



Commission de réforme du droit
du Canada

Law Reform Commission
of Canada

RAPPORT

**les techniques
d'investigation policière
et
les droits de la personne**

25

Canada

5 02896000 8970 8



BIBLIOTHÈQUE JUSTICE LIBRARY

DEPT. OF JUSTICE
MIN DE LA JUSTICE

JUL 21 1999

LIBRARY BIBLIOTHÈQUE
CANADA

RAPPORT 25

LES TECHNIQUES
D'INVESTIGATION POLICIÈRE
ET
LES DROITS DE LA PERSONNE

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1985
N° de catalogue J31-45/1985
ISBN 0-662-53735-1

RAPPORT

SUR

LES TECHNIQUES
D'INVESTIGATION POLICIÈRE
ET
LES DROITS DE LA PERSONNE

Janvier 1985

L'honorable John Crosbie, c.p., c.r., député
Ministre de la Justice
et Procureur général du Canada
Ottawa, Canada

Monsieur le Ministre,

Conformément aux dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous présenter le rapport et les recommandations qui sont le fruit des recherches effectuées par la Commission sur les techniques d'investigation policière et les droits de la personne.

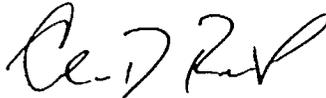
Veillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de notre très haute considération.



Allen M. Linden
président



Louise Lemelin, c.r.
commissaire



Alan D. Reid, c.r.
commissaire



Joseph Maingot, c.r.
commissaire

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M^e Louise Lemelin, c.r., commissaire
M^e Alan D. Reid, c.r., commissaire
M^e Joseph Maingot, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche
sur la procédure pénale

Winston McCalla, c.r., LL.B., LL.M., Ph.D.

Conseiller principal

Marc Schiffer, LL.B., LL.M., S.J.D., Ph.D.

Remerciements

La Commission remercie les personnes, les groupes et les organismes qu'elle a consultés lors de la préparation du présent rapport. Ils ont tous apporté une contribution importante à son élaboration. Il nous est impossible de nommer ici tous ceux et celles qui nous ont fait bénéficier de leurs conseils mais nous tenons à remercier tout particulièrement Messieurs les professeurs Jerome Bickenbach, Alan Brudner, Ed Ratushny et Robert Solomon de leur généreuse collaboration et de leurs précieuses suggestions. Nous tenons toutefois à souligner que les opinions exprimées dans le présent rapport sont celles de la Commission et ne correspondent pas nécessairement à celles des personnes consultées.

Ce rapport n'aurait pas vu le jour sous sa forme actuelle sans la participation active et les conseils éclairés du professeur Jacques Fortin, qui est décédé récemment alors qu'il était vice-président de la Commission.

Table des matières

INTRODUCTION	1
CHAPITRE UN : La nécessité d'un régime complet et cohérent	5
I. L'incohérence et l'incertitude des règles actuelles	9
II. Le caractère archaïque des règles actuelles	13
III. L'incidence de la Charte sur les techniques d'investigation applicables à la personne	13
CHAPITRE DEUX : La réglementation législative des techniques d'investigation applicables à la personne : lignes directrices et points à considérer.....	15
I. Les dispositions de la Charte	15
A. Le droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même	15
B. La présomption d'innocence	18
C. La sécurité de la personne	21
D. Les fouilles, perquisitions et saisies abusives.....	22
E. Les traitements cruels et inusités.....	24
II. Les techniques autorisées	24
III. Les motifs justifiant le recours à des techniques d'investigation applicables à la personne et l'autorisation judiciaire	26
IV. Les garanties	28
V. Les conséquences des infractions aux règles de procédure.....	31
VI. Les mécanismes visant à garantir la coopération du sujet.....	32
CHAPITRE TROIS : Nos recommandations.....	37

Introduction

Dans le cadre de la révision fondamentale et complète du droit pénal canadien, et de la réforme rationnelle de la procédure pénale, la Commission de réforme du droit du Canada a entrepris il y a quelques années un certain nombre d'études sur les pouvoirs de la police et les techniques d'investigation. Cette entreprise a déjà donné lieu à la publication de plusieurs documents d'étude, documents de travail et rapports où sont présentées des recommandations précises visant à la rationalisation, à la réforme et à la codification des règles applicables à l'investigation policière.

Notre étude des pouvoirs de la police et des techniques d'investigation se fonde sur la prémisse suivante : les pouvoirs conférés à la police dans ce domaine doivent être contenus dans des limites claires et raisonnables. En effet, force nous est de reconnaître que l'enquête est l'étape du processus pénal qui comporte le plus de risques de disparité entre les pouvoirs et moyens de l'État et ceux du citoyen. Cela se vérifie tout particulièrement lorsqu'une personne soupçonnée d'un crime a été arrêtée ou est détenue. Et ce risque de déséquilibre s'accroît dès lors qu'existent des «trous» dans les règles régissant les divers aspects de l'investigation policière. L'absence de dispositions claires et exhaustives ne peut en effet que favoriser les comportements oppressifs et l'intimidation.

Dans ce contexte, le contrôle et la réglementation des activités de la police au moyen de limites claires et raisonnables constituent une protection essentielle contre les atteintes arbitraires à la vie privée et à la sécurité de la personne. Il s'agit d'ailleurs là d'un trait distinctif des sociétés libres et démocratiques.

Si l'institution de règles s'impose à ce chapitre, ce n'est du reste pas seulement en vue de la protection des droits individuels mis directement en péril par le caractère discrétionnaire des pouvoirs conférés à la police, représentante de l'État tout-puissant. En effet, une telle réglementation est par ailleurs indispensable si l'on veut que les agents de la paix connaissent les limites de leurs pouvoirs, et soient ainsi en mesure de veiller à ce que leurs enquêtes satisfassent aux critères énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*¹.

La procédure pénale ne répond pas simplement à des considérations pratiques : elle détermine et reflète tout à la fois la qualité du système judiciaire d'une société, la nature même de celle-ci. Il ne faudrait pas croire que les règles de procédure aient pour fonction de rendre plus difficile la tâche des poursuivants, en permettant aux criminels d'échapper à la condamnation pour de simples questions accessoires. En réalité, leur but consiste à

1. La Charte constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, celle-ci formant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982, chap. 11.

préciser dans quelles limites l'État devrait être autorisé à porter atteinte aux droits individuels. Correctement formulées, ces règles ne peuvent en fait qu'accroître la qualité des investigations policières et des éléments de preuve qui en découlent.

Voilà la perspective dans laquelle s'inscrit le présent rapport. La Commission entend y proposer un ensemble complet et cohérent de dispositions législatives destinées à régir une partie de la criminalistique jusqu'ici négligée par les tribunaux canadiens, soit les techniques d'investigation qui visent la personne. Parmi les méthodes permettant d'obtenir des éléments de preuve directement des prévenus ou des suspects, nous nous intéresserons donc à celles dont l'application suppose une participation quelconque de ces derniers, ou porte atteinte à leur intégrité physique ou mentale. Dans d'autres rapports consacrés à des questions connexes (*L'interrogatoire des suspects*² et *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*³), la Commission a déjà étudié certaines techniques d'investigation qui sembleraient presque correspondre à cette définition. Précisons cependant que nous ne parlerons pas ici des simples interrogatoires, ni des fouilles sommaires pratiquées sur des personnes. Le présent rapport porte sur des techniques d'investigation (dont un bon nombre présentent un caractère plus ou moins scientifique) qui sont davantage susceptibles de porter atteinte à l'intimité, car elles consistent dans l'utilisation du corps ou de l'esprit d'une personne en vue de l'obtention d'éléments de preuve contre elle. Ainsi définies, les «techniques d'investigation applicables à la personne» comprendraient : les séances d'identification et les confrontations; la recherche de signes particuliers; les examens corporels pratiqués sur une personne dévêtue; l'examen médico-légal; la prise de radiographies ou l'examen des orifices corporels, etc., en vue de découvrir des corps étrangers ou des objets dissimulés; la photographie; la prise d'empreintes digitales; la prise d'empreintes dentaires ou d'empreintes de morsures; les mensurations; le prélèvement, pour analyse, de substances ou de résidus sur la peau du sujet; le prélèvement, pour analyse, de cheveux, de sang, de salive ou d'autres substances corporelles; l'extraction chirurgicale d'un corps étranger ou d'un objet dissimulé; l'administration de diverses substances («sérum de vérité», émétiques, lavements); les épreuves physiques visant notamment à vérifier si une personne est sous l'effet de l'alcool ou d'une drogue; l'obtention de spécimens d'écriture; le prélèvement d'échantillons d'haleine; le prélèvement d'empreintes vocales; l'analyse polygraphique (détecteur de mensonge); l'examen psychiatrique; l'hypnose, etc. Toutes ces méthodes d'investigation ont ceci en commun que leur utilisation, par les représentants de l'État, soulève des problèmes juridiques et sociaux de très grande portée au chapitre du droit à la vie privée et à la dignité, du droit à la sécurité de sa personne, du droit de ne pas être tenu de témoigner contre soi-même et de la présomption d'innocence. Vu l'importance et la complexité de ces problèmes, nous estimons qu'il est grand temps, en droit canadien, d'organiser de manière systématique les techniques d'investigation applicables à la personne. En effet, très peu d'entre elles font chez nous l'objet de dispositions législatives claires. Il ne semble y avoir aucune uniformité dans ce domaine. Il n'existe non plus aucun code cohérent et complet qui

2. Commission de réforme du droit du Canada, *L'interrogatoire des suspects* [Rapport 23], Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1984.

3. Commission de réforme du droit du Canada, *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* [Rapport 24], Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1984.

préciserait les cas où l'on peut recourir à ces techniques, la manière dont elles devraient être appliquées, les droits et obligations des personnes qui y sont soumises. À l'heure actuelle, on lit souvent dans les journaux ou les recueils de jurisprudence qu'un lien a pu être établi entre un inculpé et une infraction donnée grâce à une preuve «matérielle». Or, dans bien des cas, la preuve en question n'a pu être obtenue que par la coopération de la personne en cause, ou par l'ingéniosité de la police. Lorsqu'une telle preuve est jugée recevable au procès, en outre, ce n'est pas nécessairement parce que son obtention était autorisée ou prévue par la loi. D'une manière générale, en effet, même les preuves illégalement obtenues sont de prime abord recevables selon le droit actuel, à condition d'être pertinentes en l'espèce.

Comme tous les rapports et documents de travail de la Commission touchant les pouvoirs de la police et les techniques d'investigation, le présent rapport repose sur cet aspect fondamental du principe de la légalité : les représentants de l'État ne peuvent porter atteinte à la liberté individuelle et à l'intimité de la vie privée des citoyens que dans la mesure où la loi les y autorise⁴. À l'instar de la récente Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, nous jugeons indispensable que «la loi autorise toutes les techniques d'enquête que le simple citoyen ne saurait employer légalement⁵». Notre objectif fondamental, répétons-le, consiste à arrêter des règles de procédure qui viendront préciser dans quelles limites les représentants de l'État devraient être autorisés à porter atteinte aux droits individuels. Quel rôle le suspect ou le prévenu devrait-il être tenu de jouer dans l'obtention de renseignements qui seront éventuellement utilisés en preuve contre lui dans un procès pénal? Voilà donc la grande question à laquelle il nous faut répondre. Certains diront qu'il devrait être obligé de se soumettre à toute technique d'investigation susceptible de fournir un élément de preuve, ceci étant indispensable à l'application efficace de la loi. D'autres estimeront au contraire que dans le système accusatoire, l'État devrait être tenu d'établir la culpabilité du suspect ou du prévenu sans que ce dernier soit jamais forcé de fournir des preuves en subissant l'application de techniques visant sa personne. Malheureusement, le principe de la légalité ne nous dit pas en quoi consistent précisément les obligations du suspect et du prévenu, ni où devraient s'arrêter les pouvoirs de l'État en la matière⁶. Fondée sur l'analyse présentée dans les pages qui suivent, l'opinion de la Commission se trouve exposée dans les recommandations figurant à la fin du présent rapport. Elle peut être ramenée à trois grandes propositions. Premièrement, il est indispensable d'interdire d'une manière absolue l'utilisation de certaines techniques d'investigation visant la personne. Deuxièmement, nous jugeons important que d'autres techniques d'investigation visant la personne puissent

4. Voir E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979, p. 12. D'une manière générale, voir E. L. Barrett Jr., «Police Practices and the Law — From Arrest to Release or Charge» (1962), 50 *Calif. L. Rev.* 11.

5. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi* [Deuxième rapport], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1981, vol. 1, p. 428. Pour un point de vue sur les pouvoirs de la police qui est quelque peu différent de celui de la Commission d'enquête, voir le Comité fédéral-provincial des fonctionnaires chargé de la justice pénale, R. M. McLeod président, *Rapport du Comité fédéral-provincial des fonctionnaires chargé de la justice pénale aux sous-ministres de la Justice, sous-procureurs généraux et solliciteurs généraux adjoints au sujet du rapport de la Commission McDonald*, Ottawa, Ministère du Solliciteur général du Canada, 1983.

6. Voir Ratushny, *supra*, note 4, p. 47.

être appliquées avec le consentement de la personne en cause. Troisièmement, les citoyens devraient être tenus de se soumettre à un *nombre limité* de techniques d'investigation applicables à la personne, mais seulement dans des circonstances bien précises. Les circonstances auxquelles nous pensons seront explicitées ci-dessous, mais soulignons dès à présent qu'à notre sens, *l'autorisation judiciaire préalable* devrait normalement constituer une condition essentielle. Après avoir défini le rôle du suspect et du prévenu au regard de ces trois propositions, nous étudierons certaines autres questions importantes : De quelles garanties procédurales le suspect et le prévenu devraient-ils bénéficier? Quelles conséquences devrait entraîner le manquement aux règles dont nous proposons l'établissement? Et en ce qui concerne les techniques dont l'application devrait selon nous être autorisée, quel serait le meilleur moyen de garantir la collaboration du suspect ou du prévenu? À la lecture des recommandations contenues dans le présent rapport, on pourra être tenté de croire que la Commission préconise l'élargissement des pouvoirs d'enquête conférés à la police. Soulignons pourtant que ces recommandations revêtent au contraire un caractère essentiellement limitatif. Toute extension résultant éventuellement de la rationalisation et de la clarification du droit relatif aux techniques d'investigation qui visent la personne doit en effet être appréciée au regard des règles de procédure rigoureuses dont nous proposons l'établissement à ce chapitre. Et suivant notre dernière recommandation, qui constitue une pièce essentielle du régime proposé, les preuves illégalement obtenues seraient, contrairement à la règle actuelle, présumées *irrecevables* et ce, afin de garantir l'observation des règles prévues.

Le régime dont nous recommandons l'institution avait déjà été décrit, sous une forme quelque peu différente, dans notre document de travail intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques*⁷. Pour mieux comprendre la genèse du présent rapport, on aura donc intérêt à consulter ce document. Les recommandations présentées ici, qui traduisent notre point de vue définitif, résultent d'une longue période de consultations auprès de divers groupements, organismes et personnes qu'il nous est impossible de tous nommer ici, mais auxquels nous voulons témoigner notre profonde gratitude.

Dans l'élaboration du régime proposé, nous avons cherché à atteindre divers objectifs. En premier lieu, il fallait mettre l'accent sur la certitude, la cohérence et la simplicité de la loi. En deuxième lieu, le régime envisagé devait d'une part être adapté aux méthodes de la criminalistique moderne, et d'autre part régler efficacement leur utilisation. En troisième lieu, il s'agissait d'atteindre un juste équilibre entre les droits des citoyens et l'intérêt public, de manière à réduire au minimum les pouvoirs discrétionnaires de la police tout en assurant l'équité, l'égalité de tous devant la loi, ainsi que le contrôle de la légalité des techniques d'investigation appliquées par les agents de la paix, le tout en conformité avec l'esprit et la lettre de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

7. Commission de réforme du droit du Canada, *Les méthodes d'investigation scientifiques* [Document de travail 34], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

CHAPITRE UN

La nécessité d'un régime complet et cohérent

L'idée d'un ensemble complet et cohérent de dispositions législatives destinées à régir les techniques d'investigation visant la personne (tel le régime proposé ici) n'a rien de radical ni de bien nouveau. Du reste, plusieurs de ces pratiques font déjà l'objet de textes de loi au Canada (citons par exemple la photographie, l'identification par empreintes digitales, l'anthropométrie judiciaire, le prélèvement d'échantillons d'haleine). La Commission n'est pas non plus la première à proposer d'étendre le champ du régime actuel et de le rendre plus cohérent. Ainsi, les mesures recommandées dans le présent rapport ont été étudiées dans divers documents d'organismes de réforme du droit étrangers : aux États-Unis, le *Model Code of Pre-Arrest Procedure* (1975)⁸; en Australie, le *Report on Criminal Investigation* (1975)⁹; en Nouvelle-Zélande, le *Report on Bodily Examination and Samples As a Means of Identification* (1978)¹⁰; et, en Angleterre, le *Report of the Royal Commission on Criminal Procedure* (1981)¹¹. Certaines de ces mesures se retrouvent également dans des projets de loi ou des textes déjà en vigueur dans d'autres pays du Commonwealth et dans plusieurs États américains. L'institution d'un régime complet et cohérent pour les techniques qui nous intéressent ici ne peut donc être considérée comme une innovation marquante. Si elle s'avère nécessaire, en réalité, c'est notamment parce qu'il est indispensable de tenir compte des progrès de la criminalistique. Par exemple, le Comité de réforme du droit pénal de la Nouvelle-Zélande a reconnu que dans certains cas, mieux vaut recourir à des méthodes scientifiques modernes que de se fier à l'identification par témoin oculaire, plus hasardeuse¹². D'où les recommandations faites par cet organisme au sujet des techniques d'investigation applicables à la personne. De même, la Commission de réforme du droit de l'Australie estimait que, d'une part, bon nombre de ces techniques permettent d'obtenir des preuves d'une valeur probante telle qu'il convenait de permettre leur utilisation et que, d'autre part, il fallait prêter une [TRADUCTION] «attention systématique¹³» aux règles régissant l'obtention de preuves matérielles destinées à l'analyse médico-légale. En outre, comme elle écarte les

8. American Law Institute, *A Model Code of Pre-Arrest Procedure*, Philadelphie, American Law Institute, 1975.

9. Law Reform Commission of Australia, *Criminal Investigation* [Rapport n° 2], Canberra, Australian Government Publishing Service, 1975.

10. New Zealand Criminal Law Reform Committee, *Report on Bodily Examination and Samples As a Means of Identification*, Wellington, Nouvelle-Zélande, Criminal Law Reform Committee, 1978.

11. The Royal Commission on Criminal Procedure, Sir C. Philips président, *Report of The Royal Commission on Criminal Procedure*, Cmnd. 8092, Londres, HMSO, 1981.

12. *Supra*, note 10, par. 2, p. 1.

13. *Supra*, note 9, par. 134, p. 58.

risques d'arbitraire et l'incertitude, l'existence d'un régime du genre de celui que nous proposons, est parfaitement compatible avec l'affirmation du principe de la légalité. Comme on le souligne dans les commentaires accompagnant les règles de l'American Law Institute, il convient de donner à la police un mandat lui indiquant clairement de quelle manière elle devrait procéder¹⁴.

En dépit des progrès de la criminalistique, et malgré l'adoption de régimes semblables à l'étranger, nous estimons que toute réforme fondamentale des règles régissant les techniques d'investigation visant la personne doit avoir un fondement logique et reposer sur de solides principes juridiques et sociaux. Aussi le régime proposé dans le présent rapport a-t-il été élaboré à la lumière d'un certain nombre de considérations importantes. En tout premier lieu, nous entendons veiller à ce que les règles régissant le recours à ces techniques satisfassent à certains critères de base, à certains postulats. À ce sujet, nous citerons le récent énoncé de politique du gouvernement canadien intitulé *Le Droit pénal dans la société canadienne*¹⁵, où sont formulés plusieurs principes auxquels la Commission adhère depuis longtemps et sur lesquels devra s'appuyer la réforme du droit pénal et de la procédure. L'un de ces principes s'énonce ainsi : «Le droit pénal doit prévoir et définir clairement les pouvoirs nécessaires à la conduite des enquêtes criminelles ... sans empiéter de façon abusive ou arbitraire sur les droits et libertés des personnes¹⁶». Dans le contexte actuel, l'application efficace de ce principe suppose tout d'abord que les pouvoirs des représentants de l'État (c'est-à-dire les policiers) et les droits des citoyens soient clairement définis dans des dispositions législatives. La Commission estime en effet qu'il est de la toute première importance de préciser les rapports entre l'État et le citoyen. Comme nous l'avons souligné dans notre récent rapport intitulé *L'interrogatoire des suspects*¹⁷, cette tâche (indissociable de l'affirmation du principe de la légalité) ne peut être correctement menée à bien que par le recours à un mécanisme garantissant la stabilité et l'uniformité, et obligeant les représentants de l'État à rendre compte de leurs actes. Pour que le principe énoncé ci-dessus puisse être efficacement appliqué, il faut en outre arriver à un juste équilibre entre des intérêts contradictoires¹⁸. D'un côté, la société a intérêt, en ce qui a trait à la criminalité, à favoriser la dissuasion et la prévention, ceci par la recherche efficace du crime et par l'engagement de poursuites pénales¹⁹. Comme le mentionnait le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, «l'objet principal de tout le processus de justice pénale est de protéger la société en réduisant l'ampleur de la criminalité...²⁰». De l'autre côté, cependant, il est tout aussi important pour la société de garantir les libertés et droits fondamentaux des individus qui la composent, en réglementant la manière dont les représentants de l'État procèdent pour obtenir les éléments

14. *Supra*, note 8, p. 423.

15. Gouvernement du Canada, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1982.

16. *Id.*, p. 62.

17. *Supra*, note 2, p. 10.

18. Voir The Royal Commission on Criminal Procedure, *supra*, note 11, par. 1.11, p. 4.

19. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et corrections : un lien à forger* (ci-après appelé Rapport Ouimet), Ottawa, Information Canada, 1969, p. 50.

20. *Ibid.*

de preuve nécessaires à la condamnation des criminels²¹. Il faut donc tenir la balance égale entre, d'une part, la nécessité de la prévention et de la répression du crime et, d'autre part, certaines notions fondamentales dans la société : intimité de la vie privée des citoyens, dignité humaine, sécurité personnelle²² et présomption d'innocence. Et même sur un plan tout à fait pragmatique, force est de reconnaître que l'on ne peut penser rendre plus efficace l'application de la loi si l'accroissement des pouvoirs de la police fait perdre à cette dernière l'appui de la collectivité²³.

Le fait de reconnaître l'importance des droits et libertés de la personne dans l'équilibre à atteindre au regard de l'application de la loi oblige selon nous le législateur à prêter une plus grande attention, en matière de procédure pénale, à la manière dont sont obtenus les éléments de preuve. L'État qui garantit l'existence de ces droits et libertés doit absolument prendre les mesures nécessaires pour qu'il n'y soit pas porté atteinte. Or, comme le montrent le célèbre arrêt *La Reine c. Wray*²⁴ ainsi que certaines autres décisions portant spécifiquement sur l'obtention de preuves matérielles par l'application illégitime de diverses techniques d'investigation visant la personne²⁵, c'est surtout à la pertinence et à la fiabilité de ces preuves que se sont intéressés les tribunaux. Dans l'arrêt *The Attorney General for Quebec v. Begin*²⁶, par exemple, le juge en chef Kerwin s'est dit d'avis, dans un *obiter dictum*, que les résultats d'une analyse de sang ne pouvaient être considérés comme irrecevables du simple fait que le prélèvement avait été effectué sans le consentement du prévenu (le juge Abbott souscrivant à cette opinion). Le juge en chef cite, en l'approuvant, cet extrait de l'arrêt rendu par le comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Kuruma v. The Queen*²⁷ : [TRADUCTION] «pour décider simplement de la recevabilité d'un élément de preuve, il ne s'agit pas de savoir si la méthode par laquelle il a été obtenu est justifiable bien qu' attentatoire aux droits du sujet, mais de savoir si l'élément de preuve est pertinent en l'espèce». Et suivant l'arrêt *Wray*, le pouvoir discrétionnaire des tribunaux à l'égard de l'exclusion d'éléments de preuve pertinents mais illégitimement obtenus était limité aux cas où la force probante de ces éléments était «insignifiante» par rapport à leur caractère préjudiciable. La méthode utilisée pour obtenir les preuves n'avait donc que très peu d'importance, sauf si elle risquait d'en amoindrir la valeur probante. Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cependant (et de l'article 24 en particulier²⁸), il y a tout lieu de croire que la

21. Hon. Lord Thomson, *Criminal Procedure in Scotland* [Second Report], Cmnd. 6218, Édimbourg, HMSO, 1975, par. 2.03, p. 8.

22. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *Procédure pénale : La communication de la preuve* [Document de travail 4], Ottawa, Information Canada, 1974, p. 5 et 6; Commission de réforme du droit du Canada, *Le traitement médical et le droit criminel* [Document de travail 26], Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1980, p. 6.

23. Voir le Rapport Ouimet, *supra*, note 19, p. 50.

24. [1971] R.C.S. 272.

25. Voir *The Attorney General for Quebec v. Begin*, [1955] R.C.S. 593; *R. v. McNamara* (1951), 99 C.C.C. 107 (C.A. Ont.); *R. v. McIntyre* (1951), 102 C.C.C. 104 (C.S. Alb.).

26. *Supra*, note 25, p. 595.

27. [1955] A.C. 197 (C.P.), p. 204.

28. L'article 24 de la Charte, *supra*, note 1, dispose :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

portée de la règle énoncée dans l'arrêt *Wray* s'est trouvée considérablement réduite : tout au moins en ce qui concerne les droits garantis par la Charte, la réception d'éléments de preuve pertinents sera dorénavant soumise à des critères additionnels. Partant, les tribunaux et même le législateur devront maintenant prêter une plus grande attention aux méthodes par lesquelles les preuves sont obtenues. Selon nous, la réglementation par dispositions législatives des techniques d'obtention des preuves serait conforme aux objectifs fondamentaux de la Charte et à son esprit. Les agents de police disposeraient ainsi de lignes de conduite supplémentaires, et cette réglementation contribuerait à garantir l'observation des dispositions de la Charte ainsi que le respect des droits et libertés individuels. En outre, dans les cas où les droits de certains citoyens risqueraient de ne pas être convenablement assurés par les exigences minimales de la Charte (et a fortiori pour les situations où l'arrêt *Wray* demeurerait applicable), nous tenons pour particulièrement importante l'institution de règles de procédure, et notamment d'une règle d'exclusion distincte. (Nous reviendrons à l'exclusion des éléments de preuve dans la partie V du chapitre deux du présent rapport.)

La Commission souscrit aussi depuis longtemps à cet autre principe : « Afin d'assurer l'égalité de traitement et le respect de l'obligation de rendre compte, les pouvoirs discrétionnaires exercés à certaines étapes critiques du processus de justice pénale doivent être soumis à des mécanismes de surveillance appropriés²⁹ ». La mise en œuvre de ce principe, en matière de techniques d'investigation visant la personne, exige elle aussi que les règles nécessaires prennent la forme de dispositions législatives d'application uniforme. C'est, à notre avis, la meilleure façon de garantir l'égalité de tous au regard de l'application de ces techniques (et donc l'observation du paragraphe 15(1) de la Charte³⁰). Il est en outre indispensable de définir très précisément dans la loi les conditions dans lesquelles peuvent être appliquées les méthodes d'investigation, afin de réduire au maximum les risques d'abus. Le principe énoncé ci-dessus suppose enfin la mise sur pied de mécanismes propres à garantir le respect de l'obligation de rendre compte ainsi que la transparence du processus (voir en particulier la recommandation 7).

La Commission souscrit aussi depuis nombre d'années à un troisième principe : « Le droit pénal doit ... exposer clairement et simplement les droits des personnes dont la liberté est directement menacée par le processus pénal³¹ ». Nous jugeons donc essentiel l'établissement, dans la loi, de garanties fondamentales explicites à l'intention des citoyens qui peuvent être forcés de se soumettre à des techniques d'investigation; il convient aussi d'informer ces personnes de leurs droits³². Comme nous l'indiquons il y a quelques

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

29. *Supra*, note 15, p. 62.

30. Le paragraphe 15(1) de la Charte, *supra*, note 1, énonce notamment ce qui suit :

(1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination ...

31. *Supra*, note 15, p. 61.

32. *Supra*, note 15, p. 69.

années dans un document d'étude intitulé *Pour une codification du droit pénal*³³, la codification constitue sans doute le meilleur moyen de faire connaître la loi au public. En outre, il est selon nous possible d'accroître cette connaissance par l'adoption de dispositions selon lesquelles les citoyens éventuellement soumis à l'application de techniques d'investigation seraient obligatoirement informés de leurs droits.

Des considérations de nature générale liées aux principes exprimés ci-dessus découlent un certain nombre de problèmes particuliers. La Commission estime que ces problèmes justifient la réforme en profondeur des règles actuelles et rendent nécessaire la réglementation cohérente et globale, par dispositions législatives, du recours aux techniques d'investigation visant la personne. Ces problèmes particuliers sont les suivants : (1) l'incohérence et l'incertitude des règles actuelles, (2) leur caractère archaïque et (3) l'incidence de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le recours aux techniques d'investigation visant la personne.

I. L'incohérence et l'incertitude des règles actuelles

Seules quelques-unes des techniques d'investigation visant la personne font l'objet de dispositions législatives. En fait, les seules à être régies spécifiquement et sans ambiguïté par les lois fédérales relatives à la procédure pénale sont les suivantes : la prise d'empreintes digitales³⁴, la photographie³⁵, les « mensurations, procédés et opérations exécutés d'après la méthode d'identification des criminels appelée communément bertillonage³⁶ » et enfin le prélèvement d'échantillons d'haleine³⁷. Les tribunaux reconnaissent couramment la valeur probante d'autres méthodes d'investigation visant la personne et pourtant, l'obligation de s'y soumettre n'est aucunement sanctionnée, elle est même en certains cas spécifiquement écartée³⁸. Il n'est pas facile de voir où se situe la logique dans tout cela. D'autant plus que la police conserve, dans certains cas, le pouvoir de

33. Commission de réforme du droit du Canada, *Pour une codification du droit pénal*, Ottawa, Information Canada, 1976, p. 24-28.

34. C.P. 1954-1109 (C.R.C. 1955, p. 2025), pris en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1.

35. *Ibid.*

36. *Loi sur l'identification des criminels*, *supra*, note 34, paragraphe 2(1).

37. *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié, paragraphes 235(1) et 240.1(1). Voir également le paragraphe 234.1(1).

38. Voir les dispositions du paragraphe 237(2) du *Code criminel* :

(2) Nul n'est tenu de donner un échantillon de sang, d'urine ou d'une autre substance corporelle pour analyse chimique aux fins du présent article si ce n'est en ce qui a trait à l'haleine selon les prescriptions des articles 234.1, 235 ou 240.1, et la preuve qu'une personne a fait défaut ou refusé de donner cet échantillon ou que l'échantillon n'a pas été prélevé, n'est pas admissible; de plus, un tel défaut ou refus ou le fait qu'un échantillon n'a pas été prélevé ne saurait faire l'objet de commentaires par qui que ce soit au cours des procédures.

contraindre par la force les suspects et les prévenus à subir l'application de certaines méthodes tenues pour peu dignes de confiance³⁹.

La confusion des règles actuelles peut sans doute être attribuée, en partie, au fait que les rares dispositions législatives sur les techniques d'investigation visant la personne ne soient pas réunies dans un même texte. En outre, dans les cas où le recours à ces méthodes n'est pas régi par la loi, les règles découlant du common law sont par trop ambiguës. Dans quelle mesure, par exemple, les pouvoirs d'«arrestation et d'enquête» que le common law confère à la police peuvent-ils justifier l'application, par la force, de techniques d'investigation visant la personne? Selon le Comité de réforme du droit pénal de la Nouvelle-Zélande, il ne fait pas de doute que le common law n'autorise aucunement le recours à des méthodes nécessitant le prélèvement de substances corporelles, et que l'emploi de la force à de telles fins constitue des voies de fait⁴⁰. On trouve la même opinion exprimée dans la jurisprudence canadienne⁴¹. Cependant, il semble que le pouvoir de fouille conféré en matière d'arrestation autorise l'extraction de substances non corporelles, mais dissimulées dans le corps d'un suspect; pourtant, l'application de telles techniques suppose une atteinte bien plus grande à l'intégrité personnelle du sujet que la plupart des méthodes utilisées pour le prélèvement de substances corporelles. Suivant l'arrêt *R. v. Brezack*⁴², par exemple, un agent de police peut légalement insérer ses doigts dans la bouche d'un suspect pour voir si de la drogue n'y est pas dissimulée. En mordant la main du policier, le suspect s'était donc rendu coupable de voies de fait contre «un agent de la paix agissant dans l'exercice de [ses] fonctions» (alinéa 296*b*) du *Code criminel*, correspondant à l'actuel alinéa 246(1)*a*). Et dans l'arrêt *Reynen v. Antonenko*⁴³, on a décidé que le pouvoir de fouiller une personne à l'occasion de l'arrestation permettait à la police de demander à un médecin d'extraire des drogues dissimulées dans le rectum du suspect; cette extraction ne pouvait donc constituer des voies de fait⁴⁴.

En ce qui concerne par ailleurs les techniques nécessitant le prélèvement, sur un suspect ou un prévenu, de substances qui ne sont ni corporelles ni dissimulées (matières

39. L'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels* (*supra*, note 34), par exemple, permet aux autorités de recourir à la force pour soumettre les accusés à l'application de la méthode d'identification du bertillonage. Il s'agit là d'une méthode d'identification désuète et peu fiable, comme nous l'expliquons dans la partie II du premier chapitre. Comme on l'a fait observer dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, p. 771-772, (1975) 24 C.C.C. (2d) 1, p. 7, il est également possible de recourir à la force afin de contraindre les suspects ou les prévenus à participer à une séance d'identification. Pour une étude du manque de fiabilité des séances d'identification, voir N. Brooks, *Directives à l'intention de la police : L'identification par témoin oculaire avant le procès* [Document d'étude préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1983, p. 7 à 11.

40. *Supra*, note 10, par. 9, p. 4. Voir également Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 9, par. 130, p. 57; *Ex parte Kearney*, [1966] Qd. R. 306 (C.S.), p. 311; Rapport Ouimet, *supra*, note 19, p. 66.

41. Voir *R. v. Turnick (No. 2)* (1920), 54 N.S.R. 69 (C.S.); *R. v. Frechette* (1948), 93 C.C.C. 111 (C. Sess. Qué.), *conf.* [1949] B.R. 388, (1949) 94 C.C.C. 392; *R. v. Burns*, [1965] 4 C.C.C. 298 (H.C. Ont.).

42. (1949), 96 C.C.C. 97 (C.A. Ont.).

43. (1975), 30 C.R.N.S. 135 (C.S. Alb.). Cependant, voir *R. v. Truchanek* (1984), 39 C.R. (3d) 137 (C. comté C.-B.).

44. Voir l'opinion du juge MacDonald aux pages 139-144. Voir toutefois le Rapport Ouimet, *supra*, note 19, p. 66.

se trouvant sous les ongles, résidus provenant d'armes à feu ou autres résidus), la jurisprudence est rare et ne semble pas véritablement fixée⁴⁵. D'après la doctrine canadienne, en outre, il n'est pas certain que l'on puisse obliger une personne mise en état d'arrestation à se soumettre contre son gré à des examens physiques susceptibles de fournir des preuves contre elle⁴⁶. Mais il ressort très clairement d'un certain nombre de décisions canadiennes⁴⁷ que le prévenu n'est aucunement tenu de participer activement à certaines épreuves physiques (visant par exemple à vérifier l'état d'ébriété). Et à cet égard, la police ne dispose d'aucun moyen légal (emploi de la force, sanctions pénales) pour le contraindre à collaborer⁴⁸. En ce qui concerne les méthodes dont l'application nécessite une simple collaboration passive, par contre, la situation n'est pas aussi limpide⁴⁹. Dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*⁵⁰, la Cour suprême du Canada avait notamment à trancher la question de savoir dans quelle mesure le common law permet à la police de contraindre un prévenu à participer à une séance d'identification. Au nom de la Cour, le juge Dickson (il n'était pas encore juge en chef) s'est dit d'avis que «l'emploi de la force pour contraindre un prévenu ou un suspect à participer à une parade d'identification peut soulever une question quant aux limites des pouvoirs de la police à l'égard des personnes détenues⁵¹», mais qu'«[à] cette fin, l'exercice d'une contrainte raisonnable est ... accessible au pouvoir de la police de faire enquête et d'effectuer des arrestations, et elle n'est pas plus susceptible de soulever des objections que le fait d'obliger un prévenu à se montrer pour qu'un témoin de la poursuite puisse l'observer au cours d'un procès⁵²». Le juge Dickson cite ensuite un extrait de la décision rendue par la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'affaire *Dallison v. Caffery*⁵³, où Lord Denning déclarait : [TRADUCTION] «Lorsqu'un agent de la paix a appréhendé une personne raisonnablement suspecte d'un crime, il peut faire ce qui est raisonnable pour procéder à l'enquête et pour voir si les soupçons sont confirmés ou non par d'autres éléments de preuve».

On peut se demander si, d'après les règles du common law, la police est autorisée à prendre par la force les empreintes digitales de personnes en état d'arrestation, dans les cas non prévus dans la *Loi sur l'identification des criminels*⁵⁴. Les tribunaux canadiens

-
45. Voir, cependant, *Re Laporte and The Queen*, (1972) 8 C.C.C. 343 (B.R. Qué.); dans cette affaire relative aux fouilles, perquisitions et saisies, le tribunal a refusé la délivrance d'un mandat qui aurait autorisé une intervention chirurgicale visant à extraire une balle du corps de l'accusé.
46. Voir A. E. Popple, «Practice Note» relative à l'affaire *R. v. Moore* (1961), 36 C.R. 243, p. 243. Voir aussi J. H. Buzzard, R. May et M. N. Howard, *Phipson on Evidence*, 13^e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1982, p. 10.
47. Voir, par exemple, *R. v. Shaw*, [1965] 1 C.C.C. 130 (C.A. C-B.).
48. *Ibid.*
49. Voir Indian Law Institute, *Self-Incrimination: Physical and Medical Examination of the Accused*, Bombay, Tripathi, 1963, p. 12-13. Dans certains cas, il peut s'avérer difficile de déterminer si le comportement est actif ou passif en ce sens. Voir L. House, «Criminal Procedure — Self-Incrimination — Scientific Tests of Body Substances as Evidence» (1955-56), 44 *Kentucky L.J.* 353, p. 358.
50. *Supra*, note 39.
51. *Id.*, p. 771 (R.C.S.), p. 7 (C.C.C.).
52. *Ibid.* Voir aussi *Adair v. M'Garry*; *Byrne v. H.M. Advocate*, [1933] J.C. 72, opinion de Lord Morison, p. 89.
53. [1964] 2 All E.R. 610 (C.A.), p. 617.
54. *Supra*, note 34.

ont étudié cette question à plusieurs reprises⁵⁵ et y ont répondu de façon contradictoire; aucune décision définitive n'a encore été rendue⁵⁶. Selon une certaine jurisprudence étrangère, le common law ne confère pas le pouvoir de photographier les suspects au moment de leur arrestation⁵⁷. Cependant, comme le souligne en Angleterre la Royal Commission on Criminal Procedure, il faut faire une distinction entre la photographie et la prise d'empreintes digitales : la première ne nécessite pas forcément un contact physique avec le sujet. Aussi est-il difficile de trouver des décisions où les tribunaux anglais auraient décidé qu'il est illégal de prendre, sans autorisation, des photographies de suspects (à savoir, que cela constitue des voies de fait)⁵⁸.

Par ailleurs, même l'existence de dispositions législatives régissant certaines techniques d'investigation n'est pas un gage de clarté juridique. L'examen psychiatrique, par exemple, est implicitement (mais non explicitement) autorisé à l'égard de certaines personnes inculpées ou déclarées coupables d'infractions pénales (actes criminels et infractions punissables par procédure sommaire) en vertu de diverses dispositions du *Code criminel*⁵⁹. Dans le cas, cependant, d'une personne qui a fait l'objet d'une ordonnance aux fins d'«observation», ces dispositions ne disent pas clairement à quels examens les «observateurs» peuvent se livrer, ni dans quelle mesure le prévenu est obligé de collaborer à ces examens⁶⁰.

La Commission estime qu'il faut remédier à l'incohérence et à l'incertitude des règles régissant les techniques d'investigation visant la personne. Pour être équitable, et pour être perçue comme telle, la loi doit en effet présenter un caractère de cohérence. Et en ce qui concerne les limites des pouvoirs de la police, d'une part, et les obligations du suspect ou du prévenu, d'autre part, la certitude est essentielle à la définition précise des

-
55. Voir *R. v. Buckingham and Vickers* (1943), 86 C.C.C. 76 (C.S. C.-B.); *R. v. Danilchik* (1944), 82 C.C.C. 264 (B.R. Man.); *R. v. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365 (C.S. N.-B., Div. App.); *R. v. A.N.* (1978), 2 C.R. (3d) 55 (C.A. C.-B.); *R. v. D.G.* (1978), 45 C.C.C. (2d) 157 (C.S. Î.-P.-É., Div. App.); *Brown v. Baugh and Williams*, [1984] 1 R.C.S. 192, (1984) 11 C.C.C. (3d) 1.
56. Dans l'affaire *Brown v. Baugh and Williams*, *supra*, note 55, on a décidé que les dispositions de la *Loi sur l'identification des criminels* autorisaient les policiers à prendre par la force les empreintes digitales d'un jeune qui était détenu par suite d'une inculpation portée en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, chap. J-3 (abrogée depuis lors), car l'infraction reprochée constituait également un acte criminel. À ce sujet, le juge Chouinard (les juges Dickson, Beetz et McIntyre souscrivant à cette opinion) déclarait, p. 203 (R.C.S.) : «Vu ma conclusion sur l'argument relatif à la loi, point n'est besoin d'exprimer une opinion sur l'argument relatif à la common law». Voir L. H. Leigh, *Police Powers in England and Wales*, Londres, Butterworths, 1975, p. 199-203.
57. Voir *R. v. Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321 (H.C. Aust.), opinion du juge en chef Barwick, p. 334; *R. v. Hass*, [1972] 1 N.S.W.L.R. 589 (C.C.A.); *Adamson v. Martin*, [1916] J.C. 319.
58. The Royal Commission on Criminal Procedure, Sir C. Philips président, *The Investigation and Prosecution of Criminal Offences in England and Wales: The Law and Procedure*, Cmnd. 8092-1, Londres, HMSO, 1981, par. 95, p. 34.
59. *Supra*, note 37. Voir, par exemple, l'alinéa 465(1)c), l'article 608.2 et les paragraphes 465(2), 543(2), 543(2.1), 691(1), 691(2), 738(5), 738(6).
60. Sur la première question, voir *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 15, p. 19, [1967] 2 C.C.C. 6, p. 9; *Perras c. La Reine*, [1974] R.C.S. 657, p. 662, (1973) 11 C.C.C. (2d) 449, p. 451. Sur la seconde, voir *R. v. Sweeney (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245 (C.A. Ont.); *Re Chapelle and The Queen* (1980), 52 C.C.C. (2d) 32 (H.C. Ont.); *R. v. Langevin* (1984), 45 O.R. (2d) 705 (C.A. Ont.); *R. v. McAmmond*, [1970] 1 C.C.C. 175 (C.A. Man.); *R. v. Johnston*, [1965] 3 C.C.C. 42 (C.A. Man.).

rapports entre l'État et l'individu. Pour la Commission, la cohérence et la certitude, en matière de techniques d'investigation visant la personne, constituent des éléments essentiels du principe de la légalité.

II. Le caractère archaïque des règles actuelles

Manifestement, la loi n'a pas évolué au même rythme que la science. Ainsi, on constate que certaines dispositions législatives existantes concernent des méthodes scientifiques tombées en désuétude⁶¹. Par exemple, le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'identification des criminels* autorise toujours l'application par la force de la méthode d'investigation «appelée communément bertillonnage». Mise au point en France vers 1880, cette technique d'identification dépassée consistait dans l'établissement d'un signalement d'après diverses mesures : crâne, pieds, avant-bras, médius et auriculaire, oreilles. Elle fut utilisée aussi en Angleterre et dans d'autres pays européens pendant un certain temps mais, comme le signalait le juge Bouck dans l'affaire *R v. A.N.*⁶², [TRADUCTION] «les défauts de la méthode apparurent bientôt, de sorte que dans la plupart des pays, on adopta la dactyloscopie⁶³». Alors que l'on reconnaît depuis longtemps le caractère dangereusement désuet du bertillonnage, celui-ci demeure paradoxalement l'une des seules techniques d'investigation dont l'usage soit approuvé par un texte de loi. Citons à cet égard cette remarque du juge d'appel O'Sullivan, tirée de l'arrêt *R. v. Medvedew* : [TRADUCTION] «[i]l est impensable qu'un expert puisse se voir autorisé à fonder son rapport sur la technique discréditée du bertillonnage⁶⁴».

À l'inverse, le droit ne sanctionne pas de manière spécifique (à savoir, par des dispositions législatives) le recours à bon nombre de méthodes dont la validité est unanimement reconnue dans le domaine de la criminalistique. Citons notamment les techniques suivantes : étude des traces palmaires, plantaires et d'orteils, analyse des prélèvements de cheveux, de sang, de salive, et de divers résidus (par exemple, résidus de poudre laissés par des coups de feu), etc.

III. L'incidence de la Charte sur les techniques d'investigation applicables à la personne

L'importance de la primauté du droit est explicitement reconnue dans la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁵. En outre, celle-ci énonce notamment certaines garanties fondamentales à l'égard des personnes soupçonnées ou inculpées d'une infraction

61. Autres exemples d'anachronismes : la référence à l'«imbécillité naturelle», au paragraphe 16(2) du *Code criminel*, ou la référence aux effets de la «lactation» à l'article 216.

62. *R. v. A.N.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 9 (C.S. C.-B.), p. 14. Ce jugement a par la suite été porté en appel, mais sur une autre question (voir, *supra*, note 55).

63. *Ibid.*

64. (1978), 6 C.R. (3d) 185 (C.A. Man.), p. 201.

65. Préambule de la Charte, *supra*, note 1. Voir également le préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, appendice III.

criminelle. La jurisprudence relative à la Charte n'en étant qu'à son tout début, il est difficile de déterminer avec précision le champ légitime des techniques d'investigation visant la personne. Aussi la Commission pense-t-elle que le moment est propice à l'établissement d'un cadre général, destiné à régir leur utilisation et conforme à l'esprit de la Charte ainsi qu'aux limites fixées, d'après nous, par celle-ci. Bien sûr, les décisions finales à cet égard ne relèvent pas de la Commission. Les techniques dont l'utilisation est sanctionnée par le présent rapport devront de toute façon (et peu importe notre opinion) être appliquées en conformité avec l'interprétation donnée par les tribunaux aux critères institués par la Charte.

CHAPITRE DEUX

La réglementation législative des techniques d'investigation applicables à la personne : lignes directrices et points à considérer

Dans les pages qui précèdent, nous avons énuméré les raisons qui ont incité la Commission à examiner le droit relatif aux techniques d'investigation visant la personne, et nous avons décrit dans leurs grandes lignes les principes sur lesquels nous nous sommes fondés pour élaborer le régime proposé. Il convient donc maintenant d'exposer les points qu'il importe de considérer dans toute codification globale et cohérente du recours à ces techniques et les lignes directrices que notre étude nous a permis de dégager.

I. Les dispositions de la Charte

Les tribunaux peuvent écarter les éléments de preuve obtenus au moyen de techniques d'investigation dont l'emploi contrevient aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cela en vertu de l'article 24 de la Charte. Rappelons aussi — et c'est fondamental — que suivant le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁶, toute règle de droit incompatible avec les dispositions de la Charte est inopérante (sauf si le législateur a déclaré, comme l'autorise le paragraphe 33(1), que cette règle a effet indépendamment des dispositions de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la Charte).

Cinq aspects de la *Charte canadienne des droits et libertés* doivent faire l'objet d'une attention particulière en matière de techniques d'investigation visant la personne : a) le droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même, b) la présomption d'innocence, c) le droit de chacun à la sécurité de sa personne, d) le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et enfin e) le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

A. Le droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même

Il faut tout d'abord se demander si le fait d'être tenu de soumettre sa personne à l'application de diverses techniques d'investigation est susceptible de constituer une atteinte

66. *Supra*, note 1.

au droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même. Sur le strict plan légal, nous croyons qu'il faut répondre à cette question par la négative. Dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, seuls l'alinéa 11c) et l'article 13 portent spécifiquement sur cette garantie. Le premier dispose que «[t]out inculpé a le droit ... de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche», tandis qu'aux termes du second, «[c]haque un a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires». Si, par ailleurs, l'alinéa 2d) de la *Déclaration canadienne des droits* énonce notamment, en termes plus généraux, que «nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme ... autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse ... la protection contre son propre témoignage⁶⁷», il ne fait aucun doute, d'après la jurisprudence, qu'en réalité cette disposition n'a pas une portée plus large que celle de l'article 13 de la Charte. Les tribunaux ont en effet déclaré à maintes reprises que le recours à des techniques d'investigation avant le procès n'est pas visé par l'interdiction énoncée à l'alinéa 2d). Ainsi, dans l'arrêt *Curr c. La Reine*⁶⁸, la Cour suprême du Canada devait notamment se prononcer sur l'applicabilité des dispositions du *Code criminel* relatives à l'alcootest (les actuels articles 235 et 237) au regard de l'alinéa 2d) de la Déclaration. Le juge Laskin (il n'était pas encore juge en chef), dans une décision à laquelle ont souscrit la majorité de ses collègues⁶⁹, déclare que «l'extorsion d'un échantillon d'haleine, en l'absence de toute protection pour la personne en question contre l'utilisation de cet échantillon comme preuve contre lui, ne va pas à l'encontre de la garantie relative à son propre témoignage, telle qu'elle est exprimée à l'alinéa d) de l'art. 2⁷⁰». Pour le juge Laskin, l'alinéa 2d) a simplement pour effet de «rendre inopérante toute règle de droit fédérale, énoncée dans une loi formelle ou non, qui obligerait quelqu'un à s'accuser devant une cour ou un tribunal semblable en fournissant une preuve, sans en même temps le protéger contre l'utilisation de cette preuve contre lui⁷¹». Le juge Ritchie, auteur d'une opinion distincte, est lui aussi d'avis que la protection instituée à l'alinéa 2d) vise les déclarations incriminantes, et non «les conditions incriminantes du corps», telles que la proportion d'alcool dans l'haleine ou dans le sang⁷²».

Dans l'arrêt *R. v. Devison*⁷³, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (division d'appel), s'appuyant sur l'opinion des juges Laskin et Ritchie, a conclu que l'alinéa 2d) ne s'applique pas à l'égard des prélèvements de sang. Et suivant l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*⁷⁴ (décision unanime de la Cour suprême du Canada), cet alinéa ne s'applique pas non plus aux parades d'identification. Enfin, dans l'affaire *R. v. Sweeney*

67. *Supra*, note 65.

68. [1972] R.C.S. 889, (1972) 7 C.C.C. (2d) 181.

69. Les juges Abbott, Hall, Spence et Pigeon souscrivent à l'opinion du juge Laskin.

70. *Supra*, note 68, p. 906 (R.C.S.), p. 197 (C.C.C.).

71. *Id.*, p. 912 (R.C.S.), p. 201 (C.C.C.) [C'est nous qui soulignons].

72. *Id.*, p. 917 (R.C.S.), p. 186 (C.C.C.).

73. (1974), 21 C.C.C. (2d) 225 (C.S. N.-É., Div. App.).

74. *Supra*, note 39.

(No. 2)⁷⁵, la Cour d'appel de l'Ontario a étudié l'incidence de l'alinéa 2d) sur les examens psychiatriques préalables au procès. Au nom de la Cour, le juge d'appel Zuber a reconnu que [TRADUCTION] «l'examen psychiatrique ou psychologique n'appartient pas, à première vue, à la catégorie des techniques qui font du prévenu une source de preuves matérielles⁷⁶» et que «[l]'examen mental a de toute évidence pour fonction de tirer d'un prévenu des réponses verbales qui influenceront directement ou indirectement sur sa culpabilité⁷⁷». Le juge Zuber était néanmoins d'avis que le droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même consiste seulement dans [TRADUCTION] «le droit pour un témoin, dans les limites prévues à la *Loi sur la preuve au Canada* ..., de refuser de répondre à certaines questions si les réponses qu'il donne risquent de fournir des preuves contre lui, et le droit absolu, pour l'inculpé, de refuser de venir à la barre⁷⁸».

Selon des décisions récentes, en outre, l'utilisation de techniques telles que le prélèvement d'échantillons d'haleine⁷⁹ en vertu des dispositions du *Code criminel* sur l'alcootest et la prise d'empreintes digitales⁸⁰ en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels* ne contrevient pas à l'alinéa 11c) de la Charte.

Malgré tout, force est de reconnaître que le recours aux techniques d'investigation visant la personne est susceptible d'avoir de multiples et profondes conséquences sur le plan de la preuve. Dans notre document de travail intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques*⁸¹, nous avons expliqué les nombreuses façons dont l'utilisation de ces techniques permet d'obtenir des renseignements qui pourront éventuellement servir à prouver la culpabilité d'un suspect ou d'un prévenu. Il ne fait donc aucun doute que, sur un plan général et non strictement «légal», la Commission attache beaucoup d'importance à la protection du droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même⁸².

Quiconque a lu les travaux de la Commission dans le domaine des fouilles, des perquisitions et des saisies sait qu'en principe, nous ne nous opposons pas à l'obtention, en tant que telle, d'éléments de preuve pertinents, fiables et objectifs auprès des prévenus et des suspects, lorsqu'elle est légitime et raisonnablement justifiée (même si elle suppose parfois le recours à la force dans une certaine mesure). Il est depuis longtemps permis de fouiller sommairement un suspect ou un prévenu au moment de son arrestation en vue de chercher sur lui des éléments de preuve, si cela ne comporte pas de risques exagérés. Partant, nous voyons mal comment le droit de ne pas être contraint à témoigner contre soi-même pourrait être invoqué pour interdire le recours à des techniques d'investigation

75. *Supra*, note 60.

76. *Id.*, p. 250-251.

77. *Id.*, p. 251.

78. *Id.*, p. 250.

79. Voir *R. v. Altseimer* (1982), 29 C.R. (3d) 276 (C.A. Ont.); *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (C. prov. C.-B.); *R. v. MacDonald* (1982), 1 C.C.C. (3d) 385 (C. comté Ont.); *R. v. Stasiuk* (1982), 16 M.V.R. 202 (C. prov. Ont.).

80. Voir *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430, [1982] J.E. 1020 (C.S. Qué.); *Re D.D.F.* (1984), 12 W.C.B. 152 (C. prov. Ont.).

81. *Supra*, note 7, p. 23-46.

82. Voir Ratushny, *supra*, note 4, p. 96.

plus sophistiquées. Mais, d'un autre côté, la Commission croit fermement que si l'on reconnaît l'importance de valeurs telles que la protection de la vie privée, la dignité humaine, la sûreté individuelle, on est forcé de restreindre le recours aux diverses techniques de la criminalistique, afin de veiller à ce qu'elles soient utilisées de la manière la plus équitable et la plus sûre possible, sans porter inutilement atteinte aux droits du sujet. Et fidèle aux principes énoncés en ce qui a trait au «droit de garder le silence» dans son document de travail⁸³ et son rapport⁸⁴ intitulés *L'interrogatoire des suspects*, la Commission estime que, d'une manière générale, aucun suspect ni prévenu ne devrait être obligé de quelque façon que ce soit de subir l'application d'une technique d'investigation qui (à l'instar d'une déclaration préalable au procès), nécessite sa participation *active* ou suppose (comme le fait de témoigner devant le tribunal) des réponses «sincères» ou authentiques de sa part (voir les recommandations 3 et 4). Nous pensons notamment aux examens psychiatriques et psychologiques, aux épreuves physiques visant à déterminer l'état d'ébriété ou l'absorption de stupéfiants, à l'obtention d'échantillons de l'écriture ou de la voix, à l'utilisation du polygraphe⁸⁵. L'évolution de notre système de justice pénale est caractérisée par la distance entre l'État et la subjectivité du prévenu. Or, selon la Commission, la défiance générale à l'égard des preuves découlant de la participation obligatoire du prévenu (active ou sincère) est essentielle au maintien de cette distance.

B. La présomption d'innocence

L'alinéa 11d) de la Charte, qui est semblable à l'alinéa 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, dispose que «[t]out inculpé a le droit ... d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable». L'expression «présomption d'innocence», au sens qu'on lui donne le plus souvent, signifie tout simplement que dans tout procès pénal, il incombe à l'accusation d'établir hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l'inculpé⁸⁶. C'est ainsi que suivant des décisions récentes, l'utilisation de techniques telles que le prélèvement d'échantillons d'haleine⁸⁷ en vertu des dispositions du

83. Commission de réforme du droit du Canada, *L'interrogatoire des suspects* [Document de travail 32], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

84. *Supra*, note 2.

85. L'utilisation de l'alcootest, en vue de déceler et de mesurer l'imprégnation alcoolique, appartiendrait à la catégorie des techniques à «participation active»; toutefois, pour les raisons données dans notre document de travail intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques* (*supra*, note 7) et dans notre rapport intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules* [Rapport 21], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1983, nous sommes d'avis que l'utilisation de l'alcootest dans le contexte des infractions relatives à la conduite des véhicules devrait constituer une exception à la règle générale. Selon nous, le fait d'entreprendre volontairement un acte présentant des risques, comme celui de conduire un véhicule, devrait être considéré comme une renonciation implicite au droit de n'être tenu de se soumettre à aucune technique d'investigation supposant une participation active du sujet. Autrement dit, la participation active à l'application de certaines techniques d'investigation (dans des conditions bien définies) devrait être considérée comme la contrepartie du droit de conduire un véhicule avec les risques que cette activité suppose.

86. Voir Ratushny, *supra*, note 4, p. 185. Sir R. Cross, *Evidence*, 5^e éd., Londres, Butterworths, 1979, p. 122; *Code criminel*, *supra*, note 37, art. 5.

87. Voir *R. v. Holman*, *supra*, note 79.

Code sur l'alcootest et la prise d'empreintes digitales⁸⁸ en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels* ne contrevient pas en soi à l'alinéa 11d) de la Charte. Soulignons toutefois que la présomption d'innocence pourrait malgré tout avoir une incidence sur la question de savoir si les citoyens sont tenus de se soumettre à l'application de certaines techniques d'investigation⁸⁹. Ainsi, dans l'arrêt *Dumbell v. Roberts*⁹⁰, le juge Scott, de la Cour d'appel de l'Angleterre, s'est dit d'avis qu'en l'absence de dispositions législatives à ce sujet, la prise d'empreintes digitales, contre son gré, [TRADUCTION] «d'un prévenu qui n'a pas encore été déclaré coupable ni même cité à son procès est incompatible avec la règle du droit britannique voulant que chacun soit présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie». De même, dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*⁹¹, le juge Dickson (qui n'était pas encore juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour, déclarait dans un *obiter dictum* que la preuve du refus d'un prévenu de participer à une séance d'identification est normalement irrecevable à son procès parce que sa réception risquerait d'influer sur la présomption d'innocence, le jury pouvant avoir l'impression que le prévenu a l'obligation de prouver son innocence». Donc, la présomption d'innocence a d'une manière générale pour effet d'entraîner l'irrecevabilité de tels éléments de preuve. Mais les propos du juge Dickson semblent aussi laisser supposer que l'existence de cette présomption interdit en principe d'obliger un suspect ou un prévenu à se soumettre, avant le procès, à l'application de techniques d'investigation⁹². Si c'est bien le cas, il est permis de penser que les autorités ne peuvent obliger les citoyens à se soumettre à l'utilisation de telles techniques (du moins en ce qui concerne ceux qui ont été inculpés d'une infraction) que s'il s'agit d'une restriction «raisonnable» de la présomption d'innocence garantie à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique⁹³». Et même si telle n'était pas l'interprétation éventuellement donnée par les tribunaux aux dispositions de la Charte relatives à la présomption d'innocence, nous croyons que l'application de ce critère s'impose à l'égard de toute dérogation au principe voulant que les citoyens ne soient pas tenus de prêter leur concours à l'utilisation de techniques d'investigation avant le procès. Dans le système accusatoire, l'accusation est tenue d'établir la culpabilité de l'inculpé sans contraindre celui-ci à prêter son concours à aucune étape du processus pénal. Comme on l'a souligné dans un document de recherche intitulé *Communication*

88. Voir *R. v. McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200 (H.C. Ont.); *R. v. Glass* (1982), 9 W.C.B. 164 (C. prov. C.-B.); *Re Jamieson and The Queen*, *supra*, note 80; *R. v. Higgins* (1983), 9 W.C.B. 352 (B.R. Sask.).

89. Voir *Bell v. Wolfish* (1979), 99 S. Ct. 1861 (C.S. É.-U.), p. 1896-1897, n. 11, où le juge Stevens, dissident (le juge Brennan souscrivant à cette opinion) faisait observer qu'aux États-Unis, la présomption d'innocence a été [TRADUCTION] «invocée ... pour justifier la protection d'une personne qui attend son procès contre les actes du gouvernement susceptibles de présenter un caractère oppressif», et que [TRADUCTION] «la présomption ... d'innocence ... a une incidence sur toutes les actions du gouvernement à l'égard de personnes non encore déclarées coupables».

90. [1944] 1 All E.R. 326 (C.A.), p. 330.

91. *Supra*, note 39, p. 774 (R.C.S.), p. 9-10 (C.C.C.). Voir également *R. v. Madden* (1977), 41 C.C.C. (2d) 413 (C. comté Ont.), p. 415.

92. Reste à savoir, cependant, si cette interprétation est conciliable avec l'opinion exprimée par le juge Dickson (il n'était pas encore juge en chef), *supra*, note 39, p. 771-772 (R.C.S.), p. 7 (C.C.C.), selon laquelle il n'y a aucun mal à exercer «une contrainte raisonnable» afin de forcer une personne qui a été arrêtée à participer à une séance d'identification.

93. *Supra*, note 1, article 1.

de la preuve en droit pénal⁹⁴, ce principe peut à tout le moins être considéré comme l'un des éléments de la présomption d'innocence, interprétée de façon large et libérale⁹⁵. L'esprit de la Charte exige donc que les exceptions à cette règle générale satisfassent au critère énoncé à l'article 1. Nous nous sommes donc efforcés d'élaborer un régime qui soit fondé sur le principe de la modération ainsi que sur l'application rationnelle de critères relativement rigoureux quant à l'utilité des éléments de preuve recherchés. Dans le régime proposé, par exemple, l'obligation de se soumettre à l'application de techniques d'investigation ne peut exister que dans le cas d'infractions graves, et seulement lorsque cela est susceptible d'avoir une véritable utilité sur le plan judiciaire (voir les recommandations 4, 5, 6 et 8). L'utilisation de techniques dont la valeur s'avère douteuse, ou qui portent exagérément atteinte aux droits du sujet est soit interdite, soit dépendante du consentement de ce dernier (voir les recommandations 2, 3 et 10). Sauf les situations d'urgence et les cas où l'on est fondé à croire que la prise d'empreintes digitales ou de photographies est nécessaire à l'identification, nul n'est tenu de se soumettre à des techniques d'investigation visant la personne sans qu'une ordonnance judiciaire n'ait au préalable été rendue à cette fin (voir les recommandations 3, 5, 6 et 8). Voici d'autres conditions imposées par le régime proposé : il faut informer les citoyens des raisons pour lesquelles on se propose de recourir à des techniques d'investigation, et leur dire s'ils sont ou non tenus par la loi de s'y soumettre (voir la recommandation 9); il convient de veiller à ce que l'intimité des sujets soit préservée autant que le permet la nature des techniques utilisées (voir la recommandation 11); l'application de toute technique doit être confiée à une personne qualifiée (voir la recommandation 12); enfin, l'application doit dans tous les cas se faire de manière à incommoder le sujet le moins possible, eu égard aux circonstances et à la nature de la technique utilisée (voir la recommandation 13).

La mise en œuvre du régime que nous proposons aurait sans doute pour effet de restreindre les pouvoirs de la police dans certains domaines, et de les accroître à d'autres égards. Dans la mesure où les pouvoirs d'investigation se trouveraient accrus (tout au moins en nombre), on pourrait soutenir, au nom de la théorie utilitaire, qu'il est nécessaire de prouver empiriquement combien de poursuites pénales échouent à l'heure actuelle à cause de l'absence de tels pouvoirs⁹⁶. À notre avis, toutefois, le fait d'étendre à ce point la portée de la théorie utilitaire susciterait certains problèmes, tant sur le plan pratique que sur celui de la logique. Tout d'abord, il serait alors nécessaire de prouver ce qui est l'évidence même, à savoir que le recours à des techniques d'investigation facilite la recherche du crime, la preuve et les poursuites. Deuxièmement, il faudrait en conclure que les problèmes complexes d'ordre moral et juridique qui se posent dans ce domaine peuvent être résolus par l'analyse statistique, d'où la tâche impossible de présenter des

94. Commission de réforme du droit du Canada, *Communication de la preuve en droit pénal*, Ottawa, Information Canada, 1974, p. 37.

95. Cette conception de la présomption d'innocence est partagée, dans le contexte bien précis des techniques d'investigation applicables à la personne, par P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 2^e éd., Toronto, Canada Law Book, 1984, p. 953. Ratushny (*supra*, note 4, p. 185) a toutefois souligné que l'absence générale d'obligation à cet égard avant le procès découle peut-être d'une façon plus directe du principe de la légalité.

96. Voir J. Hannan, «New Zealand Criminal Law Reform Committee on Bodily Samples and Identification», [1980] 4 *Crim. L.J.* 210, p. 214.

données justifiant en elles mêmes l'utilisation de telle ou telle méthode d'investigation. (À combien de condamnations pour des infractions graves l'utilisation d'une technique particulière devrait-elle donner lieu, par année, pour que l'application soit légitimée? Une? Cent? Mille?) Troisièmement, l'accent mis sur l'augmentation du nombre de pouvoirs d'enquête conférés à la police ferait passer au second plan une question plus importante, soit la nature des techniques envisagées, ainsi que leur caractère attentatoire relatif, au regard de celui des pratiques actuellement autorisées par la loi (par exemple en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies). Quatrièmement, cette insistance sur la théorie utilitaire impliquerait également que si, jusqu'à l'heure actuelle, la police n'a pas eu tellement de mal à recourir aux techniques d'investigation susceptibles de lui fournir les éléments de preuve nécessaires à la condamnation des criminels, il faut en conclure que les règles en vigueur sont satisfaisantes. Or, tenir un pareil raisonnement serait oublier que pour les tribunaux, la manière dont une preuve a été obtenue importe peu : selon la jurisprudence actuelle, elle sera jugée recevable dès lors qu'elle est fiable et pertinente.

D'après la Commission, il s'agit en réalité d'un problème théorique, et non d'une simple question de statistiques. En outre, comme nous l'avons souligné dans notre récent rapport intitulé *L'interrogatoire des suspects*⁹⁷, nous ne croyons pas que le but primordial de la réforme du droit consiste à régler des problèmes précis. Une telle conception équivaldrait en effet à considérer — à tort — le statu quo comme fondamentalement acceptable, et à oublier que la réforme vise essentiellement à une rationalisation fondamentale reposant sur l'élaboration de principes objectifs et acceptables.

C. La sécurité de la personne

L'article 7 de la Charte, semblable à l'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, énonce ce qui suit : «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Par cette disposition, on a voulu implicitement reconnaître l'importance toute particulière que la culture canadienne a toujours attachée à l'intimité, à la dignité et à la sécurité de la personne sur le plan physique (et peut-être moral)⁹⁸. Sans doute aussi faut-il en voir une preuve dans le fait que la Charte ne comporte aucune disposition garantissant explicitement le «droit à la jouissance de ses biens». Abstraction faite des dispositions pertinentes de la Charte et de la *Déclaration canadienne des droits*, il n'y a qu'à considérer la quantité et la nature des garanties élaborées dans les domaines du droit pénal et de la responsabilité civile délictuelle pour constater l'importance attribuée à la sécurité de la personne en droit canadien⁹⁹. Il est bien sûr trop tôt pour tenter de

97. *Supra*, note 2, p. 7.

98. Voir P. Garant, «Libertés fondamentales et justice naturelle», dans G.-A. Beaudoin et W. S. Tarnopolsky (éds), *Charte canadienne des droits et libertés*, Toronto, Carswell, 1982, 327, p. 336-337, 345-348; M. Manning, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983, p. 250, 252-253.

99. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal* [Document de travail 30], Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1983, p. 20; le juge A. M. Linden, *Canadian Tort Law*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1982, p. 38-40.

prévoir quelle signification précise les tribunaux donneront à la protection instituée à l'article 7 de la Charte, pour savoir quelle est sa portée exacte. Il n'en a pas moins été reconnu dans au moins une décision récente que [TRADUCTION] «la notion de «sécurité de la personne» s'applique certainement à la protection des substances corporelles et embrasse l'intimité de la vie privée¹⁰⁰». Il est sans doute plus difficile encore de deviner l'incidence précise des «principes de justice fondamentale» sur l'utilisation des techniques qui nous intéressent ici. Selon des jugements récents, ces principes ne sont violés ni par le prélèvement d'échantillons d'haleine¹⁰¹ en vertu des dispositions du *Code* sur l'alcootest, ni par la prise d'empreintes digitales¹⁰² en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels*. Étant donné cependant que l'emploi de techniques d'investigation est par nature susceptible de porter atteinte aux droits du sujet, nous ne croyons pas qu'il faille automatiquement tenir le respect des principes de justice fondamentale pour acquis. D'après nous, c'est dans l'équité que réside le critère essentiel énoncé à l'article 7 (que ce se soit sur le plan du fond ou sur celui de la procédure). Or dans le domaine des techniques d'investigation applicables à la personne, l'équité suppose d'après nous que la technique utilisée réponde à un objectif légitime (voir les recommandations 5b), 6b) et 8), des mécanismes équitables soient établis au sujet de l'autorisation (voir les recommandations 3, 5, 6 et 8), l'atteinte aux droits individuels du sujet soit réduite au minimum (voir les recommandations 5c), 6d), 11 et 13), des garanties efficaces soient instaurées sur le plan de la procédure (voir les recommandations 9 à 13) et des limites soient établies quant aux types de techniques pouvant être appliquées (voir la recommandation 2).

D. Les fouilles, perquisitions et saisies abusives

L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui n'a pas d'équivalent manifeste dans la *Déclaration canadienne des droits*, dispose que : «Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Pour ce qui a trait aux techniques d'investigation visant la personne, cette disposition n'est donc applicable, en principe, qu'à celles qui peuvent être considérées comme une forme de fouille, de perquisition ou de saisie. Seraient par exemple visées par l'article 8 de la Charte les méthodes ayant pour objet l'obtention de substances se trouvant dans le corps du suspect ou du prévenu¹⁰³. Il est toutefois moins certain que cette disposition s'applique aux techniques ne visant pas à l'obtention de «choses tangibles»¹⁰⁴. D'après certaines décisions récentes, en effet, le simple fait de prendre les empreintes digitales¹⁰⁵ d'un prévenu en

100. *R. v. Dyment* (1984), 12 C.C.C. (3d) 531 (C.S. Î.-P.-É.), p. 534.

101. Voir *R. v. Holman*, *supra*, note 79. Voir également *Curr c. La Reine*, *supra*, note 68.

102. Voir *Re Jamieson and The Queen*, *supra*, note 80.

103. Voir F. Chevrette, «La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive», dans Beaudoin et Tarnopolsky (éds), *supra*, note 98, 367, p. 371.

104. *Ibid.*

105. Voir *R. v. Glass*, *R. v. McGregor*, *R. v. Higgins*, *supra*, note 88.

vertu des dispositions de la *Loi sur l'identification des criminels*, ou de prélever des échantillons d'haleine¹⁰⁶ en s'autorisant des dispositions du *Code criminel* sur l'alcootest, ne constitue pas une violation de l'article 8.

Il est encore trop tôt pour apprécier toute l'incidence de l'article 8 de la Charte sur le recours aux techniques d'investigation visant la personne¹⁰⁷, mais nous pensons que la façon dont a été interprété aux États-Unis le quatrième amendement, peut nous apporter certains enseignements à cet égard. Après avoir examiné la doctrine et la jurisprudence pertinentes, nous sommes convaincus que pour garantir le caractère raisonnable du recours à une technique d'investigation, il est essentiel de tenir compte d'au moins cinq éléments : (1) la gravité de l'infraction sur laquelle porte l'enquête (voir les recommandations 5a) et 6a)); (2) les motifs et le fondement juridique de l'emploi de la technique d'investigation (voir les recommandations 3, 5b), 5c), 6b), 6c) et 6d)); (3) la manière dont celle-ci est appliquée (voir les recommandations 11 à 13); (4) le caractère attentatoire inhérent à la technique utilisée [certaines techniques extrêmement attentatoires peuvent être tenues pour abusives en soi et, partant, injustifiées dans tous les cas (voir la recommandation 2); d'autres peuvent n'être justifiables que si le sujet consent à leur utilisation (voir la recommandation 3a)]; enfin (5) l'éventuelle valeur probante de la technique d'investigation (voir les recommandations 4, 5b) et 6b))¹⁰⁸. C'est pourquoi nous avons conçu un régime fondé sur ces critères. Nous avons en outre de fortes raisons de croire que la doctrine et la jurisprudence américaines auront une profonde influence sur la manière dont sera interprétée, chez nous, l'expression «fouilles, perquisitions ou saisies abusives». La Cour suprême du Canada n'a-t-elle pas récemment, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*¹⁰⁹, attaché beaucoup d'importance au fait que le juge Stewart, dans l'affaire *Katz v. United States*¹¹⁰, ait décidé que les perquisitions sans mandat devaient être présumées abusives au regard du quatrième amendement? Après avoir déclaré : «je suis d'avis de conclure qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie¹¹¹», le juge Dickson (les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson souscrivant à cette opinion) a ajouté : «je suis d'avis d'adopter en l'espèce la formulation du juge

106. Voir *R. v. Holman*, *supra*, note 79. Cependant, voir *R. v. Giesbrecht* (1984), 12 W.C.B. 331 (C. prov. Man.).

107. Voir *R. v. DeCoste* (1983), 60 N.S.R. (2d) 170 (C.S. Div. prem. inst.); *R. v. Dymont*, *supra*, note 100; *R. v. Meikle*, non publié, le 29 avril 1983 (C. comté Ont.); *R. v. McCreedy* (1982), 9 W.C.B. 109 (C. prov. C.-B.); *R. v. Alderton* (1984), 12 W.C.B. 168 (C. comté Ont.); *R. v. Morton* (1984), 12 W.C.B. 321 (C. comté Ont.); *R. v. Tompson* (1984), 12 W.C.B. 414 (C. prov. C.-B.); *R. v. Pohoretsky* (1984), 12 W.C.B. 369 (C. comté Man.); *R. v. Truchanek*, *supra*, note 43; *R. v. Simmons* (1984), 39 C.R. (3d) 223 (C.A. Ont.); *R. v. Myers* (1984), 14 C.C.C. (3d) 82 (C.S. Î.-P.-É., Div. App.).

108. Pour une étude de la jurisprudence américaine relative aux techniques d'investigation applicables à la personne dans ce contexte, voir J. W. Hall Jr., *Search and Seizure*, Rochester, N. Y., Lawyers Co-operative Publishing Co., 1982, p. 505-529 (et le supplément de 1984). Voir également Chevette, *supra*, note 103, p. 376.

109. [1984] 2 R.C.S. 145, (1984) 14 C.C.C. (3d) 97.

110. (1967), 398 U.S. 347 (C.S. É.-U.).

111. *Supra*, note 109, p. 161 (R.C.S.), p. 109 (C.C.C.).

Stewart qui s'applique pareillement au concept du «caractère abusif» que l'on trouve à l'art. 8, et j'estime que la partie qui veut justifier une perquisition sans mandat doit réfuter cette présomption du caractère abusif¹¹²».

E. Les traitements cruels et inusités

Suivant l'article 12 de la Charte, «[c]hacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités». De la même façon, l'alinéa 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* énonce que «nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme ... infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition». Aucune décision définitive n'a encore été rendue sur le sens de l'expression «traitements ou peines cruels et inusités» employée dans la Charte. Bien que d'après une décision récente, elle ne vise pas la prise d'empreintes digitales¹¹³, on ne peut écarter la possibilité que les dispositions de l'article 12 soient invoquées à l'égard de techniques d'investigation d'un caractère extrêmement attentatoire.

Selon la Commission, l'esprit des articles 12 et 1 de la Charte exige que les techniques d'investigation applicables à la personne soient conformes à des critères fondamentaux et reconnus en matière de décence (voir les recommandations 4 et 11), ne présentent pas un caractère plus attentatoire que cela n'est nécessaire pour les fins visées (voir les recommandations 5c), 6d) et 13) et ne présentent pas un caractère attentatoire disproportionné à la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête (voir les recommandations 4, 5a), 6a) et 8).

II. Les techniques autorisées

L'élaboration de dispositions législatives destinées à régir l'application des techniques d'investigation visant la personne supposait que nous nous demandions si certaines d'entre elles ne devraient pas être spécifiquement interdites parce qu'en soi, elles «empi[ètent] de façon abusive ou arbitraire sur les droits et libertés des personnes¹¹⁴». Après avoir examiné les diverses techniques dont il est question ci-dessus ainsi que les problèmes qu'elles peuvent soulever sur le plan juridique, nous sommes arrivés à la conclusion que les techniques «susceptibles d'interdiction» se répartissent en deux catégories : (1) celles qui ne sont pas assez fiables du point de vue scientifique; et (2) celles qui, par nature, revêtent un caractère trop attentatoire pour pouvoir être utilisées dans le cadre d'enquêtes criminelles (c'est-à-dire les techniques qui seraient intrinsèquement abusives si elles étaient employées sans le consentement du sujet et dans le seul but de faire progresser

112. *Id.*, p. 161 (R.C.S.), p. 109-110 (C.C.C.).

113. Voir *R. v. McGregor*, *supra*, note 88.

114. Gouvernement du Canada, *supra*, note 15, p. 62.

une enquête et celles à l'égard desquelles tout consentement serait déraisonnable, si elles n'étaient pas indiquées sur le plan thérapeutique). Cela dit, il reste ensuite à déterminer précisément quelles techniques devraient être rangées dans l'une ou l'autre de ces catégories. Une telle classification est très difficile à établir et nous risquons d'inclure ou d'omettre par erreur certaines techniques. Il nous paraît cependant essentiel de prendre des mesures propres à dissuader la police de recourir à des techniques qui portent exagérément atteinte aux droits individuels et dont l'utilisation en vue d'obtenir des éléments de preuve ne nous paraît pas justifiée. Mais plutôt que de tenter de définir les limites des techniques d'investigation visant la personne en permettant l'application par la force de certaines d'entre elles tout en interdisant carrément l'utilisation de certaines autres, nous préférons énumérer les techniques à l'utilisation desquelles les suspects et les prévenus devraient dans certaines circonstances être tenus de se soumettre (voir les recommandations 4, 5, 6 et 8), énumérer les techniques qui ne devraient en aucun cas être employées dans le cadre d'une enquête (voir la recommandation 2) et recommander que certaines techniques ne puissent être utilisées qu'avec le consentement du sujet (voir la recommandation 3a).

Pour déterminer quelles sont les techniques d'investigation auxquelles les citoyens devraient pouvoir être tenus de se soumettre, nous nous sommes fondés notamment sur deux critères importants : (1) leur éventuelle force probante et (2) leur caractère attentatoire inhérent (soit la mesure dans laquelle leur utilisation porte atteinte à l'intégrité mentale ou physique du sujet, à l'intimité de sa vie privée, à sa dignité ou à sa sécurité). Selon la Commission, personne ne devrait d'une manière générale être forcé de se soumettre à l'application d'une technique d'investigation à moins que celle-ci ne soit susceptible de fournir des éléments de preuve pouvant s'avérer utiles au moment du procès. La force probante des indices recueillis dépend bien sûr dans une large mesure des circonstances de chaque affaire¹¹⁵, mais nous croyons néanmoins qu'une technique ne devrait être considérée comme acceptable que si sa validité est d'une manière générale reconnue dans les milieux compétents¹¹⁶. Comme nous l'avons vu, les diverses techniques d'investigation applicables à la personne ne présentent pas toutes le même intérêt sur le plan de la preuve et ne sont pas toutes attentatoires au même degré aux droits du sujet. Aussi la Commission estime-t-elle que personne ne devrait être tenu de se soumettre à l'application d'une technique d'investigation dont l'éventuelle valeur probante est moins grande que son caractère attentatoire.

115. Dans certains cas, par exemple, les empreintes digitales permettent une identification certaine. Cependant (comme toute autre preuve circonstancielle), cette preuve est parfois susceptible d'être écartée. Voir McWilliams, *supra*, note 95, p. 70-90. Du reste, la preuve par empreinte digitale, si elle ne peut permettre d'établir l'identité du délinquant, peut venir confirmer d'autres preuves relatives à cette question. Voir, par exemple, *R. v. La Rochelle* (1952), 104 C.C.C. 349 (C.S. N.-É.).

116. Voir *Frye v. United States* (1923), 293 F. 1013 (D.C. Cir.), p. 1014; *R. v. Medvedew*, *supra*, note 64, p. 200.

III. Les motifs justifiant le recours à des techniques d'investigation applicables à la personne et l'autorisation judiciaire

La Commission croit que, le cas du consentement mis à part, le recours aux techniques d'investigation faisant l'objet du présent rapport ne devrait pas en principe pouvoir être autorisé sans que le sujet ait été arrêté ou inculpé d'une infraction (voir les recommandations 3a), 5a), 6a) et 8). Certains pourront craindre que la police soit alors tentée d'abuser de ses pouvoirs d'arrestation et d'inculpation¹¹⁷. Mais comme l'application de ces techniques est susceptible de porter atteinte aux droits individuels, la Commission estime que les soupçons requis pour arrêter ou inculper une personne constituent une garantie essentielle contre les atteintes injustifiées à la liberté et à la sûreté individuelles¹¹⁸. En effet, ce n'est certes pas en autorisant l'application de techniques d'investigation à des personnes qui n'ont été ni arrêtées ni inculpées que l'on protégera les suspects contre le zèle excessif de certains enquêteurs de la police. Au contraire, cela contribuerait peut-être à accroître les risques de harcèlement abusif des citoyens de la part des policiers¹¹⁹.

Étant donné que toutes les techniques d'investigation applicables à la personne supposent, à des degrés divers, une atteinte à l'intégrité physique ou mentale du sujet, nous croyons également que, abstraction faite du cas du consentement (voir la recommandation 3a)), leur utilisation ne devrait être autorisée que dans le cadre d'enquêtes sur des infractions graves (c'est-à-dire qu'elles devraient être appliquées avec *modération*; voir les recommandations 5a), 6a) et 8) et que l'existence de motifs raisonnables (savoir, un dessein légitime) devrait logiquement constituer une condition préalable minimale à l'application d'une de ces techniques (voir les recommandations 5b), 6b) et 8). En outre, pour être considérés comme raisonnables ou légitimes, les motifs doivent en principe être appréciés au regard d'un critère plus rigoureux que, par exemple, dans le cas où il s'agit d'une atteinte de l'État au droit de propriété d'un individu. Citons à ce propos les observations du juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*¹²⁰ : «Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité». Et si le juge rappelle que «[l]'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi¹²¹», il souligne presque tout de suite après que «si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent¹²²». Aussi la Commission estime-t-elle que l'application des critères de justification raisonnable et de modération exige, d'une manière générale, qu'il soit établi ou que l'on ait des motifs raisonnables

117. Voir New Zealand Criminal Law Reform Committee, *supra*, note 10, par. 27, p. 14.

118. *Id.*, Rapport des membres minoritaires, par. 3, p. 1-2.

119. *Id.*, Rapport des membres minoritaires, par. 7, p. 3.

120. *Supra*, note 109, p. 167-168 (R.C.S.), p. 114-115 (C.C.C.).

121. *Id.*, p. 168 (R.C.S.), p. 115 (C.C.C.).

122. *Ibid.*

de croire que la technique envisagée fournira des éléments de preuve relatifs à l'infraction sur laquelle porte l'enquête (voir les recommandations 5b) et 6b)) et qu'il est impossible en pratique de recourir à une autre méthode, moins attentatoire aux droits du sujet, pour obtenir les éléments de preuve recherchés (voir les recommandations 5c) et 6d)).

La Commission est également d'avis que si l'on veut prévenir les atteintes injustifiées aux droits individuels, l'autorisation judiciaire devrait normalement être requise pour l'application de toute technique d'investigation sans le consentement du sujet (voir la recommandation 3b)). Comme le faisait en effet observer le juge Dickson dans l'arrêt *Southam*, la nécessité d'obtenir une autorisation préalable «impose à l'État l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier¹²³». Cette exigence «est conforme à l'esprit apparent de la Charte qui est de préférer, lorsque cela est possible, le droit des particuliers de ne pas subir l'ingérence de l'État au droit de ce dernier de poursuivre ses fins par une telle ingérence¹²⁴». Avec le plus grand respect, nous souscrivons totalement à l'opinion du juge Dickson sur ce point. Nous devons cependant préciser que même si nous approuvons le principe de l'autorisation judiciaire préalable, nous ne croyons pas qu'il devrait s'agir là d'une règle absolue et immuable. En effet, comme les éléments de preuve fournis par certaines techniques d'investigation sont par nature fugaces ou destructibles, l'obtention d'une autorisation judiciaire risque selon nous de s'avérer impraticable dans certains cas. Aussi pensons-nous qu'une exception restreinte devrait être prévue à l'égard de ces situations particulières (voir la recommandation 6), à condition que des mécanismes soient mis sur pied en vue d'obliger les agents de la paix à rendre compte de leurs actes (voir la recommandation 7).

La Commission croit en outre — malgré sa préférence pour l'autorisation judiciaire préalable — qu'il y aurait lieu d'assouplir la rigueur de cette exigence à l'égard de certaines techniques d'investigation, lorsqu'elles ne sont utilisées qu'en vue de l'identification. Nous pensons en fait à la prise d'empreintes digitales et à la photographie. Ces techniques sont bien sûr souvent utiles pour établir un lien entre un suspect et une infraction précise et, dans un tel contexte, nous estimons que leur utilisation devrait effectivement être subordonnée à l'obtention d'une autorisation judiciaire. Mais elles peuvent également remplir une fonction beaucoup plus simple, consistant dans l'établissement de l'identité des personnes inculpées d'infractions pénales et dans la constitution de fichiers. Les empreintes digitales et les photographies constituent parfois des outils indispensables pour l'arrestation de fugitifs connus; les premières peuvent en outre faciliter l'application des diverses dispositions du *Code criminel* portant sur les condamnations antérieures et même parfois se révéler essentielles à cet égard¹²⁵. Étant donné la fréquence des cas où il est nécessaire, avant de rendre une décision, d'établir l'identité d'une personne ou les éventuelles condamnations antérieures prononcées contre elle, il nous semble probable que l'obtention d'une autorisation judiciaire, si elle était obligatoire dans tous les cas, imposerait un fardeau trop lourd aux autorités ou alors risquerait de perdre toute signification.

123. *Id.*, p. 160 (R.C.S.), p. 109 (C.C.C.).

124. *Ibid.*

125. Voir *Re Jamieson and The Queen*, *supra*, note 80, p. 445. Parmi ces dispositions du *Code*, citons, par exemple, les alinéas 83(1)d), 457.3(1)c), 662.1(3)b), le paragraphe 236(1) et les articles 536-538, 592-594, 740. Voir également l'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, modifiée.

À la lumière de ces considérations pratiques, et vu le caractère peu attentatoire de la prise d'empreintes digitales et de photographies par rapport aux autres techniques d'investigation applicables à la personne, nous sommes d'avis que l'autorisation judiciaire ne devrait pas être obligatoire lorsque ces méthodes sont utilisées à de simples fins d'identification (voir la recommandation 8).

IV. Les garanties

Pour atteindre les objectifs d'équité, de simplicité de la loi, de limitation des atteintes aux droits individuels et, en définitive, d'approbation de la part du public, il est indispensable d'instituer des garanties supplémentaires. Premièrement, il importe que seules des personnes qualifiées soient autorisées à soumettre des personnes à l'application de techniques d'investigation (voir la recommandation 12). Il s'agit en effet, non seulement de protéger la santé et la sécurité des sujets, mais aussi d'éviter qu'une méthode d'investigation soit utilisée d'une manière propre à amoindrir la valeur des éléments de preuve obtenus et à rendre ainsi totalement inutile l'utilisation de cette technique. Deuxièmement, il convient de protéger le mieux possible l'intimité du sujet, compte tenu de la nature de la technique utilisée (voir la recommandation 11). Troisièmement, toute méthode d'investigation devrait être appliquée de façon à incommoder le sujet le moins possible, selon la nature de la technique utilisée et selon les circonstances (voir la recommandation 13). Quatrièmement, il est indispensable que les personnes que l'on veut soumettre à l'application d'une technique d'investigation soient informées des raisons pour lesquelles on le leur demande et du fait que la loi les oblige ou non à s'y soumettre (voir la recommandation 9). Enfin, cinquièmement, dans les cas où le consentement est requis, il faut garantir la validité de celui-ci en veillant à ce que le sujet soit informé de la nature et du but de la technique dont l'utilisation est envisagée, de tout risque important pour sa santé ou sa sécurité, de son droit de consulter un avocat et enfin de son droit de refuser de donner son consentement et de le retirer en tout temps (voir la recommandation 10).

Les conclusions défavorables pouvant en certaines circonstances être tirées à l'égard d'un inculpé qui refuse de se soumettre à l'application de techniques d'investigation alors que la loi ne l'oblige pas à le faire, sont à l'heure actuelle l'objet de règles très complexes; il s'agit là d'un domaine où règne l'incertitude. Aussi sommes-nous conscients que toute mise en garde faite quant au droit de refuser de se soumettre à l'application de techniques à l'égard desquelles le consentement est nécessaire, risque d'être incomplète et trompeuse. C'est pourquoi nous avons exprimé l'avis, dans notre document de travail intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques*, qu'il serait peut-être préférable que l'avocat soit chargé d'informer son client à ce sujet. Mais après mûre réflexion, nous estimons maintenant que la meilleure solution consisterait à réviser, si cela s'avère nécessaire, les règles régissant les conclusions défavorables, plutôt que de mettre inutilement en péril la notion de consentement donné en toute connaissance de cause.

Les diverses garanties énumérées ci-dessus constituent selon nous les mesures les plus importantes et les plus efficaces en ce qui concerne la protection des droits individuels. Il serait possible d'en ajouter d'autres (présence d'un avocat, présence du médecin du

sujet, analyse par un laboratoire distinct et indépendant de toute substance prélevée sur le sujet) mais certaines considérations pratiques militent contre leur inclusion à titre de droits garantis, dans un régime à caractère législatif. En effet, si d'une part nous croyons que les personnes arrêtées ou détenues devraient continuer à jouir du droit conféré par l'alinéa 10b) de la Charte «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé[es] de ce droit», et si nous souhaitons la présence d'un avocat pendant l'application de la technique d'investigation, dans toute la mesure du possible, lorsque tel est le désir du sujet, nous craignons d'autre part que les avantages découlant de la reconnaissance légale d'un tel droit ne soient annihilés par les problèmes que risquerait manifestement de poser son application. La même difficulté se pose en ce qui concerne la présence du médecin. En supposant l'adoption de toutes les autres garanties que nous proposons, le droit du sujet à la présence de son avocat ou de son médecin ne nous semble du reste pas constituer une mesure essentielle.

Parfois, il peut être avantageux de faire analyser par un autre laboratoire les substances prélevées¹²⁶. Mais l'institution dans la loi d'un droit de nature générale, plus étendu que ce qui est déjà prévu à l'article 533 du *Code criminel*¹²⁷, pose de nombreux problèmes pratiques. Dans bien des cas (si, par exemple, l'échantillon prélevé sous les ongles est infime, ou si l'élément de preuve recherché ne se trouve que dans une partie du prélèvement), il pourra s'avérer impossible de diviser l'échantillon en deux parties en vue d'analyses distinctes. Parfois aussi, cette précaution sera inutile (par exemple, dans le cas où des prélèvements de salive sont effectués en vue de vérifier si le donneur présente un caractère «sécréteur» et, dans l'affirmative, à quel groupe sanguin il appartient) : comme le caractère «sécréteur» et le type sanguin sont des traits permanents, le donneur pourra dans tous les cas faire effectuer d'autres analyses par la suite. Pour ces raisons, nous limiterons pour l'instant nos recommandations, en ce qui concerne l'accès aux éléments de preuve obtenus par l'application de techniques d'investigation visant la personne, à celles déjà présentées dans le récent rapport de la Commission intitulé *La communication de la preuve par la poursuite*¹²⁸. Dans ce rapport, nous avons exprimé l'avis que le prévenu devrait avoir le droit «d'examiner toutes les pièces que le poursuivant a l'intention de produire et, si possible, d'en recevoir des copies¹²⁹». Et comme nous le

126. Voir, par exemple, la recommandation faite par la Commission au sujet des prélèvements de sang dans le rapport intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules*, *supra*, note 85, p. 23.

127. Voici les dispositions de l'article 533 du *Code* :

533. (1) Un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou une cour de juridiction criminelle peut, sur demande sommaire au nom de l'accusé ou du poursuivant, après un avis de trois jours donné à l'accusé ou au poursuivant, selon le cas, ordonner la communication de toute pièce aux fins d'épreuve ou d'examen scientifique ou autre, sous réserve des conditions estimées nécessaires ou opportunes pour assurer la protection de la pièce et sa conservation afin qu'elle serve au procès.

(2) Quiconque omet de se conformer aux termes d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) est coupable d'outrage au tribunal et peut être traité sommairement par le juge ou le magistrat qui a rendu l'ordonnance ou devant qui, le procès du prévenu a lieu.

128. Commission de réforme du droit du Canada, *La communication de la preuve par la poursuite* [Rapport 22], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

129. *Id.*, p. 14.

soulignons aussi, «nos propositions permettraient à tout le moins à l'accusé d'avoir accès aux rapports faisant suite aux épreuves lorsque le poursuivant se propose de citer l'expert comme témoin¹³⁰».

De toute évidence, les personnes qui se conforment aux règles régissant l'utilisation des techniques d'investigation et qui s'acquittent de leur tâche de façon compétente, ne devraient pas être exposées à quelque responsabilité juridique que ce soit. Toutefois, la Commission n'est pas encore arrivée à une formulation définitive de ce principe et, de toute façon, le problème dépasse les limites du présent rapport. En outre, la question de la responsabilité ne se pose pas uniquement dans le domaine des techniques d'investigation applicables à la personne. Aussi sera-t-elle approfondie dans le rapport de la Commission intitulé *La partie générale — Responsabilité et moyens de défense*.

Dans le même ordre d'idées, il convient aussi de se demander si les personnes qualifiées, les médecins par exemple, devraient avoir certaines obligations, en vertu de la loi, au regard de l'application de techniques d'investigation visant la personne. En premier lieu, la loi pourrait automatiquement obliger ces personnes, dans des circonstances définies, à appliquer certaines méthodes. De telles dispositions ont été adoptées dans au moins un pays du Commonwealth au sujet des prises de sang effectuées à la suite d'un accident de la route¹³¹. En deuxième lieu, ces personnes pourraient n'être tenues d'appliquer certaines techniques d'investigation que si un agent de la paix le leur ordonne spécifiquement (et, éventuellement, à la condition que cela ne comporte aucun risque pour la santé et la sécurité du sujet). Il s'agirait en réalité d'étendre la portée de l'alinéa 118b) du *Code criminel*, qui rend coupable d'une infraction quiconque «omet, sans excuse raisonnable, de prêter main-forte à un fonctionnaire public ou à un agent de la paix qui exécute son devoir en arrêtant quelqu'un ou en préservant la paix, après un avis raisonnable portant qu'il est requis de le faire». En troisième lieu — et c'est la solution que préconise la Commission — on pourrait décider de n'adopter aucune disposition législative obligeant dans certaines circonstances les médecins, ou toute autre personne qui n'est pas employée par l'Administration à cette fin précise, à appliquer quelque méthode d'investigation que ce soit. Cette solution est conforme à celle que nous avons retenue dans notre récent rapport intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules*¹³². À notre avis, répétons-le, ce serait porter inutilement atteinte aux droits individuels de simples citoyens que d'astreindre ces personnes à des obligations au regard des enquêtes effectuées en matière criminelle; dans certains cas, il s'agirait en outre d'une atteinte abusive aux liens particuliers qui existent entre le médecin et son patient. C'est pourquoi les dispositions législatives dont nous proposons l'adoption seraient forcément rédigées de manière à énoncer et à garantir clairement l'absence de toute obligation légale à cet égard.

130. *Id.*, p. 28.

131. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 7, p. 81.

132. *Supra*, note 85, p. 25.

V. Les conséquences des infractions aux règles de procédure

Pour garantir l'observation des règles de procédure relatives aux techniques d'investigation visant la personne, on peut recourir entre autres aux deux moyens suivants : (1) l'établissement de sanctions en cas d'infractions (par exemple, sanctions disciplinaires ou pénales); ou (2) l'exclusion de tout élément de preuve obtenu grâce à cette infraction. Comme nous l'avons souligné, il y a déjà un certain temps, dans notre rapport intitulé *La preuve*¹³³, nous croyons que l'exclusion des éléments de preuve constitue un bon moyen de «garantir l'intégrité du processus judiciaire». Et plus récemment, nous avons exprimé l'avis, dans le rapport intitulé *L'interrogatoire des suspects*¹³⁴, que ce mécanisme permet de contrôler efficacement l'exercice des pouvoirs d'enquête. Reste à savoir si, vu la règle d'exclusion maintenant énoncée à l'article 24 de la Charte, l'institution d'une règle particulière s'impose à l'égard des mécanismes que nous proposons en vue de la réglementation des techniques d'investigation applicables à la personne. Selon nous il convient de répondre à cette question par l'affirmative.

Force est d'admettre que toute contravention aux règles de procédure proposées (même aux plus importantes d'entre elles) ne constituerait pas nécessairement une violation des dispositions de la Charte. Si aucune règle distincte d'exclusion n'était énoncée, la règle posée dans l'arrêt *Wray*¹³⁵ risquerait donc d'être encore applicable dans certaines circonstances. Or, cela serait à notre avis absolument déplorable : il s'agirait en effet d'une entorse aux principes mêmes sur lesquels s'appuie le régime que nous proposons. Si ces principes doivent être considérés comme sérieux, si la primauté du droit n'est pas un vain mot, il nous semble que logiquement, l'État qui institue des règles minimales de procédure sur cette base ne devrait pas, d'une manière générale, être autorisé à tirer parti d'éventuelles contraventions à ces règles¹³⁶.

Nous estimons aussi que dans le domaine délicat des techniques d'investigation visant la personne, il convient, en ce qui concerne les atteintes aux droits individuels et la fiabilité des éléments de preuve, d'établir des garanties un peu plus rigoureuses que celles énoncées dans la Charte. Mais d'un autre côté, il nous semble important d'éviter que des éléments de preuve dignes de confiance risquent d'être automatiquement écartés pour des contraventions anodines, des manquements insignifiants aux formalités prescrites. Aussi croyons-nous que lorsque les autorités contreviennent à des règles de procédure en soumettant des citoyens à l'application de techniques d'investigation, les conséquences devraient dans une large mesure être déterminées par la nature et la gravité de la contravention. Pour toutes ces raisons, nous préconisons l'établissement d'une règle d'exclusion d'application restreinte (et non absolue) qui imposerait au poursuivant l'obligation de convaincre le tribunal que la réception des éléments de preuve obtenus en

133. Commission de réforme du droit du Canada, *La preuve* [Rapport 1], Ottawa, Information Canada, 1975, p. 69.

134. *Supra*, note 2.

135. *Supra*, note 24.

136. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *L'exclusion de la preuve illégalement obtenue* [Document préliminaire], Ottawa, Information Canada, 1974, p. 24-26.

violation des règles proposées ne risque pas de déconsidérer l'administration de la justice¹³⁷ (voir la recommandation 14). À notre avis, cette solution est absolument conforme aux principes fondamentaux de la Révision du droit pénal, formulés par le gouvernement du Canada dans *Le Droit pénal dans la société canadienne*. Selon ce document, c'est «en termes de présomption, d'une charge de la preuve¹³⁸» que s'exprime «une approche plus pratique, une méthode susceptible de départager les opinions contradictoires à l'égard du point d'équilibre¹³⁹» lorsqu'il est question de l'«équilibre entre les libertés individuelles et le souci de donner à l'État les pouvoirs lui permettant de prévenir et de réprimer le crime de façon efficace¹⁴⁰».

Généralement parlant, c'est à notre avis une garantie minimale qu'énonce le paragraphe 24(2) de la Charte. En principe, l'existence de cette disposition n'interdit donc pas le recours à un critère différent, plus rigoureux lorsque cela s'avère socialement opportun. Du reste, il existe depuis longtemps des «règles d'exclusion» énoncées ailleurs que dans la Constitution¹⁴¹. La très ancienne notion du «secret professionnel de l'avocat», par exemple, interdit de façon distincte la divulgation devant le tribunal de renseignements pertinents lorsque cette valeur fondamentale est en cause¹⁴². Ayant fondé le régime proposé sur ce qui constitue à notre avis les principes fondamentaux de la société, nous tenons pour essentielle l'institution d'une règle d'exclusion spécifique : il s'agit de protéger des valeurs sociales qui transcendent le droit de l'État à rechercher la vérité.

VI. Les mécanismes visant à garantir la coopération du sujet

Quels moyens peut-on prendre pour forcer le sujet à se soumettre à l'application légitime d'une technique d'investigation? Essentiellement, trois mécanismes sont envisageables. Le premier consisterait à autoriser l'emploi de la force, dans une certaine mesure. Cette solution a déjà été retenue au Canada en ce qui a trait à certains types de méthodes d'investigation visant la personne. Le paragraphe 2(2) de la *Loi sur l'identification des criminels*, par exemple, dispose : «Il est permis d'employer la force nécessaire pour effectuer et appliquer utilement [les] mensurations, procédés et opérations» autorisés en vertu du paragraphe (1). Dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*, le juge Dickson (il n'était pas encore juge en chef), s'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada, a tranché de la façon suivante le point de savoir si un suspect ou un prévenu pouvait être contraint par la force à participer à une séance d'identification : «À cette fin, l'exercice d'une contrainte raisonnable est ... accessoire au pouvoir de la police de faire enquête

137. Voir Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 9, par. 298, p. 141.

138. *Supra*, note 15, p. 59.

139. *Ibid.*

140. *Id.*, p. 58.

141. Voir, en général, R. J. Delisle, *Evidence: Principles and Problems*, Toronto, Carswell, 1984, chapitre 6.

142. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 136, p. 3-4; Delisle, *supra*, note 141, chapitre 6.

et d'effectuer des arrestations, et elle n'est pas plus susceptible de soulever des objections que le fait d'obliger un prévenu à se montrer pour qu'un témoin de la poursuite puisse l'observer au cours d'un procès¹⁴³».

La deuxième façon de forcer le sujet à se soumettre à l'application d'une technique d'investigation consisterait à instituer une peine pour les cas d'abstention ou de refus. Ce moyen a lui aussi été utilisé dans une certaine mesure au Canada. Aux termes des paragraphes 234.1(2) et 235(2) du *Code criminel*, par exemple, commet une infraction à option de procédure quiconque refuse sans excuse raisonnable de donner l'échantillon d'haleine qu'un agent de la paix lui ordonne de fournir en vertu des paragraphes 234.1(1) ou 235(1), respectivement. Et d'après le paragraphe 240.1(2), le refus d'obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix en vertu du paragraphe 240.1(1) constitue une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. Enfin, suivant les articles 133, 453.4 et 455.6 du *Code*, le fait de ne pas *comparaître* «aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*» peut constituer une infraction et donner lieu à la délivrance d'un mandat d'arrestation contre le prévenu relativement à l'infraction dont il est inculpé; cependant, la loi ne précise aucunement à quelles conséquences il s'expose en refusant de collaborer. La loi ne prévoit aucune peine spécifique pour le refus de coopérer avec les psychiatres ou les psychologues pendant les examens autorisés en vertu des dispositions du *Code criminel*. Lorsqu'un prévenu ne «se présente» pas «pour observation» alors qu'une ordonnance a été rendue à cet effet en vertu de l'une des dispositions pertinentes du *Code*, il pourrait sans doute être puni pour avoir désobéi à l'ordonnance. Mais s'il «se présente», il n'est pas certain qu'il soit exposé à des sanctions en cas de refus de se soumettre à l'application des techniques envisagées par les autorités; un tel refus pourrait cependant constituer l'infraction d'entrave à la justice. Aux termes de l'alinéa 118a) du *Code criminel*, quiconque «volontairement entrave un fonctionnaire public ou un agent de la paix dans l'exécution de son devoir ou toute personne prêtant légalement main-forte à un tel fonctionnaire ou agent, ou lui résiste en pareil cas» est coupable d'une infraction à option de procédure.

Le troisième mécanisme envisageable consiste dans l'adoption de dispositions permettant au juge ou au jury, selon le cas, de tirer des conclusions défavorables du refus, de la part du prévenu, de participer à l'application d'une technique d'investigation. Ce moyen a lui aussi été employé au Canada au regard de certaines méthodes visant la personne. Citons par exemple les dispositions du paragraphe 237(3) du *Code criminel*, relatives à la conduite pendant que la capacité de conduire est affaiblie :

(3) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234, la preuve que le prévenu, sans excuse raisonnable, a fait défaut ou refusé d'obtempérer à une sommation qui lui a été faite par un agent de la paix en vertu de l'article 234.1 ou du paragraphe 235(1), est admissible et le tribunal peut en tirer une conclusion défavorable à l'accusé.

L'article 240.3 du *Code criminel* rend cette disposition applicable aux procédures prévues par le paragraphe 240(4) (conduite d'un bateau pendant que la capacité de conduire est

143. *Supra*, note 39, p. 771 (R.C.S.), p. 7 (C.C.C.).

affaiblie) et l'article 240.2 (fait de conduire ou d'utiliser un bateau lorsqu'on a plus de 80 mg d'alcool dans le sang).

Même s'il n'existait aucune disposition législative à cet égard, il ressort clairement de la jurisprudence que lorsqu'un prévenu ou un suspect refuse de se soumettre à l'application de certaines techniques d'investigation, il s'expose dans certains cas à ce que soient tirées des conclusions défavorables¹⁴⁴.

Si, comme nous le recommandons, les citoyens ne peuvent être tenus de se soumettre à l'application de techniques d'investigation que dans le cas d'infractions graves, il nous paraît évident que, parmi les moyens mentionnés ci-dessus, seul le recours à la force est susceptible de garantir le concours des sujets. D'après nous, en effet, le risque d'être condamné pour une infraction mineure ne pourrait vraisemblablement pas inciter un coupable à participer à l'application de techniques susceptibles d'établir un lien entre lui et la perpétration d'une infraction grave¹⁴⁵. Le même argument est valable en ce qui concerne les risques de conclusions défavorables. D'ailleurs, lorsque le sujet refuse de se soumettre à l'application d'une technique d'investigation qui porte gravement atteinte à son intégrité personnelle, il serait sans doute injustifiable, sur le plan logique, que des conclusions défavorables puissent être tirées de ce refus. Pour toutes ces raisons, la Commission juge que les dispositions relatives à l'emploi de la force qui seront présentées dans son rapport intitulé *La partie générale — Responsabilité et moyens de défense* devraient s'appliquer dans le domaine des techniques d'investigation visant la personne. Les recommandations faites dans le présent rapport ne comportent donc pas de dispositions spécifiques sur cette question.

Nous n'avons pas encore déterminé la formulation précise des recommandations que nous ferons à ce sujet. Mais une chose est claire : il importe de poser des restrictions très rigoureuses quant à l'emploi de la force dans le domaine des techniques d'investigation. Comme le montrent les dispositions provisoires figurant dans notre document de travail sur la partie générale¹⁴⁶, nous ne croyons pas, par exemple, que la loi devrait autoriser les autorités à recourir inutilement à la force, ou à y recourir d'une manière susceptible de causer des blessures graves. La possibilité d'employer la force dans une mesure restreinte ne devrait donc pas inévitablement évoquer des images de brutalité policière. En interdisant le recours inutile à la force, par ailleurs, on reconnaîtrait que la résistance peut se présenter sous diverses formes : elle peut être purement passive (par exemple, la simple absence de consentement), ou au contraire active et violente, ou encore se situer quelque part entre ces deux extrêmes. D'autre part, en interdisant systématiquement l'emploi de la force, fût-il nécessaire, lorsqu'il risque vraisemblablement

144. Voir *Marcoux et Solomon c. La Reine*, *supra*, note 39; *R. v. Sweeney (No. 2)*, *supra*, note 60; *R. v. Brager* (1965), 47 C.R. 264 (C.A. C.-B.). Mais voir également *R. v. Madden*, *supra*, note 91; *R. v. Shaw*, *supra*, note 47; *R. v. Burns*, *supra*, note 41; *R. v. Gowland* (1978), 45 C.C.C. (2d) 303 (C.A. Ont.); *R. v. McCormack* (1984), 28 Man. R. (2d) 29 (C.A.), p. 32.

145. Voir *The Royal Commission on Criminal Procedure*, *supra*, note 11, par. 3.135, 3.136, p. 67-68, où une opinion semblable est exprimée.

146. Commission de réforme du droit du Canada, *Droit pénal : Partie générale — Responsabilité et moyens de défense* [Document de travail 29], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982.

de causer des blessures sérieuses, on consacrerait la nécessité de circonscrire dans des limites raisonnables les pouvoirs d'investigation de la police en matière criminelle.

Avant de passer à nos recommandations, nous tenons à souligner que suivant le régime proposé, le recours limité à la force dont nous venons de parler dans des termes généraux ne serait permis que dans la mesure où il s'agit de faire observer une ordonnance judiciaire. Autrement dit, on délivrerait l'ordonnance judiciaire en sachant que la force pourrait être employée pour l'exécuter (sous réserve des limites qui seront fixées dans le rapport sur *La partie générale*). Partant, l'emploi de la force viserait normalement à imposer la volonté du pouvoir judiciaire (et non simplement celle de la police) et il serait d'une manière générale soumis au contrôle des tribunaux.



CHAPITRE TROIS

Nos recommandations

À la lumière de l'analyse qui précède, nous avons formulé un certain nombre de recommandations en vue de réglementer, par dispositions législatives, l'application des techniques d'investigation visant la personne. Bien que nous n'ayons pas tenté d'y décrire de façon exhaustive et détaillée la manière dont cette codification devrait être effectuée, nos recommandations énoncent néanmoins les principes fondamentaux sur lesquels devrait à notre avis reposer l'établissement de tout régime de ce genre.

Nous avons exclu des recommandations présentées ci-dessous les recommandations distinctes déjà formulées au sujet de certaines méthodes d'investigation utilisées en matière d'infractions liées à la conduite des véhicules après consommation d'alcool ou de drogues. Estimant que les prélèvements effectués dans ce contexte soulèvent des problèmes particuliers, nous avons jugé bon de ne pas les traiter dans le régime général proposé ici. Aussi ont-ils fait l'objet d'un rapport distinct intitulé *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules*¹⁴⁷.

En proposant l'établissement de dispositions réglementant l'utilisation des techniques d'investigation applicables à la personne, nous ne recommandons nullement — il importe de le souligner — que l'observation des formalités prescrites entraîne automatiquement la recevabilité des éléments de preuve obtenus.

Voici donc les recommandations de la Commission :

Définition

1. (1) En vue de la codification législative, le terme «technique d'investigation applicable à la personne» devrait s'entendre de toute technique à l'application de laquelle une personne en situation d'autorité ou son représentant soumet, avant le jugement, une personne soupçonnée ou accusée d'avoir commis une infraction criminelle, afin d'obtenir ou de recueillir des renseignements touchant

- a) soit l'état ou les caractéristiques physiques ou mentales de cette personne,
- b) soit l'infraction en question.

147. *Supra*, note 85.

(2) Malgré les dispositions du paragraphe (1) de la présente recommandation, la définition du terme «technique d'investigation applicable à la personne» devrait exclure :

- a) les techniques dont l'application n'exige ni le contact physique avec le sujet, ni le concours de ce dernier;
- b) le simple interrogatoire du sujet;
- c) la fouille externe du sujet, revêtu de ses vêtements, effectuée à la recherche de «choses saisissables», au sens donné à ce terme au paragraphe 3(1) de la recommandation 1 de notre rapport intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*.

L'objet de cette recommandation consiste à définir le terme «technique d'investigation applicable à la personne». On trouve tout d'abord une définition générale au paragraphe (1). Seules sont visées les techniques utilisées «avant le jugement» : on ne cherche pas ici à réglementer l'utilisation de techniques qui ne sont pas véritablement liées à l'«investigation», comme par exemple les fouilles ou les méthodes d'identification auxquelles une personne déclarée coupable d'une infraction criminelle peut être soumise dans une prison ou un pénitencier avant l'expiration de sa sentence. Peut-être serait-il opportun d'envisager aussi une réforme dans le domaine des fouilles et de l'identification pratiquées après la déclaration de culpabilité, mais l'étude de cette question particulière déborde le cadre du présent rapport.

Le paragraphe (2) vient ensuite préciser cette définition. L'alinéa a) vise à établir clairement que le régime ne concerne pas les techniques qui ne portent aucunement atteinte à l'intimité du sujet, ni à son intégrité physique ou mentale. Si, par exemple, «l'examen corporel» et «la prise de photographies» constituent des techniques d'investigation applicables à la personne en vertu des alinéa a) et d), respectivement, de la recommandation 4, c'est uniquement dans la mesure où elles supposent le concours du sujet ou un «contact physique» avec lui de la part des autorités (savoir, la police) ou de leurs représentants. Par contre, l'inspection corporelle clandestine du sujet et le fait de prendre des photographies de lui à son insu ne seraient pas considérés comme des techniques d'investigation visant la personne et le régime proposé n'aurait aucune incidence à cet égard.

Les alinéas b) et c) du paragraphe (2) visent à établir clairement que le présent rapport ne concerne pas la réglementation de l'interrogatoire ni celle des fouilles et perquisitions courantes; ces techniques font en effet l'objet de deux rapports récents de la Commission : *L'interrogatoire des suspects* et *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*.

Les techniques dont l'application est interdite

2. Nonobstant toute disposition des présentes recommandations, il ne devrait en aucun cas être permis de recourir aux techniques d'investigation désignées ci-dessous :

- a) l'administration d'une substance quelconque au sujet;

- b) toute technique chirurgicale nécessitant la perforation de la peau ou de tissus humains;
- c) toute technique destinée à extraire le contenu de l'estomac du sujet;
- d) toute technique destinée à fournir une représentation par images d'une partie interne du sujet qui n'est pas exposée à la vue.

Cette recommandation vise l'interdiction absolue de certaines techniques «médicales» qui, utilisées autrement que dans un but thérapeutique seraient en soi abusives si elles étaient appliquées au sujet sans son consentement et, vu leur nature, rendraient abusif tout consentement. Seraient par exemple interdits, en vertu de l'alinéa a), les lavements, l'administration d'émétiques, l'administration du «sérum de vérité», etc. L'alinéa b) aurait pour sa part l'effet d'interdire l'extraction chirurgicale de balles, etc.; il ne vise cependant pas à interdire l'utilisation des techniques moins attentatoires à l'intégrité physique (et seulement «quasi chirurgicales») par lesquelles sont effectués les prélèvements de sang. Quant à l'alinéa c), il interdirait l'application de toute technique du type du lavement gastrique. Enfin, l'alinéa d) prohiberait l'utilisation de rayons-X, d'ultrasons ou de toute technique visant un but semblable et présentant des risques pour la santé.

Par cette recommandation, nous avons voulu limiter de manière explicite les méthodes d'investigation auxquelles peuvent recourir la police et ses représentants. Il s'agissait donc de préciser quelles techniques ne devraient en aucun cas être considérées comme des moyens admissibles de recueillir des éléments de preuve. Il n'entrait pas dans nos intentions, toutefois, d'empêcher les suspects et les prévenus de se prêter à l'application des techniques énumérées lorsqu'ils jugent que cela est dans leur intérêt; dans ce cas, en effet, on ne peut parler de «techniques d'investigation applicables à la personne» au sens de la recommandation 1, puisque ce n'est pas «une personne en situation d'autorité ou son représentant» qui tente «d'obtenir ou de recueillir des renseignements ...».

Les conditions préalables à l'application d'une technique d'investigation

3. Sauf dispositions contraires dans les présentes recommandations, le recours à une technique d'investigation applicable à la personne ne devrait pouvoir être autorisé que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) avec le consentement du sujet;
- b) en vertu d'une ordonnance judiciaire rendue en conformité avec les dispositions de la recommandation 5.

Il s'agit ici d'énoncer que le *consentement* ou l'*ordonnance judiciaire* constituent les conditions normales de l'utilisation d'une technique d'investigation applicable à la personne. Le consentement est permis — et ce, même dans les cas où il pourrait être impossible d'obtenir une ordonnance judiciaire — afin que les personnes qui souhaiteraient collaborer avec la police (soit pour se blanchir, soit pour montrer qu'elles sont de «bons citoyens») puissent le faire. Dès lors qu'est assurée l'authenticité de tout consentement

(voir la recommandation 10), nous ne considérons pas comme une atteinte aux droits et libertés individuels l'application de techniques d'investigation visant la personne (sauf celles qui sont visées à la recommandation 2) sans l'obtention d'une ordonnance judiciaire. En fait, ce serait même restreindre les libertés individuelles, à notre avis, que de refuser catégoriquement aux citoyens le droit de se soumettre volontairement à l'application de ces techniques d'investigation; ce serait un peu comme si l'on interdisait aux suspects et aux prévenus de faire des déclarations volontaires à la police.

4. L'ordonnance judiciaire dont il est question à la recommandation 3 ne devrait pouvoir être rendue qu'à l'égard des techniques d'investigation applicables à la personne énumérées ci-dessous :

- a) l'examen corporel du sujet, pratiqué en vue de déceler des signes particuliers pouvant être dissimulés : tatouages, blessures, cicatrices, taches de vin, et ainsi de suite;
- b) l'examen visuel du corps ou des orifices corporels du sujet, pratiqué en vue de vérifier si le sujet porte ou dissimule une «chose saisissable», au sens donné à ce terme au paragraphe 3(1) de la recommandation 1 de notre rapport intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*;
- c) l'examen médical par un médecin diplômé;
- d) la prise de photographies du sujet, à l'exclusion de ses parties génitales;
- e) la prise d'empreintes ou d'impressions de toute partie corporelle externe du sujet;
- f) le prélèvement de poils ou de cheveux du sujet au moyen d'un peigne, d'une brosse ou de ciseaux;
- g) le prélèvement, sur le sujet, de rognures d'ongles ou le curage des ongles du sujet;
- h) le prélèvement, sur la surface externe du corps du sujet, de résidus ou de substances par lavage, ou encore au moyen d'un tampon ou d'un adhésif, et toute tentative visant à effectuer un tel prélèvement;
- i) le prélèvement d'un échantillon de salive sur le sujet, effectué dans un autre but que celui de déceler la présence de drogues ou de substances enivrantes;
- j) la recherche, l'extraction et la tentative d'extraction, par un médecin diplômé, de «choses saisissables» (au sens donné à ce terme au paragraphe 3(1) de la recommandation 1 du rapport de la Commission intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*) dissimulées dans les orifices corporels du sujet;
- k) la prise d'empreintes dentaires et d'empreintes de morsures;
- l) la saisie de tout vêtement dissimulant les parties génitales du sujet.

Cette recommandation donne la liste des techniques d'investigation auxquelles il pourrait s'avérer utile, opportun et commode d'obliger à se soumettre une personne inculpée d'une infraction grave, dans les cas prévus à la recommandation 5 (voir également la recommandation 6). Trois catégories de techniques ont été exclues de cette énumération. La première consiste dans les techniques qui, sans être nécessairement dénuées de toute

valeur, ni «susceptibles d'interdiction» pour les raisons décrites dans les commentaires relatifs à la recommandation 2, sont, à notre avis, soit trop attentatoires aux droits individuels, soit d'une valeur insuffisante pour être autorisées autrement qu'avec le consentement du sujet (voir la recommandation 3). Appartiennent à cette catégorie les séances d'identification (dont la valeur restreinte risque vraisemblablement d'être annihilée si une personne est forcée d'y participer contre son gré) et les prélèvements de sang. La deuxième catégorie de techniques absentes de cette liste regroupe celles dont l'utilisation serait interdite suivant les dispositions de la recommandation 2. Enfin, la troisième catégorie est formée des méthodes d'investigation dont l'application suppose la participation active du sujet ou des réponses «honnêtes» et sincères de sa part, et à l'application desquelles il serait par le fait même difficile en pratique (voir les arguments présentés dans la partie VI du chapitre deux) ou inopportun (pour les raisons données dans la section I.A du chapitre deux) de l'obliger à se soumettre par ordonnance judiciaire; le consentement est donc requis dans ce cas. Mentionnons, par exemple, l'obtention de spécimens de la voix ou de l'écriture, ainsi que l'examen psychiatrique.

5. Aucune ordonnance judiciaire ne devrait pouvoir être rendue à l'égard d'une technique d'investigation visée à la recommandation 4 à moins que les trois conditions suivantes ne soient réunies :

- a) **la personne à qui l'on entend appliquer la technique d'investigation envisagée a été inculpée d'une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus;**
- b) **il existe des motifs raisonnables de croire que le recours à la technique envisagée fournira des éléments de preuve relatifs à l'infraction dont le sujet a été inculpé;**
- c) **aucune autre méthode moins attentatoire aux droits du sujet ne peut en pratique être utilisée pour recueillir les éléments de preuve recherchés.**

Cette recommandation précise les conditions exigées pour l'obtention d'une ordonnance judiciaire à l'égard des techniques énumérées à la recommandation 4. Il est indispensable que toutes trois soient remplies. Ces conditions visent à garantir que nul ne puisse être soumis à l'application de techniques d'investigation visant la personne sans que cela ne soit clairement justifié.

L'alinéa a) comporte en réalité deux conditions. En premier lieu, l'ordonnance judiciaire ne peut être obtenue que dans le cadre d'enquêtes portant sur des infractions graves. Il s'agit, pour l'application de notre régime, des infractions punissables d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus; nous nous sommes inspirés du critère retenu à l'alinéa 11f) de la Charte. Selon cette disposition, les infractions punissables d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus sont suffisamment graves pour justifier l'institution d'une règle de procédure spéciale à leur égard (c'est-à-dire le droit «de bénéficier d'un procès avec jury»). La deuxième caractéristique de l'alinéa a) réside dans le fait que nul ne peut être soumis à l'application d'une technique d'investigation sans avoir au préalable été inculpé d'une infraction (voir la partie III du chapitre deux).

Les alinéas b) et c) de cette recommandation sont destinés à prévenir les atteintes abusives ou inutiles aux droits individuels.

6. Par dérogation à la recommandation 3 et sous réserve des dispositions de la recommandation 12, les agents de la paix devraient être autorisés à procéder ou à faire procéder à l'application des techniques d'investigation désignées dans la recommandation 4, sans avoir obtenu d'ordonnance judiciaire à cet effet et sans le consentement exprès du sujet, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a) la personne que l'on entend soumettre à l'application de la technique envisagée a été arrêtée au sujet d'une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus;
- b) l'agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables, que le recours à la technique envisagée fournira des éléments de preuve relatifs à l'infraction pour laquelle le sujet a été arrêté;
- c) l'agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables, que le retard qui découlerait de la demande d'une ordonnance judiciaire entraînerait la destruction ou la disparition des éléments de preuve que l'on veut obtenir par le recours à la technique envisagée;
- d) l'agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables, qu'il serait impossible en pratique de recourir à une autre technique, moins attentatoire aux droits individuels du sujet, pour obtenir les éléments de preuve recherchés.

Cette recommandation vise l'institution d'une *exception restreinte* à la règle énoncée à la recommandation 3 relativement à l'obtention obligatoire d'une ordonnance judiciaire ou du consentement du sujet. Selon ces dispositions, en effet, la police ne serait pas tenue d'obtenir une ordonnance judiciaire dans les situations d'urgence (voir l'alinéa c)) et serait autorisée à forcer des citoyens à se soumettre à l'application de techniques d'investigation dans des circonstances semblables à celles où une ordonnance aurait normalement pu être obtenue. L'emploi des termes «destruction ou disparition des éléments de preuve» à l'alinéa c) embrasse diverses possibilités. Seraient notamment visés le cas où le sujet voudrait intentionnellement enlever des substances dissimulées ou logées sur sa personne et tendant à prouver sa culpabilité, ainsi que la modification spontanée d'une caractéristique physique temporaire, et ainsi de suite.

Les conditions énoncées aux alinéas a), b), c) et d) sont indissociables les unes des autres. Ici encore, il s'agit de garantir que nul ne puisse être soumis à l'utilisation de techniques d'investigation applicables à la personne sans que cela ne soit clairement justifié.

Pour des raisons évidentes, il est nécessaire, suivant cette recommandation, que le sujet ait été, non pas inculpé d'une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus, mais simplement arrêté relativement à une telle infraction. Cette recommandation est selon nous compatible avec les dispositions de l'alinéa 450(2)d) du

*Code criminel*¹⁴⁸ et avec la recommandation 1 d'un prochain document de travail de la Commission intitulé *L'arrestation*¹⁴⁹, selon laquelle la protection d'éléments de preuve peut justifier l'exercice du pouvoir d'arrestation.

Nous tenons à souligner que si cette recommandation permet aux agents de la paix de procéder eux-mêmes à l'application de certaines techniques d'investigation dans des situations d'urgence, elle ne les dispense pas de l'obligation énoncée à la recommandation 12 en ce qui concerne les techniques devant être appliquées par des personnes qualifiées.

7. (1) Lorsqu'un agent de la paix a utilisé ou fait utiliser, en vertu des dispositions de la recommandation 6, une technique d'investigation applicable à la personne, il devrait être tenu de dresser un procès-verbal.

(2) Le procès-verbal devrait comporter les renseignements suivants :

- a) l'heure, la date et le lieu où la technique a été appliquée;
- b) la nature de la technique utilisée;
- c) les motifs ayant incité l'agent de la paix à penser que l'application de la technique fournirait des éléments de preuve relatifs à l'infraction pour laquelle le sujet avait été arrêté;
- d) les motifs ayant incité l'agent de la paix à penser que le retard qui aurait découlé de la demande d'une ordonnance judiciaire aurait entraîné la destruction ou la disparition des éléments de preuve que l'on voulait obtenir par l'application de la technique utilisée;
- e) les motifs ayant incité l'agent de la paix à penser qu'il était impossible en pratique de recourir à une méthode moins attentatoire aux droits du sujet pour obtenir les éléments de preuve recherchés.

(3) L'agent de la paix qui dresse le procès-verbal devrait être tenu d'en remettre une copie à la personne soumise à l'application de la technique d'investigation.

Il s'agit ici d'obliger les policiers à rendre compte de leurs actes lorsque, dans des cas d'urgence, il leur est impossible de demander une ordonnance judiciaire. Cette recommandation est semblable à l'article 23 de la recommandation 1 de notre récent rapport

148. En vertu de cette disposition, «la nécessité ... de recueillir ou conserver une preuve de l'infraction ou une preuve y relative» a une incidence sur la détermination de la légalité des arrestations effectuées pour les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, les infractions à option de procédure ainsi que les actes criminels mentionnés à l'article 483.

149. Dans un prochain document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *L'arrestation*, la recommandation 1 énonce notamment ce qui suit :

1. Comme cela est le cas actuellement, le pouvoir d'arrestation ne devrait être utilisé pour contraindre un accusé à comparaître devant un tribunal afin de répondre aux accusations portées contre lui que si la délivrance d'un avis écrit relatif aux procédures pénales est insuffisante à cette fin parce qu'il faut :

(1) empêcher l'accusé d'entraver l'administration de la justice par tout moyen, y compris le défaut de comparution, la dissimulation de son identité, la destruction d'éléments de preuve ou la subornation des témoins ...

intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*. Comme nous l'avons expliqué à la page 45 de ce rapport, l'obligation de dresser un procès-verbal vise à faciliter le contrôle de la légalité des actes commis par les policiers.

8. Par dérogation aux dispositions des recommandations 3 et 5, tout agent de la paix devrait être autorisé à procéder ou à faire procéder, sans le consentement exprès du sujet, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies de ce dernier, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) si les deux conditions suivantes sont réunies :
 - (i) la personne dont on veut prendre des photographies ou des empreintes digitales a été inculpée d'un acte criminel et est légalement détenue, ou a été arrêtée en vertu des dispositions de la *Loi sur l'extradition*¹⁵⁰ ou de la *Loi sur les criminels fugitifs*¹⁵¹;
 - (ii) l'agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables, que les formalités en question sont nécessaires pour la détermination de l'identité du sujet ou l'établissement d'une fiche signalétique;
- b) si la personne dont on veut prendre des photographies ou des empreintes digitales est présumée avoir commis un acte criminel et si, croyant pour des motifs raisonnables que cette formalité est nécessaire pour l'établissement ou l'enregistrement de l'identité du sujet, on a exigé d'elle, dans une citation, une promesse, un engagement ou une sommation, qu'elle compare au moment et à l'endroit désignés afin de se soumettre à l'application de ces techniques d'identification.

Cette recommandation institue elle aussi une exception restreinte aux conditions énoncées à la recommandation 3. Elle vise essentiellement au maintien des règles régissant à l'heure actuelle l'obligation de se soumettre avant le jugement à la prise de photographies et d'empreintes digitales, *en vue de l'identification*¹⁵². Aux termes de cette recommandation, il n'est pas obligatoire (pour les raisons données dans la partie III du chapitre deux) d'obtenir une ordonnance judiciaire spéciale. Une condition nouvelle y est toutefois énoncée : dans tous les cas, les policiers doivent être fondés à croire que la prise de photographies ou d'empreintes digitales du sujet est nécessaire pour la détermination de son identité ou l'établissement d'une fiche signalétique. Cette condition répond à deux objectifs. Premièrement, nous voulions que l'obtention d'une ordonnance judiciaire conformément aux dispositions des recommandations 3 et 5 demeure une condition obligatoire lorsque la prise de photographies ou d'empreintes digitales est effectuée dans le seul but de démontrer l'existence d'un lien entre le sujet et l'infraction faisant l'objet de l'enquête. En second lieu, nous entendions dissuader la police de recourir arbitrairement à la prise de photographies ou d'empreintes digitales lorsque l'utilisation de ces techniques s'avère manifestement inutile sur le plan de l'identification.

150. *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21, modifiée.

151. *Loi sur les criminels fugitifs*, S.R.C. 1970, chap. F-32, modifiée.

152. Voir la *Loi sur l'identification des criminels*, *supra*, note 34, paragraphe 2(1); C.P. 1954-1109, *supra*, note 34; *Code criminel*, *supra*, note 37, paragraphes 453.3(3) et 455.5(5).

Protection et garantie des droits individuels

9. Toute personne que l'on entend soumettre à l'application d'une technique d'investigation devrait, en vertu de la loi, avoir le droit d'être informée, au préalable,

- a) des raisons pour lesquelles on veut employer la technique en question;**
- b) du fait que la loi l'oblige ou non à se soumettre à l'application de cette technique.**

Deux objectifs sont visés par cette recommandation. L'alinéa a) vise à faire en sorte que les personnes tenues de se soumettre à l'application de techniques d'investigation soient en mesure de comprendre la loi et ne la jugent pas arbitraire. Quant à l'alinéa b), il est destiné à garantir l'observation de la loi, en obligeant les autorités à expliquer aux citoyens quelles sont leurs obligations aux termes de la loi.

10. (1) Lorsque l'utilisation d'une technique d'investigation applicable à la personne nécessite le consentement du sujet, ce dernier devrait, en vertu de la loi, avoir le droit d'obtenir, avant de donner son consentement, les renseignements suivants :

- a) la nature et le but de la technique dont on envisage l'utilisation;**
- b) le cas échéant, les risques véritables que comporte, pour sa santé et sa sécurité, l'application de la technique envisagée;**
- c) son droit de consulter un avocat avant de consentir ou de refuser de consentir à l'application de la technique envisagée;**
- d) son droit de refuser de donner son consentement, ou de le retirer en tout temps.**

(2) Aux fins d'établir la preuve du consentement du sujet à l'utilisation d'une telle technique, les règles suivantes devraient s'appliquer :

- a) la signature du sujet sur un document l'informant des faits dont il doit être mis au courant en vertu du paragraphe (1) de la présente recommandation devrait, sauf preuve contraire, faire foi de son consentement;**
- b) l'absence de la signature du sujet sur un document du type de celui visé à l'alinéa (2)a) de la présente recommandation devrait, sauf preuve contraire, établir qu'il n'a pas donné son consentement.**

(3) L'absence de toute renonciation écrite du sujet à l'un des droits énoncés dans les présentes recommandations devrait, sauf preuve contraire, établir l'inexistence d'une telle renonciation.

Cette recommandation est dans une certaine mesure semblable à celle que la Commission a faite au sujet du consentement aux fouilles et aux perquisitions à l'article 18 de la recommandation I de son récent rapport intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*. Cependant, comme l'utilisation des techniques d'investigation applicables à la personne est davantage susceptible de porter atteinte aux droits individuels des personnes qui y sont soumises, les mécanismes de protection prévus par cette recommandation sont

plus rigoureux. C'est ainsi que les alinéas (1)a, b) et c) et (2)b) de la présente recommandation n'ont aucun équivalent dans notre rapport sur les fouilles, les perquisitions et les saisies.

Bien que la recommandation ne précise pas qui doit donner les renseignements prescrits, nous pensons que ce devrait nécessairement être une personne qui est au courant des points mentionnés aux alinéas (1)a) et b). Le plus souvent, il s'agirait de la «personne qualifiée» chargée de l'application de la technique en vertu de la recommandation 12. Donc, dans le cas des techniques d'investigation ayant un caractère «médical», ce serait souvent un médecin. Il convient sans doute de souligner encore une fois que nous sommes opposés à l'adoption de dispositions obligeant les médecins et d'autres citoyens à procéder à l'application de techniques d'investigation et que nous reconnaissons que pour s'assurer le concours des personnes qualifiées, il est indispensable de les mettre à l'abri de toute responsabilité juridique (voir la partie IV du chapitre deux).

Les paragraphes (1) et (2) de cette recommandation visent essentiellement à garantir dans toute la mesure du possible l'authenticité du consentement donné dans les cas où son obtention est obligatoire, mais sans interdire de façon absolue l'application de techniques d'investigation avec le consentement de l'intéressé dans les cas où l'établissement d'un document en bonne et due forme s'avère impossible. Quant au paragraphe (3), son objet consiste à garantir l'authenticité de toute renonciation du sujet à ses droits, notamment ceux qui sont énoncés aux recommandations 11 et 12.

11. La loi devrait conférer à toute personne soumise à l'utilisation d'une technique d'investigation le droit à la plus grande intimité possible pendant son application, compte tenu de la nature de la technique employée.

Cette recommandation vise à garantir au maximum l'intimité des personnes soumises à l'application d'une technique d'investigation. Elle n'est cependant pas d'une rigueur absolue. En premier lieu, elle oblige à tenir compte de la nature de la technique utilisée : on reconnaît donc que le besoin d'intimité peut varier selon les cas. Il est certain, par exemple, que l'intimité doit être mieux protégée lorsque le sujet doit découvrir ses parties génitales que dans le cas de la prise d'empreintes digitales ou du prélèvement de cheveux. En second lieu, l'emploi des termes «le droit à la plus grande intimité possible» permet de prendre en considération les circonstances de chaque cas. À notre avis, il serait préférable que l'application des techniques dont l'utilisation suppose la mise à nu des parties génitales soit confiée à des personnes du même sexe que le sujet. Nous admettons toutefois qu'une règle absolue instituée à cet égard pourrait parfois poser des difficultés insurmontables (par exemple, si l'on se trouve dans une région éloignée où il y a pénurie de personnes qualifiées des deux sexes et qu'il faille agir vite) ou encore s'avérer exagérément tatillonne (notamment si la technique est appliquée par un médecin diplômé).

12. La loi devrait énoncer que toute personne soumise à l'utilisation d'une technique d'investigation a droit à ce que cette technique soit appliquée par des personnes qualifiées.

Cette recommandation vise à garantir au maximum la sécurité du sujet et la fiabilité des éléments de preuve obtenus. L'application de certaines techniques, comme par exemple le prélèvement de sang (à l'égard duquel le consentement serait exigé, suivant les dispositions des recommandations 3 et 4) peut comporter un certain risque pour la santé et la sécurité du sujet si elle n'est pas confiée à des personnes qualifiées. Par ailleurs, le recours à d'autres techniques, comme le prélèvement de cheveux au moyen d'un peigne, d'une brosse ou de ciseaux, est sujet à caution (et constitue par le fait même une atteinte inutile aux droits du sujet) si l'on n'a pas expliqué à la personne chargée de leur application la marche à suivre, les risques de contamination du prélèvement, et ainsi de suite.

Dans les cas où une technique d'investigation applicable à la personne est utilisée en vertu d'une ordonnance judiciaire rendue en conformité avec la recommandation 5, l'ordonnance pourrait selon nous préciser à l'avance qui serait «qualifié». L'application des techniques désignées aux alinéas c) et j) de la recommandation 4 devrait obligatoirement être confiée à des médecins diplômés. En ce qui a trait aux techniques d'investigation employées autrement qu'en vertu d'une ordonnance judiciaire précisant à l'avance la personne qualifiée, et à celles qui ne font pas partie des méthodes désignées aux alinéas c) ou j) de la recommandation 4, il faudra trancher après coup la question de savoir si l'application a été confiée à une personne qualifiée.

13. La loi devrait énoncer que toute personne soumise à l'utilisation d'une technique d'investigation a droit à ce que cette technique soit appliquée de façon à l'incommoder le moins possible, selon la nature de la technique utilisée et selon les circonstances.

Il s'agit ici de réduire au maximum les atteintes à l'intégrité individuelle qu'est susceptible d'entraîner le recours aux techniques d'investigation applicables à la personne. Tout comme la recommandation 11, celle-ci présente une certaine souplesse à deux points de vue. En premier lieu, elle oblige à tenir compte de «la nature de la technique utilisée»; c'est donc que la mesure dans laquelle le sujet risque d'être incommodé est variable. Par exemple, il sera beaucoup plus pénible pour le sujet de subir l'examen de ses orifices corporels et l'extraction des «choses saisissables» qui pourraient y être dissimulées, que de se faire photographier, ou de se faire prélever, par lavage, les résidus se trouvant sur ses mains. En second lieu, il faut prendre en considération les «circonstances». On reconnaît donc que le degré auquel le sujet risque d'être incommodé peut dans certains cas être amoindri, par exemple si le sujet prête son concours à l'application de la technique, et ainsi de suite.

La recevabilité des éléments de preuve

14. Les éléments de preuve obtenus en contravention de toute formalité décrite dans les recommandations précédentes et que le poursuivant entend produire à une enquête préliminaire ou à un procès sont irrecevables, à moins que celui-ci n'établisse que leur réception en preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Cette recommandation est semblable à celle que la Commission a récemment présentée, à l'égard de la recevabilité des dépositions illégalement obtenues, à l'article 447.5 qu'elle propose d'ajouter au *Code criminel* dans son rapport intitulé *L'interrogatoire des suspects*. Son fondement et son objet ont été expliqués en détail dans la partie V du chapitre deux du présent rapport. La règle d'exclusion proposée ici s'écarte manifestement du droit actuel, en vertu duquel la recevabilité des éléments de preuve, en matière pénale, dépend de leur pertinence. En effet, le réception d'éléments de preuve obtenus en contravention des règles prescrites serait présumée déconsidérer l'administration de la justice.