en possession d'un bien d'une personne contre sa volonté, il y a saisie et le fait que le détenteur du bien soit actif ou passif n'est pas pertinent. Le juge prend en considération le résultat d'une assignation *duces tecum*, c'est-à-dire le dessaisissement des biens du justiciable et s'éloigne ainsi de l'interprétation littérale du mot « saisie ».

Cette approche cadre avec les principes énoncés dans *Southam*. D'ailleurs, dans un jugement plus récent³², l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a été déclaré inopérant par un tribunal de l'Ontario. Le juge Holland, en se fondant sur l'arrêt *Southam*, maintient que l'ordonnance de production de documents, en l'espèce, est une saisie au sens de l'article 8. L'autorisation préalable qui est prévue à la loi ne répond pas au critère selon lequel l'autorisation doit être accordée de façon neutre et impartiale. Également, aucun critère n'est prévu relativement à la déclaration en vertu de laquelle l'ordonnance est délivrée ; le seul fait de mentionner qu'une enquête est en cours suffit. Le tribunal conclut que la saisie est abusive car l'expectative raisonnable du droit à la vie privée, à laquelle sont liés les documents, est violée.

30. 327 U.S. 186 (1946).

31. Voir : W.R. LAFAYE, *Search and Seizure*, 1980, p. 192.

32. *Thomson Newspapers Ltd. et al. v. Director of Investigation and Research et al.*, (1986) 54 O.R. (2d) 143 (H.C.J.)

Bien que la jurisprudence soit encore très controversée, nous croyons qu'une production de documents requise par la loi constitue une saisie au sens de l'article 8. L'interprétation du terme « saisie » que donne le juge Marceau dans *Re Ziegler* d'une part et celle de l'article 8 qu'adopte le juge Dickson dans *Southam* nous amènent à cette conclusion. Le raisonnement du juge Marceau est fondé sur l'interprétation large et libérale du terme « saisie ». Il s'attache au résultat d'une assignation *duces tecum*. À la suite d'une demande ou d'une ordonnance d'une autorité quelconque, les documents que produit une personne ne sont désormais plus en sa possession. N'est-il pas alors raisonnable de prétendre que les documents, à la suite de cette dépossession, ont été l'objet d'une saisie? Le juge Dickson, pour sa part, en adoptant l'interprétation téléologique, conclut que l'article 8 accorde à tout le moins une protection à une expectative raisonnable du droit à la vie privée. Les documents qu'une personne prend soin de conserver, qu'il s'agisse de documents personnels ou relatifs à son emploi, revêtent ce caractère privé qui est habituellement destiné à être préservé.

Dans certaines décisions, le tribunal distingue entre une production forcée de documents et une simple demande de les fournir³³. Dans plusieurs lois, particulièrement dans le domaine administratif, le processus de production de documents s'effectue généralement en deux temps. Dans un premier temps, une disposition prévoit qu'un organisme peut demander à une personne, par courrier recommandé ou autrement, de produire certains documents. Il s'agit en quelque sorte d'une mise en demeure. Dans un deuxième temps, une autre disposition prévoit qu'en cas de défaut du justiciable, une ordonnance sera délivrée afin de forcer la production des documents³⁴. Nous ne croyons pas qu'il y a lieu de faire cette distinction entre une simple demande et une ordonnance de produire les documents. Le fait qu'une personne ne soit pas obligée de fournir les documents, lorsqu'il s'agit d'une simple demande, est l'argument qui sous-tend cette distinction. À notre avis, ce raisonnement va à l'encontre de l'esprit de la protection offerte par l'article 8 qui, comme l'a signalé la Cour suprême, vise une protection avant que ne se produise la saisie. D'ailleurs, dans *Bishop v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*³⁵, le tribunal déclare :

33. *Re Gershman Produce Co. Ltd. and Motor Transport Board*, (1986) 22 D.L.R. (4th) 520 (C.A. Man.); *Re Cole and F.W. Woolworth Co. Ltd. et al.*, (1986) 22 D.L.R. (4th) 609 (Sask. Q.B.); *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta et al. (No. 2)*, (1984) 8 D.L.R. (4th) 696 (B.R. Alta.); *R. v. Oldfield*, Cour suprême de la Colombie-Britannique, 12 mai 1986 (J. McKenzie).

34. Voir : *Public Utilities Board Act*, R.S.M. 1970, c. P-280, art. 27; *Saskatchewan Human Rights Code*, 1979 (Sask.), c. S-24.1, art. 28; *Medical Profession Act*, R.S.A. 1980, c. M-12, art. 37.

35. (1986) 22 D.L.R. (4th) 185 (C.S. C.-B.).

To hold that compliance with the demand for production of documents may be a seizure, but refusal to comply with such a demand would not constitute a seizure, is unrealistic. Whether a demand for production of documents constitutes a search, or a seizure, or neither of them, should be determinable before, not after, a person is required to comply with the demand.³⁶

Quoi qu'il en soit, le fait qu'une production de documents soit assimilée à une saisie ne règle pas la question. Le problème reste entier. Il faut ensuite se pencher sur le caractère abusif ou non de la saisie.

La notion du caractère abusif est très subjective et floue. Le juge Dickson dans *Southam* affirme à propos de l'article 8 que « la garantie offerte est vague et générale ».³⁷

Dans *Re Reich and College of Physicians and Surgeons of the Province of Alberta et al.*³⁸, la Cour d'appel de l'Alberta se prononce sur la notion du caractère abusif. Selon le juge McDonald, le terme « unreasonable » signifie « without a rational basis ». À l'appui de son affirmation, le tribunal cite une décision de la Cour supérieure du Québec³⁹ où il était question de l'interprétation de l'article 1 de la Charte canadienne. Le juge McDonald fait un parallèle entre le vocabulaire utilisé dans la version anglaise des articles 1 et 8 de la Charte.

If, as I think, the word « reasonable » as used in s. 1 has the meaning I have just ascribed to it, it would be strange to attribute a meaning to that word as used in s. 8 which would demand of the legislature or the executive a standard of conduct importing a stricter criterion.⁴⁰ (C'est nous qui soulignons)

Avec toute déférence, mentionnons que la terminologie des articles 1 et 8 diffère ; il s'agit plutôt d'antonymes. De plus, la version française des mêmes articles emploie les mots « raisonnables » et « abusives ». Le juge poursuit :

Assigning the same meaning to the word « reasonable » as used in both ss. 1 and 8 is logical if Ewaschuk J. was right when he said in *Re Moore and The Queen* [...]:

Where the particular Charter provision contains its own modifier, e.g., unreasonable, arbitrary or cruel and unusual, the provision is self-defined as to what constitutes a reasonable limitation.⁴¹

36. *Id.*, p. 196.

37. *Supra*, note 16, p. 154.

38. *Supra*, note 33.

39. *Québec Association of Protestant School Boards et al. c. P.G. du Québec et al.*, [1982] C.S. 673.

40. *Supra*, note 38, p. 709.

41. *Id.*

Le juge McDonald, en se fondant sur la théorie de la signification complémentaire de deux antonymes, définit ce qui est abusif au sens de l'article 8 à partir de ce qui constitue une limite raisonnable au sens de l'article 1. Il cite abondamment la décision du juge en chef Deschênes dans *Québec Association of Protestant School Board c. P.G. du Québec*⁴² qui a conclu qu'une limite est raisonnable, selon l'article 1 de la Charte, si elle est proportionnée à l'objectif visé par la loi⁴³. Nous ne favorisons pas cette approche en raison de la terminologie employée dans la version française, d'autant plus qu'il n'est pas certain que l'article 1 puisse restreindre la portée de l'article 8⁴⁴.

Nous préférons plutôt l'approche de la Cour suprême relativement au critère du caractère abusif d'une saisie. Le juge Dickson dans *Southam* n'a pas donné la signification comme telle du terme «abusives». Il a plutôt établi des critères de base selon lesquels une fouille, une perquisition ou une saisie est considérée comme abusive. Cependant, après avoir déclaré que la Charte garantit et protège la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse, le juge Dickson affirme :

[...] cela nous amène à conclure également que la constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie ou d'une loi autorisant une fouille, une perquisition ou une saisie doit être appréciée en fonction surtout de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable.⁴⁵

Par conséquent, même si la législation vise un objectif louable, une saisie faite sous son régime peut quand même être abusive selon l'impact de la saisie sur l'objet de la saisie, soit le justiciable. Dans *Bishop v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*⁴⁶, le tribunal s'est prononcé dans ce sens. Dans cette affaire, un médecin était soupçonné d'avoir, contrairement à la loi, surfacturé la Commission des Services médicaux pour des services apportés à des patients. Le tribunal se prononce sur la

42. *Supra*, note 39, p. 701.

43. Pour une étude détaillée de l'article 1, voir: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

44. Dans *Thomson Newspapers v. Director of Investigation and Research*, (1986) 54 O.R. (2d) 143 (H.C.J.), le tribunal déclare qu'il serait difficile voire même impossible, après avoir déclaré une saisie abusive de la protéger en vertu de l'article 1; voir aussi *Re Moore and The Queen*, (1984) 6 D.L.R. (4th) 294 (H.C. Ont.); *contra: Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta et al. (No. 2)*, (1984) 8 D.L.R. (4th) 696 (B.R. Alta) (*Obiter*); *Québec Association of Protestant School Boards c. P.G. du Québec*, [1984] C.S. 673.

45. *Supra*, note 16, p. 157.

46. (1986) 22 D.L.R. (4th) 185 (S.C. C.-B.).

constitutionnalité d'une règle adoptée par le Collège des médecins en vertu d'une loi intitulée *Medical Practitioners Act*⁴⁷.

Cette règle prévoit que des documents, notamment les dossiers médicaux de patients, les états de compte ou les agendas, les registres journaliers et les cahiers de rendez-vous peuvent être enlevés temporairement aux fins de reproduction. Le tribunal suit le raisonnement de la Cour suprême selon lequel le critère du caractère abusif d'une saisie doit être établi en fonction de celui qui la subit :

It is therefore necessary to concentrate, or focus, upon the impact on the subject of the search or seizure, namely, the plaintiff, to determine whether the search or seizure is « reasonable » or « unreasonable »⁴⁸.

En l'espèce, le tribunal considère que la saisie a un impact considérable sur la pratique du médecin plaignant. La production de soixante-dix dossiers de patients peut mettre en danger leur santé pendant cette dépossession temporaire et, jumelée à la production d'autres documents, tels les cahiers de rendez-vous, il en résulterait que le médecin plaignant ne pourrait pratiquement plus exercer sa profession pendant cette dépossession temporaire. Selon le tribunal, l'impact sur le justiciable est considérable et l'emporte sur l'objectif louable et valable de l'autorité administrative qui, en l'espèce, était de garantir que le plaignant n'a pas facturé plus qu'il ne fallait la Commission des Services médicaux.

Les critères exigeants adoptés par la Cour suprême l'ont été dans un contexte d'une enquête criminelle. Comme nous l'avons mentionné auparavant, nous croyons que des critères plus souples devraient régir le droit administratif, car généralement, l'objectif des organismes administratifs est préventif ou éducatif et non répressif. Plusieurs d'entre eux exercent des fonctions de surveillance et de contrôle comme, par exemple, les organismes chargés de veiller au maintien de la qualité des services professionnels. Dans un contexte de droit criminel, l'autorité doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise pour entreprendre une enquête alors que ce n'est généralement pas le cas pour les organismes administratifs. Contrairement aux législations criminelles auxquelles tous doivent se conformer, celles à caractère administratif ne visent que des groupes de personnes qui ont accepté de façon implicite de se soumettre à ces lois et règlements.

[...] those subject to the regulations must assume that those administering the regulations can take measures to ensure compliance, including calling for the

47. R.S.B.C. 1979, c. 254.

48. *Supra*, note 46, p. 197.

reasonable expectation that a person's private documents will be available on demand to authorities investigating suspected breaches of criminal law.⁴⁹

Par conséquent, l'expectative raisonnable du droit à la vie privée, en contexte administratif, devrait être moins grande qu'en contexte criminel. À notre avis, de façon générale, le premier critère de la Cour suprême relatif à l'autorisation préalable pourrait être omis. Bien que ce critère vise à prévenir les saisies abusives avant qu'elles ne se produisent, nous sommes d'avis que devoir, dans chaque cas, convaincre un arbitre impartial sur le fondement d'une dénonciation faite sous serment qu'une infraction a été commise ou qu'une inspection ou enquête est requise peut conduire à une protection excessive du droit à la vie privée au détriment de l'efficacité des organismes administratifs et du public en général.

Les législations dans le domaine administratif devraient prévoir une procédure en deux étapes. Dans un premier temps, une simple demande de produire des documents serait envoyée au justiciable. Il s'agirait en quelque sorte d'un genre d'avis ou de mise en demeure de produire certains documents.

La loi pourrait même autoriser l'organisme à photocopier les documents dans les cas où leur dépossession entraverait de façon significative l'activité de l'administré. De plus, la loi devrait prévoir que seuls les documents pertinents peuvent être produits aux fins de l'enquête ou de l'inspection et que les demandes ou avis de production doivent indiquer avec suffisamment de précision, quels sont les documents requis. Une loi qui accorde à un organisme administratif un pouvoir non restreint de demander la production de documents pourrait être considérée comme abusive car la Cour suprême a bien laissé entendre qu'elle n'entend pas combler les lacunes législatives afin de rendre les lois conformes à la Charte⁵⁰.

Dans un deuxième temps, la loi pourrait prévoir, comme c'est d'ailleurs le cas dans certaines législations⁵¹, qu'en cas de défaut de produire les documents, une personne habilitée à agir de façon judiciaire délivrerait, sur demande *ex parte*, une ordonnance si elle est convaincue que la demande n'est pas abusive. Une alternative à cette procédure *ex parte* serait de prévoir un genre de mini-audition lors de laquelle les deux parties pourraient faire

49. *Supra*, note 32, p. 159.

50. *Hunter c. Southam*, *supra*, note 16; *Re Minister of National Revenue et al. and Kruger Inc. et al.*, (1985) 13 D.L.R. (4th) 706 (C.A.F.); *Thomson Newspapers Ltd. et al. v. Director of Investigation and Research et al.*, *supra*, note 32, p. 160.

51. *Supra*, note 34.

valoir leur position⁵². Cette solution est toutefois dangereuse car elle risque de mettre en péril l'efficacité des organismes administratifs.

Il pourra évidemment se présenter des exceptions, notamment dans les domaines de la sécurité et de la santé publique et de l'environnement, où une intervention plus directe sera nécessaire afin d'assurer la finalité de la loi et pour lesquelles les tribunaux devront établir les critères du caractère raisonnable en regard de l'article 8 de la Charte.

Conclusion

Bien qu'à chaque année l'article 8 de la Charte donne lieu à des centaines de jugements, nous constatons qu'une foule de points demeurent obscurs. C'est l'arrêt *Hunter c. Southam*, désormais célèbre, qui a permis au plus haut tribunal du pays d'interpréter pour la première fois cette disposition à laquelle il a donné une interprétation large et libérale. Selon la Cour suprême, l'article 8 offre au moins la protection de l'expectative raisonnable du droit à la vie privée. La Cour a de plus fixé des critères minimaux afin d'assurer cette protection.

L'application de l'article 8 en droit administratif constitue une préoccupation majeure des tribunaux, dont certains ont d'ailleurs suggéré, contrairement à la Cour suprême dans *Southam*, qu'un régime différent devrait régir les matières criminelles d'une part et les matières administratives d'autre part. Il est à souhaiter que les tribunaux fassent preuve de discernement et que les exigences fixées par la Cour suprême ne soient pas systématiquement appliquées dans toute matière qui relève du droit administratif. Il en résulterait une paralysie des organismes administratifs au détriment du public.

Quant aux dispositions relatives à la production de documents, la Cour suprême aura à trancher sur leur nature afin de déterminer si elles entrent dans le champ d'application de l'article 8. Si tel est le cas, les juges devront établir les critères constitutionnels applicables selon la nature et le but de chaque type d'organisme administratif en considérant certains éléments tels le but de la production de documents, la nature des documents recherchés, la personne de qui et par qui ils sont exigés ainsi que les circonstances qui entourent la production de documents.

52. Voir: A. REID et A. YOUNG, « Administrative Search and Seizure under the Charter », (1985) 10 *Queen's L.J.* 392.

L'interprétation large et libérale de la Cour suprême à l'égard de l'article 8 de la Charte permettra alors plus facilement de fixer des balises, notamment dans le domaine administratif, afin d'équilibrer les exigences de l'application des lois et l'efficacité des services publics avec celles de la protection des droits des individus et des entreprises.