

# LE SECRET DE LA VIE PRIVÉE EN DROIT PÉNAL CANADIEN

André Jodouin

Volume 5, Number 1, 1974

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059702ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059702ar>

[See table of contents](#)

---

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

---

Cite this article

Jodouin, A. (1974). LE SECRET DE LA VIE PRIVÉE EN DROIT PÉNAL CANADIEN. *Revue générale de droit*, 5(1), 43–70. <https://doi.org/10.7202/1059702ar>

---

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1974

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

---

**Érudit**

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

# LE SECRET DE LA VIE PRIVÉE EN DROIT PÉNAL CANADIEN

par André JODOUIN,

*professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa.*

En 1789, une certaine Archange Roi se rend à Montréal, chez un des juges de paix de Sa Majesté, porter plainte contre sa voisine, Marie Guertin, dite Monplaisir. Selon la dénonciation d'Archange Roi, Marie Guertin l'a grossièrement insultée, la traitant de coquine, de bougresse et bien d'autres choses encore. Et pour montrer à quel point cette Monplaisir a atteint les profondeurs de l'infamie, la dénonciatrice ajoute: «et elle ne fait aucun cas de montrer ce qui doit absolument rester caché...»

La question qui nous occupe aujourd'hui est en quelque sorte le pendant de l'indécence. Si le droit pénal prescrit dans certains cas l'effacement et la pudeur, le justiciable peut-il réclamer qu'on respecte chez lui ces qualités à titre de droit? Existe-t-il en droit pénal canadien un droit au secret de la vie privée?

## I. — LE DROIT AU SECRET: DÉFINITION ET NATURE DU DROIT.

Il n'est pas aisé de définir le secret de la vie privée. Cette valeur a des composantes sociales, culturelles, psychologiques qui la font varier dans le temps et l'espace. De même que la pudeur (et l'on pourrait suivre l'évolution de ce sentiment à travers les continents et les âges depuis qu'Adam et Ève ont pris conscience qu'ils étaient nus), ce que les gens perçoivent comme leur secret, leur intimité, est infiniment relatif. Exemple fondamental et frappant: le secret du visage que l'on protège en maintenant une distance quasi réglementaire entre son interlocuteur et soi-même dans le commerce social. Cette distance varie selon les cultures.

Néanmoins, au-delà des variations dans le temps et l'espace, il demeure chez chaque humain dans toutes les sociétés une zone qu'il voudrait privilégiée, où nul autre n'a le droit d'être sauf les cas exceptionnels d'amour ou de thérapie. Cette zone rappelle le territoire biologique, notion récemment remise en valeur par les spécialistes des sciences naturelles, qui l'ont constaté dans le règne animal. Elle comprend non seulement l'espace occupé par la personne physique mais aussi tout son domaine. Le droit de la propriété n'est-il pas une extension de cette notion de territoire biologique? De la formalité du droit romain qui exigeait que l'acquéreur d'un champ en parcourt lui-même la périphérie, on a surtout retenu le symbolisme magique. Ce symbolisme n'aurait-il pas lui-même des

racines encore plus archaïques, dans l'instinct animal? Il est troublant de constater que certains animaux ont un comportement qui rappelle cette formalité de l'ancien droit romain. D'après les observations des spécialistes des sciences naturelles, certaines espèces, dont les loups, marquent leur territoire à intervalles réguliers, en faisant le tour et en laissant des traces perceptibles à l'odorat des autres animaux.

Si l'on pousse plus loin la réflexion, on peut en arriver à découvrir une corrélation entre le territoire et le pouvoir politique: on mesure le pouvoir de chaque homme d'après le morceau de territoire qu'il contrôle. Dans les sociétés hiérarchisées, dans l'armée, par exemple, on peut mesurer très exactement le pouvoir relatif des individus par le degré d'inviolabilité de leur territoire.

Ainsi, une définition politique du secret de la vie privée consisterait à voir dans cette notion un apanage du pouvoir. La démocratisation d'une société tendrait à augmenter la part de la vie privée secrète de tous, ou à réduire le secret des grands.

Si la notion du secret de la vie privée contient un élément biologique devenu social et ensuite juridique, elle repose aussi sur l'idée de l'entre-nous, de l'interaction, qui parfois peut être privilégiée. Le privilège peut exister pour des raisons diverses: le tabou, la convention, la nécessité dictée par la politique, les affaires; dans certains cas, il est perçu comme un besoin et le droit en tient compte. C'est ainsi que dans la plupart des droits nationaux on reconnaît la notion de communications privilégiées, de secret professionnel, de secret des affaires, de secret de l'impôt, etc. Ces interactions sont, la plupart du temps, fonctionnelles et la société y trouve son compte. Ainsi, dans l'attitude respectueuse du droit envers les confidences entre époux, on perçoit l'intention de renforcer une institution socialement rentable. Le droit reconnaîtra plus facilement le secret de certaines interactions privées que le secret du territoire qui est individuel plutôt que social.

Notre définition du secret de la vie privée tiendra compte des deux composantes de la notion: le secret de la vie privée consiste dans la reconnaissance de l'inviolabilité d'un territoire personnel et du privilège accordé à certaines interactions.

Ce secret peut être compromis de plusieurs façons. Les atteintes prendront la forme soit d'une investigation dans la vie privée des gens, qui conduiront à des violations du territoire personnel, soit d'une divulgation de ce que le sujet du droit a voulu confidentiel. Cette divulgation peut avoir lieu par le fait d'autrui, lorsque, par exemple l'on publiera dans un journal une information confidentielle. Elle peut aussi avoir lieu (et là la violation prend forme à la fois d'intrusion dans la zone personnelle et de

divulgaration) lorsque le possesseur du secret est obligé par la loi de le révéler. C'est le cas du témoin que l'on force parfois à révéler non seulement des choses qu'il a observées mais aussi des détails au sujet de sa propre vie privée de façon à permettre au tribunal de juger de sa crédibilité.

Si la notion du secret de la vie privée n'est guère précise quant à son objet exact, le droit qui régit cette notion est lui aussi difficile à situer. Peut-on parler, sans abus de langage, d'un droit au secret de la vie privée?

À cet égard, deux observations s'imposent. D'une part, notre domaine d'étude est le droit pénal. Il y a lieu de s'interroger sur l'utilité qu'il y a à faire état en droit pénal d'un droit personnel au sens où on l'entend ici. Le droit pénal a son dynamisme propre qui lui est imposé par une problématique particulière : le partage constant à opérer entre la liberté de la personne et l'emprise de la collectivité. Dans cet ordre d'idées, il est utile d'avoir recours aux concepts de droits de la poursuite ou de droits de la défense : il est moins utile de tenter de situer, à l'aide des règles du droit pénal, les divers droits privés.

Il est relativement rare, en droit pénal, qu'une question soit résolue par les incidences juridiques de quelque notion civiliste. Certains croient même, au nom d'une saine politique criminelle, à la nécessité d'un divorce entre les notions civilistes et pénales<sup>1</sup>. Ainsi, quelle peut être la valeur d'explication de la théorie pénale pour une notion comme celle de la propriété? Le droit pénal est nécessairement supplétif, marginal : il sanctionne les violations les plus extrêmes du droit de propriété mais il ne le définit pas. Le droit pénal, droit public, incorpore des notions de droit privé qui lui donnent son sens et sa raison d'être, mais ces notions sont modifiées, transfigurées, existent pour ainsi dire à l'arrière plan du droit pénal. Il ne faut donc pas compter sur le droit pénal pour définir un droit, qui par sa nature, est essentiellement personnel et privé.

Autre observation qui relève des particularités du régime constitutionnel canadien : le droit pénal est de la compétence législative du Parlement fédéral, alors que le droit civil appartient aux provinces<sup>2</sup>. Dans neuf des dix provinces canadiennes, ce droit civil s'inspire de la « common law » anglaise, alors qu'au Québec, le modèle a été français. Le droit pénal lui-même est d'origine et d'inspiration anglaises. Dans la mesure où le droit pénal fait appel à des notions de droit privé, il doit transiger avec les conceptions de deux systèmes fort différents. Ainsi, si l'on en arrive à cerner, dans le droit pénal, une notion qu'on pourrait qualifier de *droit au secret*.

---

<sup>1</sup> J. C. SMITH, *Civil Law Concepts in the Criminal Law*, (1972) 31 *Cambridge Law Journal* 197.

<sup>2</sup> Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91 (27), 92 (13).

on ne saurait voir dans cette notion un prolongement de la théorie des droits de la personnalité. L'existence d'une source fédérale d'inspiration et d'origine différentes brise la continuité du droit. Seul demeure le fait juridique lui-même, justifiable par la nature des choses, de deux systèmes d'explication. Peut-on effectuer des rapprochements, des apparentements, entre les théories civile et pénale du droit au secret? Elles n'auront valeur que d'analogie. La loi est la création du législateur et chez nous il y a deux législateurs<sup>3</sup>.

Le fondement du droit au secret de la vie privée, s'il existe en droit pénal, est le Parlement souverain.

Il existe cependant un cas où, malgré les réserves que nous avons formulées plus haut, le droit civil aura une large part dans la formulation d'une infraction. C'est le cas du complot dit de *common law*, prévu à l'article 423 (2) du code criminel. Cet article incrimine le fait de comploter avec quelqu'un « d'accomplir un dessein illicite » ou « d'accomplir un dessein licite par des moyens illicites ». La jurisprudence<sup>4</sup> a établi que le dessein illicite dont il est question peut consister en la violation d'une loi provinciale (par définition, non criminelle), voire même de quelque droit civil. Voici donc un cas où le droit pénal peut accorder une protection directe à une valeur reconnue par le droit civil. Il devient donc essentiel de déterminer s'il existe, en droit civil provincial, un droit au secret de la vie privée dont la violation constituerait le « dessein illicite » d'un complot. Bien que les arrêts qui ont porté sur la question proviennent de l'Ontario et se soient fondés sur la violation d'une loi provinciale particulière (en l'occurrence la loi du téléphone, une loi ontarienne régissant les services téléphoniques<sup>5</sup>), la possibilité existe, tout au moins théoriquement, d'une protection globale du droit au secret de la vie privée contre les violations prenant forme de complot<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> En réalité, onze, le Parlement fédéral et l'Assemblée de chacune des dix provinces.

<sup>4</sup> Graham E. PARKER, *Quasi-Criminal Law: Two Problems Arising Out of Saskatchewan Cases*, (1963) 28 *Saskatchewan Bar Review* 70 et s.; *Wright, McDermott and Feeley v. The Queen*, (1964) 2 C.C.C. 201; *R. v. Layton, Ex parte Thodas et al.*, (1970) 5 C.C.C. 260.

<sup>5</sup> *R. v. Chapman and Grange*, (1973) 11 C.C.C. (2d) 84.

<sup>6</sup> On peut se poser la question quant à savoir si un simple acte illicite, un « tort » par exemple, constitue un acte illicite au sens de l'article 423 (2) C. cr. Il existe, dans ce domaine, une décision anglaise *R. v. Turner*, (1811) 104 E.R. 357 où le tribunal a refusé d'étendre le complot de *common law* de façon à punir ceux qui complotent en vue de commettre un simple « tort ».

Dans *Wright, McDermott et Feeley v. R.*, dans *R. v. Layton ex parte Thodas et al.*, et dans *R. v. Chapman et Grange*, les tribunaux ont rejeté une interprétation trop restrictive de l'art. 423 (2) C. cr. (408 (2) C. cr. ancien) qui limitait le sens du mot « illicite » contenu dans cette disposition législative pour ne couvrir que les infractions et actes criminels contenus au code criminel ou/et dans les statuts fédéraux. Ces décisions nous disent que les

Ces réserves faites — quant au fondement d'un droit éventuel au secret de la vie privée — quelle est la protection accordée par le droit pénal au territoire et aux interactions privilégiées ?

D'abord, à part le cas problématique du complot vu plus haut, aucune source unique, légale ou autre, aucune disposition de principe qui nous autorise à conclure à une protection globale du secret de la vie privée. Néanmoins, par l'étude des diverses règles de droit qui portent directement ou indirectement sur le territoire ou les interactions humaines, nous pourrions éventuellement déterminer l'état de la question au Canada. Si la réglementation démontre une tendance favorable au secret de la vie privée, nous pourrions conclure à une valeur protégée, à une liberté qui, sans avoir autorité de loi, anime et informe la législation et guide les tribunaux dans l'interprétation des textes. Si la notion du secret de la vie privée conduit les juges à infléchir leur discrétion de façon à respecter cette valeur dans la vie sociale, nous pourrions conclure que, droit formel ou non, elle reste une notion valide en droit pénal canadien.

Les sources du droit au secret en droit pénal seront nécessairement les lois fédérales qui sont seules valides en matière criminelle. Néanmoins, parmi les sources qui influencent la formation de la valeur elle-même dans la société et partant, son incorporation au droit, il faut accorder une place privilégiée au droit américain. Bien que le droit américain n'ait aucun statut officiel en droit canadien, les décisions américaines sont parfois citées dans les jugements canadiens et tendent à marquer la pensée des juristes canadiens<sup>7</sup>.

---

mots « actes illicites » au sens de l'art. 423 (2) C. cr. comprendraient les infractions pénales prévues aux statuts provinciaux. Mais, la ratio de ces jugements ne nous permet pas de conclure que l'on pourrait étendre les mots « actes illicites » pour inclure aussi de simples « torts ».

D'un autre côté, au Québec, le juge Lagarde prétend le contraire (*Droit pénal canadien*, à la page 588). Mais, il semble qu'il fait de l'extrapolation. La décision *Segal v. R.* (1925) 45 C.C.C. 32 — sur laquelle il semble s'appuyer — ne lui permet aucunement de faire une affirmation aussi large vu que dans cette cause, Segal et Simon sont accusés d'avoir conspiré avec une certaine Simone Lafamme pour commettre tout au moins une infraction prévue au code criminel.

<sup>7</sup> Les raisons de cette osmose sont nombreuses. D'abord, les jugements de la Cour suprême des États-Unis connaissent une très large diffusion populaire à cause de l'importance des questions qui lui sont soumises et de l'importance aussi de ses décisions dans la création du droit (son rôle quasi législatif est bien connu). Ensuite, un grand nombre de professeurs canadiens ont séjourné dans les facultés de droit américaines, ce qui a eu pour effet d'importer dans la doctrine canadienne les préoccupations et les techniques du droit américain. Enfin, la similarité des contextes économique, social et technique rend à peu près inévitable que les juristes canadiens ne puissent ignorer ce qui se fait aux États-Unis. Exemple frappant pour notre sujet : l'ancien Attorney General des États-Unis, M. Ramsay Clark, a témoigné devant un comité parlementaire au sujet de l'expérience américaine des tables d'écoute. La loi canadienne en la matière, adoptée en 1973, après le rapport de ce comité, porte l'empreinte des règles américaines de preuve.

Or le droit américain reconnaît le droit au secret de la vie privée. Il le reconnaît en droit civil, par l'existence du *tort* « infringement of privacy ». Il le reconnaît aussi en droit pénal à titre de doctrine constitutionnelle. Le « *right to privacy* » est un droit qui émane du régime constitutionnel américain et qui impose des limites au pouvoir de l'État d'incriminer certains comportements<sup>8</sup>. Le droit a été plaidé avec succès pour faire déclarer inopérantes, entre autres, des prohibitions contre la possession privée de matières obscènes, et contre l'utilisation de contraceptifs<sup>9</sup>. Il a même servi de base au célèbre jugement de la Cour suprême des États-Unis en matière d'avortement<sup>10</sup>.

Cette doctrine constitutionnelle américaine incorpore nécessairement au droit toute une philosophie politique qui est sans doute incompatible avec la notion de souveraineté parlementaire. Néanmoins, on peut constater une tendance au Canada à reconnaître, sinon des limites au Parlement souverain, du moins une certaine éthique qui ferait hésiter le législateur lorsque l'objet de ses lois porte sur le comportement privé des citoyens.

En 1968, le code criminel a été modifié en décriminalisant certains actes sexuels commis en privé par des adultes consentants. Le ministre de la Justice de l'époque avait (un peu crûment) justifié la modification en déclarant que l'État n'avait pas d'affaire dans les chambres à coucher des justiciables<sup>11</sup>.

Cependant, la question ne sera pas résolue par l'étude des seuls cas où la loi protège ou fait défaut de protéger le secret. Il faudra également examiner les cas où la loi crée une obligation de se révéler. Il ne faut pas oublier que l'État moderne est grand consommateur de secrets. Notre examen des sources portera donc tant sur les dispositions défavorables au secret que sur celles qui le consacrent et le protègent.

## II. — LA RÉGLEMENTATION POSITIVE DU SECRET.

Nous étudierons successivement la notion de territoire personnel et celle des interactions privilégiées. Dans les deux cas, les atteintes peuvent être le fait de particuliers ou de l'État.

<sup>8</sup> *On Privacy: Constitutional Protection for Personal Liberty*, vol. 48, n° 4, octobre 1973, *New York University Law Review*, p. 670.

<sup>9</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>10</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>11</sup> Modification intéressante puisque l'État s'enlève non pas le droit mais l'intérêt d'intervenir. Le secret de la vie privée (amoureuse) s'en trouve protégé de façon entièrement pragmatique.

## A. LE TERRITOIRE.

a) *La personne et ses symboles.*

L'élément de base du territoire personnel est sûrement la personne physique elle-même. Les atteintes à l'intégrité physique sont ordinairement réprimées par le droit pénal. Ainsi, l'article 244 du code criminel définit comme des voies de fait le fait « d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui... », « sans le consentement de cette personne, ou avec son consentement s'il est obtenu par fraude... ». La jurisprudence, consciente de l'origine de la notion, qui existait en common law à la fois comme infraction punissable et comme « tort », a interprété cet article comme pouvant s'appliquer à des atteintes relativement légères. Bien que la plupart des circonstances où se produit l'infraction ne mettent pas en cause le secret de la vie privée, il existe une situation quand même assez fréquente où la menace de la sanction prévue à cet article constitue une protection tout au moins théorique du secret de la personne. Il s'agit de la fouille par les policiers d'une personne arrêtée. D'après les règles jurisprudentielles qui ont été formulées par la common law<sup>12</sup>, la fouille peut être un incident de l'arrestation: si l'arrestation est légale, la personne arrêtée doit se laisser fouiller. (Encore doit-il y avoir des motifs raisonnables de croire que cette personne dissimule sur elle soit des preuves matérielles de l'infraction, soit une arme.) Si au contraire l'arrestation est illégale, elle est assimilée à une attaque et la personne arrêtée illégalement peut se prévaloir du droit de légitime défense que lui donne l'article 38 du code criminel.

Dans une affaire récente assez sensationnelle<sup>13</sup>, un juge québécois a décerné un mandat de perquisition original: au cours d'un vol à main armée un bandit a été blessé par une balle. Une accusation a été portée contre une personne, qui justement, était blessée au même endroit. Le magistrat, raisonnant avec justesse qu'un examen ballistique du projectile qu'on croyait logé dans le corps de l'accusé apporterait un éclaircissement de la question, ordonna une extraction chirurgicale de la balle en se fondant sur l'article 443 du code criminel, qui prévoit l'émission d'un mandat de perquisition pour rechercher des preuves qui se trouvent « dans un bâtiment, réceptacle ou lieu » (le corps humain n'est-il pas le temple du Saint-Esprit?). L'accusé s'adressa à la Cour du banc de la reine, juridiction criminelle, division d'appel pour faire annuler le mandat de perquisition. Le jugement de cette cour ne permit pas au magistrat de satisfaire sa curiosité. Le jugement se fonde principalement sur des arguments de texte mais une fois arrivé à sa conclusion, le juge s'exprime de façon plus générale, à la mode anglaise. Les conflits entre l'intérêt social et la liberté in-

<sup>12</sup> *R. v. Brezack*, 96 C.C.C. 97.

<sup>13</sup> *Re Laporte and the Queen*, (1972) 8 C.C.C. (2d) 343.



dividuelle doivent se régler de la manière la plus compatible avec la dignité humaine. La perquisition envisagée constituait une « perversion grotesque » de l'appareil judiciaire et une atteinte injustifiée à l'inviolabilité de la personne.

Hors les cas d'arrestation, la loi permet, dans certains cas spéciaux, vu la nature des infractions appréhendées, qu'un agent de la paix fouille une personne. Ainsi, l'article 103 du code criminel permet, lorsque l'agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables qu'une personne a commis une infraction à une disposition de la loi relative aux armes prohibées, de fouiller cette personne. Des dispositions semblables existent dans la loi sur les stupéfiants<sup>14</sup>, la loi sur les aliments et drogues<sup>15</sup>, et la loi sur les douanes<sup>16</sup>.

Autre violation permise de l'intégrité physique : l'article 235 du code criminel oblige le conducteur d'un véhicule à moteur, lorsque requis par un agent de la paix qui a des motifs raisonnables et probables de croire que ce conducteur a les facultés affaiblies par l'alcool, à fournir un échantillon de son haleine dans le but d'en permettre l'analyse. Son refus de le faire constitue une infraction. (Il en est de même du conducteur d'un bateau, suivant l'article 240-1 du code criminel.) Cette disposition de la loi, adoptée en 1969 au Canada, après que l'expérience anglaise en eut révélé les bienfaits sociaux, semble aller à l'encontre du principe « *Nemo tenetur seipsum accusare* » et viole sûrement le secret puisqu'elle porte atteinte à l'intégrité physique. Néanmoins, les considérations philosophiques ont cédé dans ce cas à l'impératif social qui consistait à réduire le nombre d'accidents de la route causés par l'alcool.

Avant la création de cette obligation de fournir un échantillon d'haleine, la jurisprudence canadienne avait décidé que les échantillons de sang, d'urine ou d'haleine obtenus sans le consentement de l'accusé étaient admissibles en preuve<sup>17</sup>. Deux observations à ce sujet : la prise sans consentement d'un échantillon de sang peut constituer un acte criminel, des voies de fait, selon les articles 244 et 245 du code criminel; l'obtention d'une preuve par des moyens criminels ne rend pas la preuve inadmissible en droit canadien. Cette contradiction apparente du droit rend difficile à apprécier la protection que l'on accorde au territoire personnel : doit-on conclure qu'il est protégé à cause de l'existence d'une disposition qui incrimine l'atteinte à l'intégrité physique ou doit-on au contraire conclure qu'il est insuffisamment protégé puisque les tribunaux acceptent d'utiliser le fruit d'une atteinte à l'intégrité physique ?

<sup>14</sup> S.R.C. 1970, ch. N.-I., art. 10.

<sup>15</sup> S.R.C. 1970, ch. F. -27, art. 37.

<sup>16</sup> S.R.C. 1970, ch. C. -40, art. 143.

<sup>17</sup> *Proc. général du Québec v. Bégin*, 1955 R.C.S. 593.

Enfin, toujours en ce qui regarde l'inviolabilité des secrets de la personne, la jurisprudence a admis dans certains cas qu'on pouvait forcer un témoin à exécuter un spécimen d'écriture afin d'en permettre l'expertise<sup>18</sup>. Bien que le cas soit contesté, il s'agit d'une atteinte très nette au secret de la personne, l'écriture révélant les habitudes mentales de son auteur.

Il semble donc que le secret de la vie privée cède devant les impératifs de la recherche de la vérité qui marquent le procès criminel.

L'attentat à la pudeur, article 149 du code criminel, présente aussi une protection du territoire personnel. Apparentée aux voies de fait, cette infraction ne s'adresse toutefois qu'aux violations *physiques* de la pudeur. Deux affaires récentes le démontrent bien. Dans la première cause<sup>19</sup>, il s'agit d'un imposteur qui se fait passer pour médecin et à la faveur de cette supercherie, fait subir des examens gynécologiques à ses victimes. Dans la seconde<sup>20</sup>, un médecin obtient le consentement d'une de ses patientes à ce qu'un tiers assiste à un examen gynécologique en faisant passer ce tiers pour médecin, alors qu'il est en réalité musicien. Dans *Maurantonio*, l'imposteur est condamné; dans *Bolduc & Bird*, les deux mauvais plaisants sont acquittés puisque les touchers n'ont été faits que par le seul médecin: l'autre n'était que spectateur. Ces affaires démontrent bien les limites de la protection pénale du territoire personnel et l'expression de Carbonnier « *le noli me tangere* fondamental » prend un sens tout littéral<sup>21</sup>.

Le principe de la légalité défend l'extension de l'infraction d'attentat à la pudeur aux violations par le seul regard. Cependant, avant 1955, on admettait au Canada l'existence d'infractions de *common law*, c'est-à-dire d'infractions créées par les tribunaux par l'extension de quelque doctrine pénale. En 1950, nonobstant cette règle, la Cour suprême du Canada avait refusé de considérer criminelle la conduite d'un individu qu'on avait surpris alors qu'il observait de l'extérieur d'une maison par la fenêtre, la toilette d'une dame<sup>22</sup>. L'infraction « être un Peeping Tom » n'existe pas au Canada<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> *R. c. Whittaker*, 42 C.C.C. 162; *Kalmet v. Keiser*, 1911 (47) R.C.S. 402.

<sup>19</sup> *Regina v. Maurantonio*.

<sup>20</sup> *Bolduc & Bird c. R.*

<sup>21</sup> On serait tenté de rappeler ici le jugement de Daniel: la sentence imposée aux vieillards devait punir leur faux témoignage et non l'atteinte commise par eux à la pudeur de Suzanne (Livre de Daniel, ch. 13). Il va sans dire que les règles déontologiques des médecins constituent la meilleure protection de la pudeur des malades. Ainsi, nul doute que le médecin dans cette affaire a été sévèrement puni par l'organisme disciplinaire de l'association professionnelle dont il faisait partie.

<sup>22</sup> *Frey c. Fedoruk*, 1950 R.C.S. 517.

<sup>23</sup> Ni en Angleterre. D'ailleurs la légende veut que le « Peeping Tom » originel, qui avait violé la pudeur de Lady Godiva en se délectant de la nudité de celle-ci, avait été puni par l'opération de la justice immanente: il avait été frappé sur le coup de cécité. Devant la terrible efficacité de cette sanction, les Anglais auraient-ils eu l'humilité de laisser à la Providence l'incrimination de la violation par le regard de la vie privée d'autrui?

À mesure que l'on prend de la distance par rapport à la personne physique, les interventions du droit se font moins urgentes et sont soumises à des conditions de plus en plus distinctes des exigences du territoire.

Ainsi, en ce qui regarde le nom, l'image et la réputation, on ne trouve guère que deux dispositions du droit pénal qui en font état, la supposition de personne<sup>24</sup> et le libelle diffamatoire<sup>25</sup>. Encore que la première de ces infractions exige que le coupable ait agi soit avec l'intention de s'avantager lui-même, ce qui équivaut à la fraude, soit avec celle de nuire au titulaire du nom. L'infraction est classée dans la partie VIII du code, qui porte le titre « Opérations frauduleuses en matière de contrats et de commerce ».

L'autre infraction, le libelle diffamatoire, est prévue à la partie VI du code criminel, « Infractions contre la personne et la réputation ». L'article 262 (1) nous renseigne sur sa nature. C'est « une matière publiée sans justification ni excuse légitime et de nature à nuire à la réputation de quelqu'un en l'exposant à la haine, au mépris ou au ridicule, ou destinée à outrager la personne contre qui elle est publiée ». C'est la publication qui constitue l'infraction, et la vérité de l'affirmation ne saurait en soi constituer une défense, puisque le code prévoit deux peines différentes, l'une pour le libelle diffamatoire, de deux ans, et l'autre, de cinq ans pour le libelle diffamatoire délibérément faux. Autre condition, le libelle doit être matériel, c'est-à-dire, « en mots lisiblement marqués sur une substance quelconque, ou au moyen d'un objet signifiant un libelle diffamatoire autrement que par des mots ». Les défenses prévues pour le libelle sont la justification ou excuse légitime, par quoi on entend ordinairement qu'un intérêt raisonnable peut parfois exiger la révélation de faits dommageables pour la réputation d'autrui. Ainsi, il serait permis de révéler certaines tares morales de nature privée d'un candidat à un poste qui exige les qualités morales contraires. Si je sais de source sûre que le scoutmestre est pédophile, je peux le faire savoir, même par écrit, aux autorités compétentes.

*b) La propriété, extension de la personne.*

Le droit pénal consacre l'inviolabilité de la propriété immobilière et particulièrement de la maison d'habitation en la protégeant à la fois contre la violation par les particuliers et contre les invasions officielles. Cette protection profite accessoirement au secret de la vie privée puisqu'elle lui assure un lieu de prédilection pour s'exercer. La protection est à la fois publique et privée. Publique puisque le droit a incriminé un certain nombre de violations de la propriété d'autrui; privée parce qu'il reconnaît au

---

<sup>24</sup> Art. 361, code criminel.

<sup>25</sup> Art. 261 et s.

particulier le droit de défendre l'exclusivité de sa possession, même par la violence, le cas échéant.

Les articles 306 et 307 du code criminel incriminent respectivement l'introduction par effraction dans un endroit et la présence illégale dans une maison d'habitation. La première violation distingue la maison d'habitation des endroits autres qu'une maison d'habitation (magasins, entrepôts, etc.). L'infraction, si elle est commise dans une maison d'habitation est susceptible d'entraîner l'emprisonnement à perpétuité; dans les autres cas, un emprisonnement de quatorze ans. L'introduction par effraction comprend (article 308 du code criminel) l'introduction dans l'endroit d'une partie du corps de l'auteur de l'infraction, ou de l'instrument qu'il emploie pour effectuer l'introduction, l'introduction par menaces, fraude ou collusion avec une personne se trouvant à l'intérieur et même l'introduction sans justification par une ouverture permanente ou temporaire.

La présence illégale, la seconde infraction dans cette famille de crimes, est susceptible d'un emprisonnement de dix ans. Condition cependant à la condamnation pour l'une ou l'autre des infractions, le prévenu doit avoir eu l'intention de commettre à l'intérieur de la maison, un acte criminel. Bien que la preuve de l'introduction par effraction ou de la présence illégale crée une présomption d'intention criminelle, l'accusé sera acquitté s'il soulève un doute dans l'esprit du tribunal qu'il n'avait pas cette intention. L'arrêt *Massue c. R.*<sup>26</sup> est très éloquent à ce sujet. Dans cette affaire, il s'agit d'un enquêteur privé qui avait pénétré dans le domicile d'un particulier pour prendre des photographies qui devaient prouver l'adultère d'une femme dans des procédures de divorce intentées contre elle par son mari. L'accusé a été trouvé coupable de l'infraction puisqu'on a jugé qu'il avait eu l'intention, une fois dans la maison, d'avoir recours à la violence pour vaincre la résistance de ceux qui s'opposaient à son dessein. Néanmoins, ce qui est significatif, c'est qu'aucun des juges en appel ne s'est opposé à la déclaration du juge de première instance que «le fait de s'introduire dans un domicile pour y prendre des photographies et rechercher une preuve nécessaire n'est pas en soi un acte criminel, bien que ce but ne justifie ni n'excuse la violation de ce domicile». L'intention de pénétrer dans la maison d'autrui, l'intention de prendre une photographie sans autorisation, ne sont pas criminelles.

On voit donc que les infractions d'introduction par effraction et de présence illégale protègent de façon accessoire seulement le domicile d'habitation. Le but du législateur est de prévenir les actes criminels; le fait que ces infractions aient eu lieu dans une maison d'habitation constitue une circonstance aggravante.

---

<sup>26</sup> *Massue c. R.*, 1966, 44 C.R. 118.

Plus directe est l'infraction prévue à l'article 173 du code criminel : « Quiconque, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, flâne ou rôde la nuit sur la propriété d'autrui, près d'une maison d'habitation située sur ladite propriété, est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité<sup>27</sup>. » Les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité sont susceptibles d'une peine relativement légère : 6 mois de prison, \$300,00 d'amende ou des deux peines à la fois. Dans l'arrêt *R. c. Andsten et Petrie*<sup>28</sup>, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu un verdict de culpabilité contre deux détectives privés qui avaient enfreint les dispositions de cet article. Comme dans l'arrêt *Massue*, le but poursuivi était la recherche de preuves pour un procès de divorce. Comme dans l'arrêt *Massue*, on a jugé que cette recherche de preuves était licite. Néanmoins, elle ne saurait constituer l'excuse légitime dont parle l'article. Cette excuse doit rendre le « trespass » innocent et le but poursuivi ne peut bonifier les moyens employés.

Paradoxalement, l'infraction plutôt légère incriminée à l'article 173, code criminel, semble offrir une protection plus efficace du secret de la maison d'habitation que les infractions plus graves des articles 306 et 307. Ces dernières, avec leur exigence d'intention criminelle ultérieure, ne sauraient protéger contre les effractions commises par d'honnêtes gens dont le seul but serait de violer l'intimité des occupants de la maison. De plus, l'article 173 n'aurait aucune application aux faits qui constituent l'élément matériel de 306 ou de 307 puisque dans ces crimes, on ne peut dire que les accusés flânent ou rôdent « près d'une maison d'habitation ». Le sens ordinaire des mots et le principe de la légalité militent ensemble contre une telle interprétation.

Si le droit pénal spécial n'offre qu'accessoirement une protection du secret de la maison d'habitation, en revanche les principes généraux du droit pénal permettent à l'occupant résolu d'agir lui-même pour sauvegarder son intimité. Les articles 40, 41 et 42 du code criminel régissent la défense de la propriété immobilière. Ces articles, une codification de la *common law* en la matière, font appel à certaines notions anglaises de la propriété. Ainsi, on assiste dans ces dispositions, à des débats acerbes entre des « possesseurs paisibles », des « intrus » et des « possesseurs en vertu d'un droit invoqué ». Malgré la différence de formulation, les notions anglaises ne sont pas incompatibles avec le droit civil de la propriété puisqu'elles défendent essentiellement les mêmes valeurs et les mêmes droits.

---

<sup>27</sup> L'infraction a été créée postérieurement au jugement de la Cour suprême dans *Frey c. Fedoruk* (*supra*, note 22) sans doute pour combler la lacune que cet arrêt avait constatée dans le droit pénal.

<sup>28</sup> *R. c. Andsten et Petrie*, 1960, 33 C.R. 213.

Les articles en question, qu'ils portent sur la défense de la maison d'habitation ou du bien-fonds, insistent sur deux idées principales : celui qui est en possession paisible d'une maison ou d'une propriété mobilière peut défendre sa possession même en ayant recours à la force si nécessaire; on ne doit employer que la force nécessaire dans les circonstances et tout excès de force est criminel. Une particularité propre à la défense de la maison d'habitation : celui qui défend sa maison n'est pas tenu d'éviter le combat alors que dans les autres cas de légitime défense, l'existence d'une avenue de retraite risque de compromettre la possibilité pour le défenseur de plaider l'état de nécessité, condition d'exercice du droit.

La règle qui ressort des articles précités permet donc l'utilisation de la force pour faire cesser une intrusion injustifiée. Fait assez remarquable : on personnalise la propriété puisque l'intrus qui résiste à une tentative par le possesseur paisible de faire cesser l'intrusion est, suivant les termes de l'article 41 (2), « réputé avoir commis des voies de fait sans justification ni provocation ». On assimile donc l'intrusion sur la propriété d'autrui à une attaque contre sa personne. Cette disposition s'ajoute aux arguments en faveur de la notion de territoire personnel.

Les conséquences de la défense de la propriété immobilière pour le droit au secret sont très importantes. Même si la force publique n'est pas mise en action par une intrusion, la propriété servira de rempart contre les atteintes au secret. La protection dans ce cas peut n'être qu'indirecte, accessoire, elle sera quand même efficace. De plus, puisque le principe énoncé dans ces articles est général, il s'applique à toutes les situations où il peut y avoir intrusion, c'est-à-dire atteinte injustifiée. Or, les représentants de l'État, les agents de la paix, n'ont de pouvoirs que ceux que la loi leur confère spécialement. Il est donc admis que l'on peut interdire l'accès de sa maison ou de sa propriété même aux agents de la paix, en utilisant au besoin, la force nécessaire. Un des arrêts de principe dans ce domaine<sup>29</sup> porte justement sur la défense de la maison d'habitation contre l'autorité publique elle-même.

Comme nous l'avons vu dans les arrêts *Massue*<sup>30</sup> et *Andsten et Petrie*<sup>31</sup> l'enquête privée, fût-ce pour le motif louable de surprendre quelque épouse en flagrant délit d'adultère, ne justifie pas une atteinte au droit de propriété. Cependant, le code criminel et quelques lois connexes prévoient, exceptionnellement, la recherche des preuves jusque dans la maison d'autrui.

---

<sup>29</sup> *Semayne's Case*, (1604), 5 Co. Rep. 91a; 77 E.R. 194.

<sup>30</sup> *Supra*, note 26.

<sup>31</sup> *Supra*, note 28.

Le droit de perquisitionner est un droit exceptionnel qui ne peut s'exercer que dans les cas spéciaux prévus par la loi. Le code criminel, à l'article 443, accorde au juge le droit d'émettre un mandat pour autoriser la perquisition en tout lieu en vue de saisir toute chose qui est susceptible de servir de preuve dans une instance criminelle ou toute chose que l'on croit pour des motifs raisonnables destinée à servir à commettre une infraction.

Il est à noter que le mandat de perquisition n'autorise que la recherche de preuves matérielles, d'objets, de documents, etc. Il ne permet pas l'espionnage électronique des conversations<sup>32</sup>. Le magistrat ne devrait l'accorder que pour des motifs sérieux.

Le mandat devra décrire avec précision la chose que l'on recherche et les lieux où il peut s'exercer. A moins d'une autorisation spéciale du magistrat, il permet d'entrer dans un lieu de jour seulement.

Le code criminel prévoit des mandats particuliers en matière d'infractions contre l'ordre public et les bonnes mœurs. Le mandat accordé pour perquisitionner dans les maisons de jeu ou les « maisons de désordre » permet d'entrer dans ces lieux même la nuit.

Enfin, en matière d'armes à feu, le code, à l'article 103, donne à tout agent de la paix le droit de perquisitionner sans mandat lorsqu'il croit pour des motifs raisonnables à la commission d'une infraction relative aux armes à feu. Cependant, ce droit de perquisitionner ne peut s'exercer dans une maison d'habitation.

Les règles très strictes concernant les mandats de perquisition sont considérablement élargies en ce qui regarde le « mandat de main-forte », le *Writ of assistance*. Alors que le mandat de perquisition est décerné par un magistrat à un agent de la paix, pour perquisitionner dans un endroit désigné, dans le but d'y trouver des choses précises, alors que le magistrat a toute latitude pour refuser d'émettre le mandat s'il n'est pas satisfait des raisons invoquées par l'agent de la paix qui le demande, il n'en est pas ainsi quant au mandat de main-forte. Ce mandat est décerné à certaines personnes en particulier, un agent de la Gendarmerie royale ou un officier de la Couronne fédérale, en raison de leur fonction. Le mandat n'est pas précis quant à son objet ni quant au lieu où il peut s'exercer. Il n'a pas de limite dans le temps et reste valide durant toute la carrière de l'agent de la paix qui le reçoit. Le juge de la Cour fédérale, qui seul a autorité pour décerner un mandat de main-forte, n'a aucune discrétion pour le refuser à un agent de la paix pour qui le Procureur général du Canada demande un tel mandat. La seule condition que peut exiger le juge est que la personne

---

<sup>32</sup> *Re Bell Telephone Co. of Canada*, 89 C.C.C. 196.

qui se présente pour recevoir le mandat soit bien celle qui est nommée dans la demande du Procureur général<sup>33</sup>.

Quatre lois canadiennes, la loi sur les douanes<sup>34</sup>, la loi sur l'accise<sup>35</sup>, la loi sur les stupéfiants<sup>36</sup>, la loi sur les aliments et drogues<sup>37</sup>, permettent l'émission de mandats de main-forte. On peut s'interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur à prévoir dans ces lois des atteintes aussi considérables à l'inviolabilité du domicile et de la vie privée. Bien que les pouvoirs accordés aux agents de la paix en vertu de ces mandats n'aient jamais été utilisés de façon abusive au Canada (pour des motifs politiques, par exemple) leur existence même est surprenante et semble aller à l'encontre de la politique criminelle canadienne.

Un agent de la paix autorisé par un mandat de perquisition ou un mandat de main-forte peut pénétrer jusque dans une maison d'habitation et, le cas échéant, se servir de la force nécessaire à cette fin. L'occupant du lieu ne peut opposer aucune résistance sous peine de commettre une batterie d'infractions criminelles : entrave à la justice, voies de fait contre un agent de la paix dans l'exercice de ses fonctions, voies de fait simples.

Si, au contraire, l'agent de la paix n'est pas autorisé, soit qu'il ne se conforme pas aux conditions prescrites par le mandat (en entrant de nuit plutôt que de jour par exemple) soit qu'il n'ait pas de mandat, le possesseur paisible de la maison peut lui résister par la force et l'agent de la paix se verra peut-être condamné pour voies de fait s'il persiste. Néanmoins, la preuve recueillie même dans l'illégalité ne sera pas pour autant exclue du procès<sup>38</sup>.

Nous retrouvons donc en matière de défense de la propriété une situation semblable à celle que nous avons étudiée en ce qui regarde la légitime défense de la personne. Comme l'agent de la paix qui se livre à des recherches sur la personne d'un suspect risque, s'il n'agit pas strictement selon la loi, de commettre des voies de fait et de se voir exposé à une riposte violente et justifiée de la part de son suspect, de même l'agent de la paix qui outrepassé les pouvoirs que lui confère la loi en matière de perquisition risque de voir la loi se retourner contre lui et le qualifier d'intrus avec tous les dangers et les inconvénients que peut entraîner ce statut. A plus forte raison, une personne qui ne serait pas agent de la paix (et c'est le cas des enquêteurs et des détectives privés<sup>39</sup>) viole le droit de propriété, et partant, le secret du territoire d'autrui, à ses risques et périls.

<sup>33</sup> *Re Writs of Assistance*, 2 Ex. C.R. 646.

<sup>34</sup> 1970 S.R.C. C-40, art. 145.

<sup>35</sup> 1970 S.R.C. C-12, art. 78.

<sup>36</sup> 1970 S.R.C. N-1, art. 10.

<sup>37</sup> 1970 S.R.C. F-27, art. 37.

<sup>38</sup> *Kuruma v. R.*, 1955 A.C. 197.

<sup>39</sup> Code criminel, art. 2.



## B. LES INTERACTIONS.

Il est utile de distinguer le secret des interactions de façon générale et ce qu'il advient de ce secret lors de procédures judiciaires.

La règle de droit suivra l'intérêt qu'on aura jugé prédominant: l'intérêt du particulier à garder le secret sur certaines interactions, ou l'intérêt de la société de faire la lumière sur ce qui s'est passé (ou sur ce qui se passe, le cas échéant). Y a-t-il lieu d'abord de distinguer l'origine de l'intérêt en cause? Que je garde secrète ma vie privée à l'encontre de mes concitoyens, la société ne pourra s'en émouvoir: que je refuse de me révéler à l'État, voilà qui est plus délicat. Pourtant, en matière de secret, c'est surtout l'État qu'il faut craindre parce que c'est surtout lui qui a les ressources de porter une atteinte efficace au secret des particuliers et il peut le faire en toute légalité parce que c'est lui qui fait la loi. Il est juge et partie dans sa propre cause. Cependant, la confidentialité de certaines interactions est un principe fonctionnel que l'État même aura avantage à respecter. Le sort qu'on fait à la confidentialité et au secret de certaines interactions se situe dans la politique criminelle plus large d'un système de poursuite qu'on a voulu accusatoire. Il en ressort donc des règles très nuancées, des règles d'exception qui permettront à l'État et à nul autre que lui, de porter atteinte à des interactions qui seront, à tous autres égards, privilégiées. Pourquoi le principe de la confidentialité des postes lie-t-il l'État? Parce que, en l'absence d'une telle règle, on assisterait à la création d'un service parallèle, voire même clandestin, qui introduirait un élément de désordre dans la société. L'État accepte donc d'être lié par le secret des lettres-missives.

Le secret que l'État accorde à certaines interactions est-il absolu? La problématique qu'on avait établie au niveau de la découverte des preuves n'est plus en vigueur une fois que les faits justifient de passer à l'étape suivante: le procès criminel. Dans ce cas, la règle première, dictée à la fois par l'urgence et par certaines probabilités factuelles qui ressortent de la situation, est la recherche de la vérité. Au procès criminel, la protection du secret fondée sur l'intérêt social est plus restreinte et le tribunal admet qu'on lui présente certaines preuves que la loi interdit de rechercher.

Nous verrons d'abord ce qu'il advient du secret des interactions humaines en temps ordinaire, et en particulier quelles atteintes lui sont portées par les enquêtes criminelles; nous étudierons ensuite dans quelle mesure les règles de la preuve permettent des atteintes à des zones de la vie privée, qu'il s'agisse du territoire ou de l'interaction, que le citoyen a normalement le droit de protéger.

Il est une zone traditionnellement protégée en droit pénal canadien, celle des communications. Jusqu'à maintenant, le droit s'est surtout oc-

cupé de protéger la communication à distance, laissant aux particuliers le soin de surveiller leur conversation. Encore que la common law du temps de Blackstone incriminait les « eavesdroppers », ceux qui écoutent aux portes et aux fenêtres pour surprendre des conversations privées et causent du scandale en les divulguant<sup>40</sup>. Cette infraction n'est plus, ni en *common law*, ni en droit pénal canadien<sup>41</sup>.

Le code criminel prévoit des infractions ayant trait au courrier. La loi des postes<sup>42</sup> crée également des infractions : l'article 58 incrimine le fait d'ouvrir, de garder, de cacher, de retarder ou de retenir « un sac postal, une lettre confiée à la poste, un autre envoi postal ou un récipient autorisé pour le dépôt du courrier... ». La peine prévue par la loi, à l'article 76, est de \$3000.00 d'amende ou trois années d'emprisonnement, ou les deux peines à la fois.

Par ailleurs, l'article 43 de la même loi déclare le courrier insaisissable<sup>43</sup>. La rédaction de cet article nous permet de conclure à la protection même à l'encontre d'un mandat de perquisition.

Quant à la censure par des fonctionnaires du ministère des Postes, elle n'existe pas. L'article 7 qui permet au « ministre des Postes » d'interdire la livraison du courrier lorsque l'on croit que la poste va servir de moyen de commettre une infraction criminelle, prévoit l'ouverture du courrier par une commission de révision, mais seulement lorsque la « personne en cause » y consent. La personne en cause est celle dont on soupçonne qu'elle veut utiliser la poste pour commettre une infraction. L'article 5, qui énumère les pouvoirs du ministre, prévoit à l'alinéa « r » qu'il peut, pour décider si on a observé les conditions d'utilisation de la poste, « ouvrir tout courrier autre que des lettres confiées à la poste ». Voilà donc assurée la confidentialité de la lettre-missive. Cependant, lorsqu'elle arrive à son destinataire, elle est la propriété de ce dernier et il peut en faire ce qu'il désire, y compris en divulguer le contenu, sauf recours civil.

Les communications téléphoniques jouissent au Canada d'une certaine protection contre l'écoute électronique. D'une part, certaines provinces canadiennes ont légiféré en la matière. Le Manitoba<sup>44</sup>, la Nouvelle-Écosse<sup>45</sup>, l'Alberta<sup>46</sup> et l'Ontario<sup>47</sup>, en vertu de leur pouvoir

<sup>40</sup> *Commentaries on the Laws of England*, sir William Blackstone, vol. 4, ch. 13, n° 5.

<sup>41</sup> *R. v. Mason*, 1918, 39 D.L.R. 54; voir aussi l'article 8, code criminel.

<sup>42</sup> S.R. c. 212 (S.R.C. 1970, p. 14).

<sup>43</sup> Nonobstant les dispositions de quelque autre statut ou loi, nul objet ne peut être réclamé, saisi ou détenu pendant qu'il est en cours de transmission par la poste...

<sup>44</sup> R.S.M. 1970, ch. T. 40.

<sup>45</sup> R.S.N.S. 1967, ch. 273.

<sup>46</sup> R.S.A. 1970, ch. 12.

<sup>47</sup> R.S.O. 1970, ch. 457.

constitutionnel d'assortir les devoirs civils d'une sanction pénale afin d'en renforcer l'obligation, ont prévu des infractions portant sur la violation de la confidentialité des conversations téléphoniques. Au Québec, l'article 23 de la loi des sociétés de télégraphe et de téléphone<sup>48</sup> défend, sous peine d'un emprisonnement d'au plus trois mois et d'une amende d'au plus \$100.00 à un employé d'une compagnie de téléphone de divulguer le contenu d'un message téléphonique, sauf lorsqu'il est autorisé de le faire.

Cependant, dans l'arrêt *Re Copeland et Adamson*<sup>49</sup>, on a jugé que «l'interception» prévue à l'article exigeait que la conversation fût empêchée. L'objet de la loi serait la protection de l'équipement et du service de la compagnie de téléphone plutôt que la protection de la confidentialité des conversations téléphoniques.

La protection prévue par les lois provinciales et la loi fédérale apparaît donc inadéquate. Leur principal objet n'est pas le secret<sup>50</sup>. C'est également le cas de toutes les infractions classiques qui peuvent avoir un certain effet pour la protection de la vie privée: elles défendent d'autres valeurs que la vie privée ou elles incriminent d'autres atteintes que celles qui sont portées au seul secret.

C'est pourquoi une nouvelle loi<sup>51</sup>, adoptée en 1973 par le Parlement canadien et qui doit entrer très prochainement en vigueur<sup>52</sup>, présente un intérêt très considérable pour notre sujet. Le titre de la loi, «Loi sur la protection de la vie privée» annonce une intention de régir généralement le domaine: le titre est trompeur et cache des ambitions plus modestes. Elle protège les communications contre les investigations non autorisées. Elle le fait en employant le moyen classique de l'incrimination mais aussi en ayant recours à des notions jusqu'ici nouvelles, ou tout au moins exceptionnelles en droit pénal canadien, en matière de preuve et de procédure.

La nouvelle loi incrimine l'interception de communications privées «au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre», la divulgation de ces communications ainsi que la possession, la vente ou l'achat d'un dispositif principalement destiné à l'interception

---

<sup>48</sup> S.R.Q. 1964, ch. 286.

<sup>49</sup> 1972, 28 D.L.R. 3rd 26.

<sup>50</sup> Encore que dans l'arrêt *R. c. Chapman et Grange*, la violation de la loi ontarienne a servi de fondement à une condamnation pour complot de *common law*. Mais là encore, les seules atteintes visées seraient le fait de plus d'une personne: l'infraction de complot exige une multiplicité de complices.

<sup>51</sup> Loi modifiant le code criminel, la loi sur la responsabilité de la Couronne et la loi sur les secrets officiels.

<sup>52</sup> Article 7. «La présente loi entrera en vigueur à une date qui sera fixée par proclamation.»

clandestine des communications. La communication privée est toute communication orale ou toute télécommunication faite dans des circonstances où son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne parvienne qu'à son destinataire. Il ne s'agit donc plus de la seule communication à distance.

La première infraction, qui figurera au code criminel à l'article 178.11, incrimine l'interception volontaire d'une communication privée. L'infraction ne vise pas le cas où l'auteur ou le destinataire ont expressément ou tacitement consenti à l'interception, l'interception autorisée par la loi, l'interception rendue nécessaire pour des raisons techniques ayant trait à la fourniture de services de communications ou l'interception constituée par le contrôle au hasard «qui est nécessairement accessoire à la régulation du spectre des fréquences de radiodiffusion au Canada».

L'infraction prévue au nouvel article 178.11 rend son auteur passible d'un emprisonnement de cinq ans.

L'infraction de possession, vente ou achat d'un dispositif d'écoute clandestine est punissable par deux années d'emprisonnement. Cette infraction cherche à prévenir les actes préparatoires, technique souvent utilisée en droit pénal spécial canadien. C'est le cas par exemple de l'infraction de possession d'outils de cambrioleurs.

L'article 178.2 rend passible d'un emprisonnement de cinq ans toute personne qui, sans le consentement tacite ou exprès de l'auteur ou du destinataire d'une communication interceptée, utilise un renseignement obtenu au moyen de l'interception ou divulgue un tel renseignement ou même, révèle l'existence de la communication. L'infraction ne s'applique pas à la divulgation faite à un agent de la paix dans l'intérêt de la justice, à la divulgation lors d'un témoignage où la communication serait admissible comme preuve, à la divulgation faite lors d'une enquête criminelle lorsque l'interception a été autorisée.

Innovation frappante et d'une constitutionnalité suspecte<sup>53</sup>: le tribunal qui condamne un accusé pour une infraction prévue aux articles 178.11 ou 178.2 peut également, sur demande de la personne lésée, imposer des dommages punitifs d'au plus \$5.000,00<sup>54</sup>. Le seul précédent législatif canadien d'une telle disposition est l'article 653 du code criminel qui permet au juge d'ordonner à l'accusé de payer les dommages réels causés à sa victime.

La disposition est d'autant plus troublante qu'elle ne cadre pas avec le droit de la responsabilité du Québec, qui n'admet pas les dommages

---

<sup>53</sup> L'article 92 (13) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique réserve aux provinces la compétence législative en matière de propriété et de droits civils.

<sup>54</sup> 178-21, loi C-176.

punitifs. Le moins qu'on puisse dire de la nouvelle disposition, c'est qu'elle est litigieuse. Du point de vue de la *common law*, cependant, on peut se demander si l'on n'assiste pas, de la part d'une autorité malheureusement incompétente en la matière, à une tentative de reconnaissance légale d'un nouveau *tort*, le *infringement of privacy*.

Les infractions de la nouvelle loi ne s'appliquent pas lorsque l'interception a été autorisée. Ces interceptions « autorisées » figurent à titre exceptionnel dans la loi. On les a entourées de précautions extraordinaires. Néanmoins, les adversaires de l'utilisation des tables d'écoute par la police ont maintenu leur opposition. La loi, disent-ils, reconnaît maintenant le pouvoir des policiers d'intercepter les communications privées et sanctionne une violation du secret de la vie privée. La situation qui existait avant la loi ne pouvait que constituer une tolérance, état beaucoup moins grave au plan des principes.

La situation avant l'adoption de la nouvelle loi était floue. La seule contrainte qui restreignait l'utilisation de tables d'écoute était la loi incorporant la Compagnie de Téléphone Bell<sup>55</sup>, qui, nous l'avons vu, n'était guère efficace à cause de l'exigence de l'intention « malicieuse », qui, suivant une certaine jurisprudence ne pouvait s'appliquer aux policiers dans leur lutte contre la criminalité. La nouvelle loi mettra certainement de l'ordre dans cet état de choses et restreindra sûrement les violations des communications privées.

C'est que les conditions pour que l'on autorise l'interception sont très exigeantes. D'abord, la loi limite l'utilisation de ce moyen extraordinaire d'enquête aux crimes jugés à la fois suffisamment graves et susceptibles d'être découverts par l'emploi des techniques d'interception<sup>56</sup>. Ainsi, la liste comprend des crimes tels que la trahison, le détournement d'avion, la corruption de fonctionnaire, l'enlèvement et la fraude, pour n'en nommer que quelques-uns. Ironie involontaire: la liste comprend également le nouveau crime d'interception de communications privées créé par la loi C-176!

Enfin, et c'est une des innovations controversées de la nouvelle loi, on peut utiliser les tables d'écoute et autres moyens d'interception pour faire enquête relativement à « tout acte criminel au sujet duquel il y a des motifs raisonnables et probables de croire qu'il fait partie d'un ensemble d'infractions semblables ou connexes commises par deux personnes ou plus agissant de concert et que ce genre d'infractions fait partie d'activités de crime organisé ». Cette notion de « crime organisé » n'existait pas

---

<sup>55</sup> Loi sur la Compagnie de Téléphone Bell incorporation, 1880 S.C., ch. 67, art. 25.

<sup>56</sup> 178.1, loi C-176.

auparavant comme catégorie légale bien que le fait lui-même soit connu depuis longtemps. La définition proposée par la loi fera sûrement l'objet d'une interprétation judiciaire, mais d'ici là, on ne peut que se poser des questions quant à l'extension qui sera donnée à ces termes.

Une fois établi le crime au sujet duquel on veut faire enquête, la loi prévoit des formalités compliquées pour l'obtention d'une autorisation. La demande d'autorisation doit être signée par le solliciteur général du Canada ou le procureur général d'une province *personnellement*. La demande doit être présentée à un juge d'une Cour supérieure de juridiction criminelle. Elle doit être accompagnée d'une déclaration assermentée exposant les faits sur lesquels se fonde la nécessité de l'autorisation, de même que les détails relatifs à l'infraction, le genre de communications privées que l'on se propose d'intercepter, les personnes que l'interception visera, la période où l'autorisation servira et, condition exceptionnelle, que d'autres moyens d'enquête ont été tentés sans succès, que ces autres moyens ont peu de chances de réussir ou encore que l'urgence de la situation les rend inadéquats. Cette dernière condition témoigne que le législateur considère l'utilisation des techniques d'interception des communications comme un moyen de dernier ressort.

Le juge, s'il est convaincu que l'autorisation demandée servirait au mieux l'administration de la justice et que par ailleurs, les conditions prévues sont présentes, peut accorder l'autorisation à une personne désignée par le solliciteur général du Canada ou le procureur général d'une province. À moins de renouvellement, l'autorisation ne demeure en vigueur que trente jours au plus. Elle ne peut être renouvelée qu'une fois.

La loi prévoit également une procédure sommaire d'autorisation pour les cas d'extrême urgence : cette autorisation peut être accordée pour trente-six heures. Une interception faite en vertu de cette procédure est présumée illégale quant à ses effets pour la preuve, à moins qu'un juge n'entérine postérieurement l'autorisation selon la procédure régulière.

La loi C-176 modifie enfin la loi sur les secrets officiels, en permettant au solliciteur général du Canada d'émettre un mandat autorisant l'interception d'une communication pour « prévenir ou dépister une activité subversive dirigée contre le Canada ou préjudiciable à la sécurité du Canada », ou « nécessaire pour recueillir des renseignements d'origine étrangère essentiels à la sécurité du Canada<sup>57</sup> ».

Toujours au chapitre des formalités, la nouvelle loi oblige le solliciteur général du Canada à déposer en Chambre chaque année un rapport détaillé de l'administration de la nouvelle loi, afin de permettre au

---

<sup>57</sup> Loi sur les secrets officiels, art. 16 (2).

Parlement de surveiller les abus qui se seraient produits dans ce domaine. Le rapport doit contenir, entre autres, une évaluation générale de « l'importance de l'interception des communications privées pour le dépistage, la prévention ou la poursuite des infractions au Canada et les enquêtes y relatives<sup>58</sup> ». Cette formalité à la fois bureaucratique et politique est surprenante. Peut-on y voir une réserve mentale de la part du Parlement, une intention tacite de se laisser l'occasion d'abroger la loi si elle ne répond pas aux besoins? La disposition est peu commune vu les habitudes législatives canadiennes.

Peu commune aussi est la disposition contenue à l'article 178.16 de la nouvelle loi. Cet article se lit : 178.16 (1) « Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont *toutes deux* inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

a) que l'interception n'ait été faite légalement; ou

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve. »

L'article contient deux exceptions : on admettra en preuve la communication ou la preuve découverte en conséquence lorsqu'elle est pertinente et que son illégalité ne dépend que d'une irrégularité de procédure ou d'un défaut de forme de l'autorisation, ou encore une preuve découverte en conséquence d'une interception illégale (mais pas la communication elle-même) lorsque son exclusion pourrait empêcher que justice soit rendue.

Il demeure, malgré les exceptions, que la nouvelle loi a incorporé au droit canadien de la preuve un principe radicalement étranger et nouveau. Les Américains qui connaissent cette règle, l'ont baptisée « la règle du fruit de l'arbre empoisonné ». La règle générale au Canada, calquée sur la règle anglaise, permet l'utilisation de toute preuve pertinente, quelle que soit son origine ou quels que soient les vices qui ont présidé à sa facture<sup>59</sup>. Il semblerait s'agir ici d'un nouveau départ, d'une tendance nouvelle en droit de la preuve, où l'on utilisait la certitude du refus d'une preuve au procès comme moyen de décourager les policiers de la rechercher. Ce moyen est-il efficace? L'expérience d'une règle quelque peu analogique mais fondée sur des considérations techniques plutôt que politiques, la règle de l'admission des aveux<sup>60</sup> laisserait douter d'un tel résultat. Mais il

<sup>58</sup> Code criminel, 178.22.

<sup>59</sup> *R. c. Wray*, 1970, 11 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 673.

<sup>60</sup> *R. v. Ibrahim*, 1914 A.C. 599.

n'y a pas que l'efficacité, la morale sociale doit aussi trouver son compte en droit pénal. C'est sans doute la raison profonde de l'introduction de cette nouvelle règle en droit canadien de la preuve. Elle nous apparaît très significative pour démontrer l'importance que le législateur attache dans la nouvelle loi au secret de la vie privée.

### C. LE PROCÈS CRIMINEL.

Le procès criminel crée une situation où les valeurs normalement protégées par le droit se dressent les unes contre les autres. C'est de ce contexte de droits exacerbés que se dégagent les règles de la preuve. Nul autre droit n'apparaît plus clairement le fruit du compromis que le droit de la preuve.

Le procès criminel, s'il est une épreuve pour l'accusé, l'est aussi pour le droit pénal qui doit se révéler capable d'atteindre ses objectifs de protection sociale. La recherche de la vérité sera donc le premier but du procès criminel. Le secret de la vie privée se révélera une valeur très vivante s'il réussit à triompher à l'encontre du besoin de savoir créé par les circonstances du procès<sup>61</sup>. Cependant, et c'est là le point d'affrontement, il doit atteindre ce but dans le respect des valeurs jugées primaires par la société. Le droit de la preuve, avec ses règles d'exclusion, nous démontrera, plus que tout autre droit, quelle protection la société accorde au secret de la vie privée.

Le droit canadien de la preuve est fondé à peu près entièrement sur les règles de la *common law*, dont certaines ont été incorporées dans une loi fédérale de la preuve<sup>62</sup>. Le principe qui préside au droit de la preuve est celui de l'admissibilité des preuves. Pour que l'on puisse faire état d'une preuve au procès pénal, il faut que cette preuve soit admissible. Toute preuve pertinente est *a priori* admissible, à moins qu'elle ne tombe dans une catégorie d'exclusion. La preuve contre l'accusé est présentée par le procureur de la Couronne qui interroge les témoins, qui dépose les pièces à conviction, etc. Les oppositions à la preuve se plaident sur-le-champ et se fondent soit sur l'absence de pertinence d'un élément de preuve proposé, soit sur l'existence d'une conclusion d'exclusion quant à cet élément.

Le droit de la preuve, en plus de ses règles de pertinence et d'exclusion, protégera le secret par des dispositions relatives aux témoins. Deux notions complémentaires, la compétence et la contraignabilité, régleront dans quels cas certains témoins pourront être entendus.

---

<sup>61</sup> Il est intéressant de noter qu'au procès criminel on respecte le secret des délibérations du jury, le secret des juges, des avocats (en vertu de l'inviolabilité de leur fonction), voire même le secret des policiers quant à leurs sources de renseignements. Seuls les témoins sont un peu laissés pour compte devant l'urgence du besoin de savoir.

<sup>62</sup> Loi sur la preuve au Canada, 1970 S.R.C. C-10.



Le premier cas spécial auquel ces dernières notions s'appliquent est celui de l'accusé. L'accusé n'est jamais un témoin compétent et *a fortiori* contraignable contre lui-même ou contre son co-accusé<sup>63</sup>.

Il faut voir dans cette règle le reflet d'un choix de politique criminelle : au Canada, la procédure pénale est accusatoire. C'est à la poursuite de démontrer la culpabilité de l'accusé et ce dernier n'est pas tenu d'apporter sa collaboration à cette entreprise, funeste pour lui. Ni durant le procès, ni avant, au cours de l'enquête policière qu'il l'a précédé, l'accusé n'est-il obligé d'apporter quelque explication de sa conduite ou de fournir quelque renseignement utile à la poursuite. La règle connaît néanmoins certaines exceptions. Ainsi, en cas de meurtre<sup>64</sup> ou d'incendie criminel<sup>65</sup> ou en matière de faillite frauduleuse<sup>66</sup>, l'accusé peut être témoin à des procédures d'enquête qui serviront à qualifier criminellement les actes qu'il a pu commettre. Néanmoins le principe « *Nemo tenetur* » n'en est pas pour autant abrogé puisque ces procédures n'ont pas pour objet de décider de la culpabilité de l'accusé et que son témoignage peut être protégé à l'encontre de procédures criminelles subséquentes<sup>67</sup>.

Autre affirmation du principe « *Nemo tenetur...* » : le juge ou le poursuivant ne peut faire aucun commentaire au jury quant à l'abstention de l'accusé (ou de son conjoint) de témoigner à son propre procès<sup>68</sup>. Cette règle ne s'applique qu'aux procès qui ont lieu devant jury<sup>69</sup> et elle n'est pas absolue : le juge peut rappeler au jury que la preuve de la Couronne n'est pas contredite<sup>70</sup>; cependant il ne peut conseiller au jury de tirer des conclusions défavorables à l'accusé du fait de son silence<sup>71</sup>.

L'objet de ces règles est de protéger le principe « *Nemo tenetur seipsum accusare* ». Mais ce principe lui-même n'est-il pas une manifestation du droit au secret? Quel est le fondement du principe sinon la reconnaissance qu'il serait injuste d'extorquer une confession de la part de l'accusé, qu'il serait abusif de forcer une relation entre le citoyen et l'État qui normalement devraient traiter ensemble à distance?

Le même article 4 de la loi de la preuve reconnaît que le conjoint de l'accusé n'est pas témoin compétent en poursuite, sauf certaines excep-

<sup>63</sup> Art. 4. Loi sur la preuve au Canada.

<sup>64</sup> Loi des coroners, ch. 19, 1966-67 S.Q.

<sup>65</sup> Loi des enquêtes sur les incendies, ch. 16, 1967-68 S.Q.

<sup>66</sup> Loi sur la faillite, 1970, B-3, S.C.R.

<sup>67</sup> Art. 5. Loi sur la preuve au Canada.

<sup>68</sup> Loi sur la preuve, art. 4 (5).

<sup>69</sup> *Pratte c. Maher & la Reine*, 1965, 1 C.C.C. 77.

<sup>70</sup> *R. v. Jacobs*, 106 C.C.C. 288; *Wright v. R.*, 1945 R.C.S. 319.

<sup>71</sup> *Bigaouette v. R.*, 1927 R.C.S. 112.

tions, qui sont d'ailleurs très révélatrices. La disposition compte parmi les nombreuses règles du droit qui favorisent le mariage; les exceptions sont en harmonie avec la raison de la règle: le conjoint est témoin compétent dans une accusation d'inceste, de crime sexuel ou lorsque sa propre liberté ou intégrité physique a été mise en cause par les faits donnant lieu à l'accusation. Dans ces cas le mariage a été menacé par l'action de l'autre conjoint et devient un risque social plutôt qu'une valeur.

La reconnaissance par le droit du statut spécial des conjoints constitue une protection du secret dont l'institution s'entoure naturellement. Pour les mêmes raisons qui justifient socialement le principe «*Nemo tenetur...*», on étend la protection aux conjoints, car il répugnerait de faire autrement. On peut se demander pourquoi cependant la règle ne s'applique-t-elle pas à toute la famille nucléaire de l'accusé. Il semble qu'il répugne autant de faire témoigner le fils contre le père ou le frère contre le frère; il est indéniable que la chose est possible même si elle n'est pas d'usage courant. Dans ce cas, le secret d'une relation intime n'a de protection que l'éthique du poursuivant et certaines considérations pratiques: le serment sera perçu comme moins contraignant s'il oblige à un manquement de la morale...

L'accusé et son conjoint sont témoins incompetents pour la poursuite; ils peuvent néanmoins témoigner pour la défense et ce faisant, ils s'exposent au contre-interrogatoire. Le statut de l'accusé (ou de son conjoint) qui témoigne est sensiblement celui des autres témoins. Règle générale, il ne peut refuser de répondre aux questions.

Une exception importante tout de même, et très significative en ce qui regarde le droit au secret: les conjoints ne peuvent être contraints de divulguer une communication qui leur a été faite par l'autre conjoint durant le mariage<sup>72</sup>. Cette disposition concerne directement le secret, c'est même avec la reconnaissance du secret professionnel et des secrets officiels, la seule règle du droit de la preuve qui se fonde sur le principe même du secret.

Le privilège qu'on accorde ainsi aux époux appartient au conjoint qui témoigne. S'il choisit de révéler la communication qui lui a été faite durant le mariage, son témoignage peut être reçu<sup>73</sup>.

L'accusé qui témoigne est sujet aux mêmes règles que le témoin ordinaire, sauf certaines modalités prévues par la loi. L'obligation de répondre aux questions ne constitue pas en soi une violation du droit au secret. La relation d'un fait que le témoin a observé n'est pas de nature à mettre le secret de sa vie privée en danger. Cependant, il se peut fort bien que les

<sup>72</sup> Loi de la preuve, art. 4 (3).

<sup>73</sup> I. LAGARDE, *Droit pénal canadien*, Wilson et Lafleur, 1962, p. 1321.

questions accessoires au fait qu'on veut lui faire révéler, questions portant soit sur les circonstances où il a acquis sa connaissance, soit sur sa crédibilité générale, le conduisent à faire des révélations dommageables pour lui-même, en l'exposant à des poursuites criminelles ou encore en révélant des aspects de sa vie qu'il aimerait mieux taire.

La solution choisie par le droit canadien au premier problème, celui de la crainte de l'incrimination dans des procédures subséquentes, est la protection du témoignage. La réponse à une question à laquelle un témoin s'oppose pour le motif qu'il court le danger de s'incriminer lui-même n'est pas admissible lors d'une procédure criminelle subséquente, hors le cas du parjure<sup>74</sup>. Cette solution respecte le principe «*Nemo tenetur...*» mais ne protège pas le secret.

Le second problème, celui de la crédibilité, est résolu lui aussi en faveur de la recherche de la vérité. La crédibilité des témoins repose sur leur capacité d'observation mais aussi sur certains *a priori*: plus un témoin est honorable, plus il aura tendance à respecter le serment. Il est donc permis, en contre-interrogatoire, pour tester l'honorabilité du témoin de lui poser des questions qui peuvent compromettre sa réputation, qui peuvent le forcer à révéler des faits parfois honteux de sa vie passée. Ainsi, on peut demander au témoin (y compris l'accusé) s'il a déjà été condamné<sup>75</sup>, on peut l'interroger sur ses habitudes de sobriété, de travail, etc.

Lorsque l'accusation porte sur une infraction sexuelle, le problème est exacerbé et la victime qui témoigne peut faire les frais d'une inquisition assez complète sur ses antécédents, ses relations, son mode de vie<sup>76</sup>. En matière de viol, où la question du consentement est directement en litige, on peut demander à la victime si elle a déjà eu des rapports sexuels, soit avec l'accusé et si elle nie, on peut, pour la confondre, en faire la preuve par d'autres moyens<sup>77</sup>, soit avec d'autres personnes, mais dans ce cas, on est lié par sa réponse<sup>78</sup>.

La seule protection du secret de la vie privée du témoin réside dans la règle de la pertinence et de l'application discrétionnaire qu'en fera le juge. Si le juge estime que les questions n'ont pour but que de vexer le témoin, qu'elles violent par trop son secret, il peut défendre à l'avocat de les poser<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Art. 5, Loi de la preuve.

<sup>75</sup> Article 12, Loi sur la preuve au Canada.

<sup>76</sup> *R. v. Bell*, C.C.C. 80.

<sup>77</sup> *R. v. Riley*, 16 Cox C.C. 191.

<sup>78</sup> *R. v. Laliberté*, 1877, 1 R.C.S. 117.

<sup>79</sup> *R. v. Laliberté*, 1877, 1 R.C.S. 117; *R. v. Finnessey*, 10 C.C.C. 347; *R. c. Mohanim*, 119 C.C.C. 319.

Cette limitation ne saurait exister dans le cas de certains crimes sexuels<sup>80</sup> où l'on exige que la victime ait été de «mœurs antérieurement chastes». Cette exigence légale fait de la réputation de la victime un élément de l'infraction et la règle de la pertinence va permettre toutes les questions à ce sujet<sup>81</sup>.

On voit donc que les règles de preuve n'ont que faire d'un secret qui pourrait dans certains cas, empêcher que justice soit rendue. Exceptionnellement, on le respectera, lorsque la valeur que le secret protège est une valeur jugée aussi fondamentale que l'issue même du procès.

### CONCLUSION

Le réseau des règles qui entourent le secret de la vie privée révèle un manque d'unité de la politique criminelle canadienne relative à cette valeur. Si l'on compare les précautions, les formalités, les limites dont le législateur a entouré l'interception des communications privées aux restrictions plus classiques qui accompagnent la perquisition dans les maisons: si l'on considère l'absence quasi totale de limites aux pouvoirs de l'agent de la paix qui perquisitionne à la faveur d'un mandat de main-forte, on ne peut que rester perplexé devant les contradictions apparentes que nous présente ce tableau.

Peut-on dégager une règle qui situe avec quelque précision le secret de la vie privée face aux valeurs concurrentes?

D'une part, il semble y avoir une différence dans la protection que le droit offre au secret suivant que celui-ci repose sur la notion de territoire personnel ou sur celle de l'activité privilégiée. Lorsque le droit au secret se fonde sur le territoire personnel, il semble s'estomper devant l'importance de la valeur principale que représente le territoire, soit l'intégrité physique ou la propriété privée. Dans ce cas, le secret de la vie privée est protégé à titre accessoire seulement. Si au contraire le secret se greffe à une activité humaine telle la communication, il devient souvent une condition d'exercice de cette activité et la distinction, principal-accessoire, n'a plus sa raison d'être. On peut ainsi expliquer que la protection de la confidentialité des interactions soit plus forte que celle que le droit accorde à titre accessoire, au territoire.

D'autre part, la protection du secret devrait varier selon l'intérêt social qui justifie l'atteinte. Il est légitime de s'attendre à ce que le secret de la vie privée soit relativement bien protégé à l'encontre des intérêts particuliers qui cherchent à le découvrir, mais plus exposé lorsque

---

<sup>80</sup> Art. 146 (2), 151, 152 Code criminel.

<sup>81</sup> Entre autres, selon LAGARDE, *op. cit.*, sur son genre de vie, ses lectures nocives, sa conduite perverse, sa laxité de principes.

l'atteinte est le fait de l'État. Cette conclusion s'avère juste puisque, nous l'avons vu, la loi dote les agents de la paix, représentants de l'État, de pouvoirs spéciaux qui leur permettent des intrusions extraordinaires dans la vie des gens.

Cependant, malgré les explications que fournissent la nature du droit et l'origine de l'atteinte, il reste en droit canadien des contradictions assez profondes dans les règles qui protègent le secret.

L'explication nous en est fournie par la dimension temporelle du droit. Chaque époque marque le droit de ses valeurs dominantes. Les valeurs changent, la règle bien souvent demeure. Ainsi, la protection que le droit accorde à la maison d'habitation remonte jusqu'aux origines lointaines de la *common law*, où la maison était à la fois résidence et forteresse. Les atteintes à l'inviolabilité de la maison ne pouvaient avoir lieu que pour cause. Le mandat de main-forte cependant, qui a reçu son sens moderne à une époque qui commençait à faire prévaloir l'emprise de la collectivité sur les droits de la personne, vient se joindre aux règles existantes. L'époque actuelle, qui de nouveau se pose le problème de la moralité des interventions étatiques, entoure l'utilisation de tables d'écoute de précautions presque tatillonnes.

Le lien qui existe entre ces règles est donc un lien historique; mais plus encore: c'est qu'à chaque époque sans doute, même si une valeur domine, les valeurs concurrentes n'en sont pas pour autant étouffées. Le consensus sur lequel se fonde le droit n'a pas besoin d'être absolu et les autres valeurs mises en veilleuse par les valeurs dominantes, attendent le moment propice pour percer et devenir règles de droit.