



Maxime Chevalier
2004

Pour tout commentaire contactez [ERTA](#)

Introduction

Le rôle de la police, dans notre système accusatoire, est de procéder à diverses enquêtes sur des infractions et de porter des accusations alors que celui de la Couronne est de conduire la poursuite devant les tribunaux (*R. c. Regan*, 2002). L'efficacité du système dépend donc de la capacité des autorités policières à collecter suffisamment de preuves pour que la poursuite puisse obtenir une condamnation. À cette fin, la police dispose d'une gamme variée de pouvoirs d'enquête et notamment ceux relatifs aux fouilles, saisies et perquisitions. Dans un État de droit comme le Canada, l'exercice de ces pouvoirs est précisément encadré de façon à ce que leur application entrave le moins possible les libertés des citoyens. Tout débordement du cadre légal sera sanctionné dans divers domaines de droit. Dans cette note liminaire, nous verrons comment chacun des domaines de droit peuvent sanctionner les agissements des policiers qui dépassent les pouvoirs qui leur sont octroyés par la loi. Cette démarche est, à notre avis, fort utile pour comprendre les réponses aux différentes questions auxquelles nous répondrons dans cet avis. Nous allons débiter par le domaine du droit pénal car c'est lui qui attribue les pouvoirs de fouilles, saisies et perquisitions. En déterminant les paramètres de ces pouvoirs, le droit pénal fixe en quelque sorte les balises de l'intervention d'autres domaines de droit suite à une fouille, saisie ou perquisition abusive. On pense principalement au droit disciplinaire s'appliquant aux différents corps policiers et à la responsabilité civile des différents acteurs impliqués.

Contenu

[Partie 1: Environnement légal général](#)

[Partie 2 : Les problèmes spécifiques: courrier, informatique, fouille de sécurité](#)

Table de la législation

Textes internationaux

Convention sur la cybercriminalité, 23 novembre 2001, S.T.E. 185.

Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés de la personne, parti I de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U., c. 11)].

Textes fédéraux

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46.

Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien, L.C. 2002, c. 9.

Règlement sur la désignation des aérodromes de l'ACSTA, DORS/2002-180.

Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), c. A-2.

Règlement canadien sur la sûreté aérienne, DORS/2000-111.

Loi réglant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19.

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), c. R-10.

Règlement de la Gendarmerie royale du Canada, DORS-88-361, art. 48.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), c. I-21.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), c. C-50.

Loi sur la Société canadienne des postes, L.R.C. (1985), c. C-10.

Textes québécois

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Loi sur la police, L.R.Q., c. P-13.1.

Code de déontologie des policiers du Québec, (1990) 122 G.O. II, 2351.

Table des jugements

Belaieff c. Ritchie, C.S. Gaspé, district de Percé, 110-17-000003-971, 13 novembre 1998, j. Jean-Roch Landry.

Canada Post Corp. v. Canada (Attorney General), (1995) C.C.C. (3d) 568 (Ont. Gen. Div.).

Commissaire à la déontologie policière c. Bellemare, (C.D.P., C-98-2580-3).

Commissaire à la déontologie policière c. Bigras, (C.D.P., C-2000-2941-1).

Commissaire à la déontologie policière c. Robitaille, (C.D.P., C-98-2368-2 et C-98-2369-2).

Commissaire à la déontologie policière c. Imbeault, (C.D.P., C-2001-3029-3).

Dame Strasbourg c. Lavergne, [1956] B.R. 189.

Green v. Lawrence, (1998) C.C.C. (3d) 416

Hunter c. Southam, [1984] 2 R.C.S. 145.

Lorraine Nadon c. Québec (Procureur Général), [1988] R.R.A. 518.

R. v. Bohn, (2000) 145 C.C.C. (3d) 320.

R. v. Campbell and Shirose, (1999) 133 C.C.C. (3d) 257.

R. v. Caslake, [1998] 1 R.C.S. 51.
R. v. Chaulk, (1991) 65 C.C.C. (3d) 353 (Nfld. C.A.).
R. v. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265.
R. v. Crane, (1985) 45 C.R. (3d) 368.
R. v. Eddy, (1994) 119 Nfld. & P.E.I.R. 91.
R. c. Edwards, [1996] 1 R.C.S. 128.
R. c. Feegan, (1993) 80 C.C.C. (3d) 356.
R. v. Feeney, (1997) 115 C.C.C. (3d) 129.
R. v. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701.
R. c. Fry, 142 C.C.C. (3d) 166 (Nfld. C.A.).
R. c. Gauthier, [1999] R.J.Q. 2103.
R. v. Genest, [1989] 1 R.C.S. 59.
R. v. Krist, (1995) 100 C.C.C. (3d) 58.
R. v. Laurin, (1997) 113 C.C.C. (3d) 519
R. c. M. (M.R.), [1998] 3R.C.S. 393.
R. c. Paré, C.Q. (Ch. Crim.), Joliette, no 705-01-003127-943, 8 mai 1997, j. François.
R. c. Plant, [1993] 3 R.C.S. 281.
R. v. Pope, (1998) 129 C.C.C. (3d) 59.
R. c. Ranger, [1992] N.W.T.R. 37 (S.C.).
R. c. Regan, [2002] 1 R.C.S. 297.
R. v. Rodney, (1991) 65 C.C.C. (3d) 304.
R. v. Simmons, [1988] 2 R.C.S. 495.
R. v. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607.
R. c. Weir, [1998] ABQB 56.
R. c. Weir, [2001] ABCA 181.
R. v. Wise, (1992) 70 C.C.C. (3d) 193.
R. v. Wong, (1990) 60 C.C.C. (3d) 460.

Références

BOISVERT, A.-M., "Communicatiquie et responsabilité pénale : criminalité informatique et "vol" d'infomation", dans BEAUCHARD, Jean et al. , Le droit et la communicatiquie, Acte du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal, Éditions Thémis, 1990.

BLANCHETTE, F., L'expectative de vie privée et les principaux contextes de communications dans Internet, mémoire de maîtrise présenté à l'Université de Montréal en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit, inédit, 2001.

BRABANT, F., Les perquisitions informatiques, Montréal, inédit, texte présenté dans le cadre des développements récents en droit criminel, Barreau du Québec, 2002.

CÔTÉ-HARPER, G., P. RAINVILLE et J.TURGEON, Traité de droit pénal canadien, 4e édition, Cowansville, 1998.

Partie 1: Environnement légal général

1. Les pouvoirs de fouilles, saisies et perquisitions en droit pénal canadien

Le droit relatif aux fouilles, saisies et perquisitions cherche à établir un équilibre entre les intérêts de la communauté, théoriquement représentés par la police et le ministère public, et ceux de l'individu à ne pas voir l'État s'immiscer dans sa vie privée (*Hunter c. Southam*, 1984). La préservation de cet équilibre est constitutionnellement assurée par l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui prescrit que : «[c]haque personne a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et saisies abusives.» Cet article n'accorde pas à l'État le pouvoir de faire des fouilles, saisies ou perquisitions qui sont raisonnables - c'est plutôt une restriction de ses possibilités d'atteindre à l'expectative raisonnable de vie privée de tout justiciable de façon qui n'est pas raisonnable qui engendrera des conséquences (*Hunter c. Southam*, 1984).

1.1 L'expectative raisonnable de vie privée et l'existence d'une fouille, saisie ou perquisition

La Cour suprême a décidé qu'il y a fouille, saisie ou perquisition aussitôt qu'il y a atteinte à l'expectative raisonnable de vie privée de quiconque (*Hunter c. Southam*, 1984). La question à se poser n'est donc pas de savoir si telle ou telle technique d'enquête est une fouille, saisie ou perquisition, mais plutôt si le travail des agents de l'État interfère avec l'expectative raisonnable de vie privée d'un individu. On utilise le terme agent de l'État car la fouille, saisie ou perquisition peut être effectuée par des autorités administratives ou par des civils sous le conseil ou la direction d'un policier. Par exemple, l'article 8 de la Charte ne s'appliquera pas à un citoyen qui décide d'enregistrer une conversation téléphonique de son propre chef pour aller la porter ensuite à la police afin de faciliter une enquête. Toutefois, la Charte s'appliquera si un individu enregistre une conversation téléphonique à la demande d'un enquêteur (*R. c. Feegan*, 1993).

L'expectative raisonnable de vie privée se greffe aux personnes et non aux lieux (*Hunter c. Southam*, 1984). On évalue objectivement si une personne a une expectative de vie privée. C'est-à-dire qu'on ne se demande pas si un individu visé par la technique d'enquête a une expectative de vie privée, on se demande plutôt si une personne raisonnable conviendrait que la méthode d'enquête est si invasive sur sa vie privée qu'une pré-autorisation judiciaire serait nécessaire (*R. c. M. (M.R.)*, 1998). Quant à l'existence de l'expectative, on se réfère à l'ensemble des circonstances comme, par exemple, la présence de l'individu enquêté sur les lieux de la fouille, le contrôle exercé sur les lieux de la fouille, le mode de propriété, l'historique de l'usage du lieu, etc. (*R. c. Edwards*, 1996). L'évaluation de l'expectative

raisonnable de vie privée se fait toutefois de façon légèrement différente en ce qui s'agit de fouille purement informationnelle sur des dossiers contenant des éléments satisfaisants à une norme de nature personnelle et confidentielle. On parle ici de renseignements de nature biographique d'ordre personnel qu'il est possible pour un individu de vouloir soustraire à la connaissance de l'État, comme des détails tendant à dévoiler des modes de vie ou des choix personnels. Pour ce faire, on utilisera une approche contextuelle prenant en compte la nature de l'information, la nature de la relation entre l'organisme qui libère l'information et la personne réclamant la protection de sa vie privée, le lieu où l'information a été obtenue, la manière dont celle-ci a été obtenue et finalement, le sérieux du crime sous enquête (*R. c. Plant*, 1993).

En guise d'exemple, on a décidé que des individus avaient une expectation raisonnable de vie privée en ce qui s'agit de leurs substances corporelles, de leur maison d'habitation (*R. v. Feeney*, 1997), d'une chambre d'hôtel et de leurs relevés bancaires détaillés (*R. v. Wong*, 1990). Également, les cours ont reconnu une expectation de vie privée réduite, entre autres dans le cas des bureaux, des cellules de prison ou dans les véhicules circulant sur la voie publique (*R. v. Rodney*, 1991). Finalement, les tribunaux ne reconnaissent pas d'expectation de vie privée en ce qui s'agit des factures de téléphone cellulaire, sur les odeurs dans des lieux communs ou publics et sur les vidanges attendant d'être cueillis par les services municipaux (*R. v. Laurin*, 1997; *R. v. Krist*, 1995).

1.2 La fouille raisonnable

Aussitôt que nous avons déterminé qu'il y a fouille, saisie ou perquisition, parce qu'il y a interférence étatique dans l'expectation de vie privée d'un justiciable, nous devons évaluer si celle-ci est raisonnable car les pouvoirs de cueillette d'information de l'État sont strictement soumis au respect de cette condition pour rester dans la sphère de la légalité. Le caractère raisonnable de la fouille s'évaluera selon trois axes, soit l'autorisation légale, le caractère raisonnable de la règle de droit autorisant la fouille et le caractère raisonnable de l'exécution de celle-ci (*R. c. Collins*, 1987).

1.2.1 L'autorisation légale

Les policiers sont susceptibles, autant que n'importe quel citoyen ordinaire, d'être accusés de certains crimes s'ils ne respectent pas le droit (voir *infra.*). Certes, les policiers ont quelques immunités quant à l'emploi de la force, mais celles-ci sont très restreintes et elles ne couvrent pas les infractions comme l'introduction par effraction, le vol, le méfait ou l'empiètement nocturne sur le terrain d'une maison d'habitation (*R. v. Campbell and Shirose*, 1999). Donc, pour que la police agisse en toute légalité, elle doit pouvoir pointer à une autorisation spécifique dans le droit, soit une loi ou une règle de *common law*, qui autorise la fouille (*R. v. Caslake*, 1998). Il pourrait s'agir de certaines dispositions sur les produits de la criminalité, celles sur le mandat général ou bien la règle de *common law* autorisant les fouilles accessoires à une arrestation. Ensuite, toutes les prescriptions procédurales et substantives de l'autorisation légale invoquée doivent être respectées (*R. v. Caslake*, 1998). Par exemple, le policier procédant à une perquisition doit être capable, en circonstances normales, de produire le mandat judiciaire par lequel il agit. Enfin, la fouille doit être exécutée en restant dans les limites de l'autorisation quant au lieu et aux objets étant susceptibles de tomber sous le coup de la fouille, saisie ou perquisition (*R. v. Caslake*, 1998). Il va sans dire qu'on ne pourrait utiliser un mandat décerné afin de fouiller la résidence d'un individu pour fouiller son yacht privé.

1.2.2 Le caractère raisonnable de la règle de droit autorisant la fouille

Une loi autorisant une fouille sera jugée raisonnable s'il est possible de démontrer que l'intérêt de l'État dans la cueillette d'information est plus important que celui de l'individu dans sa vie privée (*Hunter c. Southam*, 1984). Cette démonstration sera seulement possible si l'autorisation est précisément circonscrite et qu'elle est décernée par un tiers impartial, en fonction de critères précis, supportés par des motifs raisonnables de croire que l'individu à qui l'on cherche à atteindre à sa vie privée est impliqué dans la commission d'une infraction (*Hunter c. Southam*, 1984).

1.2.3 Le caractère raisonnable de l'exécution de la fouille

Ceci sera jugé en fonction du degré de force employé par les agents de l'État ou encore en fonction des précautions que ceux-ci prennent pour rendre leur activité d'enquête la moins intrusive possible (*R. v. Wong*, 1997). Entre également dans cette catégorie les exigences de présentation de mandat (*R. v. Bohn*, 2000), le moment de l'exécution de celui-ci ou le contexte général de l'activité policière en cause, entre autres la présence des médias en guise de faveur.

1.3 Les conséquences d'une fouille abusive

Si une fouille est déclarée abusive dans l'ordre pénal, des conséquences peuvent résulter au niveau du procès et au niveau de la responsabilité pénale des agents exécutants.

1.3.1 Les conséquences au niveau du procès pénal

La violation de la protection constitutionnelle contre les fouilles, saisies ou perquisitions abusives déclenche l'application de l'article 24 de la Charte canadienne. À son paragraphe 2, cet article prévoit qu'une preuve obtenue en violation des garanties constitutionnelles pourra être exclue si son admission en preuve déconsidère l'administration de la justice. Il n'y a pas, par conséquent, de règle d'exclusion absolue au Canada. Un test doit donc être appliqué afin de savoir si la preuve doit être écartée de celles qui seront présentées au procès au support de l'accusation. Tout d'abord, il faut évaluer l'impact de l'admission de la preuve sur l'équité du procès (*R. v. Collins*, 1987), surtout par rapport au principe contre l'auto-incrimination. On doit alors savoir si l'accusé a été mobilisé contre lui-même dans l'obtention de la preuve en étant contraint, par exemple, de fournir des substances corporelles, des déclarations ou par l'utilisation de son corps malgré lui (*R. v. Stillman*, 1997). On inclut également dans les preuves qui mobilisent l'accusé contre lui-même les preuves matérielles dites « dérivées », soit celles qui sont découvertes par les actes auto-incriminants qu'on lui a forcé de poser, à moins toutefois que la Couronne puisse prouver de façon prépondérante que la découverte de l'élément ait été inévitable. À titre indicatif, notez que l'interception de communications constitue une preuve qui ne mobilise pas l'accusé contre lui-même (*R. v. Pope*, 1998). Ensuite, devra être évaluée la gravité de la violation de la Charte en rapport avec la bonne foi de l'agissement policier et la disponibilité de d'autres techniques ou moyens d'enquête (*R. v. Collins*, 1987). Enfin, il reste à évaluer si la considération dont jouit la justice va être mieux servie par l'exclusion de la preuve ou son admission (*R. v. Collins*, 1987). Dans le cas d'une violation mineure des droits constitutionnels dans la cueillette de la preuve, on a considéré que l'exclusion militerait contre la considération dont jouit l'administration de la justice (*R. v. Simmons*, 1988). De façon semblable, on a décidé que l'obtention d'une preuve, entraînant des violations majeures des droits, ne pouvait être cautionnée par le système de justice pénale sans déconsidérer celui-ci (*R. v. Genest*, 1989). Somme toute, c'est une question de degré.

Dans de rares occasions, les tribunaux sanctionneront l'obtention illégale de preuve, pour cause de violation généralement très grave des droits constitutionnels, par d'autres remèdes comme l'arrêt des procédures. Dans des cas moins graves, mais tout aussi rarement car cette façon de faire ne fait pas l'unanimité dans la magistrature, des juges ont accepté de réduire la peine.

1.3.2 Les conséquences pénales pour l'agent de l'État exécutant

Théoriquement, car il faut être conscient que la décision de poursuivre relève du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, les policiers peuvent être responsables criminellement s'ils exécutent sans autorité légale des fouilles, saisies ou perquisitions. Du moins, c'est ce que la Cour suprême a confirmé par un *obiter* dans l'affaire *Campbell et Shirose* (1999), en indiquant que les policiers ne sont pas immunisés contre le droit du vol et le *trespass*. Par contre, il faut nuancer ce propos. Une fouille abusive au sens de la Charte ne saurait en soi entraîner la responsabilité de ceux qui l'exécutent. C'est plutôt les fouilles qui sont abusives parce qu'exécutées sans autorité légale ou au delà de ce que l'autorité permet qui risquent d'entraîner une responsabilité pénale si le comportement n'est pas couvert par une immunité et que celui-ci constitue par ailleurs une infraction pénale.

À l'article 25 du *Code criminel*, il existe une immunité relative, pour utilisation de la force, bénéficiant à ceux qui appliquent la loi comme citoyen, officier public, agent de la paix ou citoyen assistant un agent de la paix ou un officier public. Pour être protégées, ces personnes doivent toutefois agir sur une autorisation légale, avec des motifs raisonnables, de façon prudente et diligente et dans le cadre de l'application de la loi (25 (1) C. cr. *in fine*; *Green v. Lawrence*, 1998). Définitivement, l'exécution d'une fouille, d'une saisie ou d'une perquisition peut impliquer l'usage de la force. Les policiers accomplissant légalement ces gestes seront donc protégés contre toute responsabilité pénale. Les policiers n'agiront toutefois pas toujours sous une autorisation légale valide. Le juge ayant décerné un mandat peut l'avoir octroyé sur une loi inconstitutionnelle, il peut l'avoir fait au delà de sa juridiction ou il peut avoir décerné à tort une telle autorisation. Par contre, ce n'est pas pour autant que les policiers commettront une infraction. Le paragraphe 2 de l'article 25 protège ceux qui agissent de bonne foi sur une loi invalide ou sur une permission défectueuse en droit. Malgré tout, même si les policiers sont justifiés à employer la force, s'ils le font de manière excessive, leur responsabilité pourrait être engagée selon l'article 26 du *Code criminel*.

Même si les policiers agissant illégalement ne bénéficient pas d'une immunité, certains moyens de défense s'offriront à eux dans certaines circonstances. Ils pourront avoir agi sur les conseils d'un procureur de la Couronne, ainsi une défense d'erreur de droit induite par un fonctionnaire en autorité serait susceptible d'être invoquée. Les agents de l'État pourraient également espérer bénéficier de la défense d'obéissance aux ordres d'un supérieur ouverte dans *R. v. Finta* (1994). Leur responsabilité pénale est, par conséquent, loin d'être acquise. Surtout que la poursuite peut être peu encline à investir dans des poursuites contre la police.

2. Les conséquences disciplinaires de l'abus des pouvoirs de fouilles, saisies et perquisitions

Le droit disciplinaire est un droit *sui generis* puisant à la fois du droit civil et du droit pénal. Il a pour objet de réglementer l'exercice d'une profession ou d'un métier de manière à assurer un certain degré de professionnalisme et la protection du public. Au Canada, nous retrouvons plusieurs systèmes déontologiques attachés à des corps policiers spécifiques ou à des ensembles de ceux-ci. Dans la présente discussion, nous nous limiterons à la déontologie des corps policiers du Québec et à celle de la Gendarmerie royale du Canada en rapport avec les fouilles, saisies et perquisitions abusives.

2.1 Le droit disciplinaire applicable aux manquements déontologiques au Québec

Le *Code de déontologie des policiers du Québec* vise à assurer une meilleure protection du citoyen en développant au sein des corps policiers des normes élevées de services à la population et de conscience professionnelle dans le respect des droits et libertés de la personne dont ceux inscrits dans la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* (*Code de déontologie des policiers du Québec* (1990), 122 G.O. II, 2351, art. 3). Pour réaliser cet objectif, la déontologie policière sanctionnera les policiers commettant des fouilles, saisies ou perquisitions de façon dérogatoire.

En examinant la jurisprudence du Comité de déontologie policière, organisme responsable de l'application du Code de déontologie, on observe que les citations se font sur la disposition prohibant l'abus d'autorité (art. 6) et sur celle obligeant le policier à respecter l'autorité de la loi et celle des tribunaux (art. 7). En effet, un policier procédant à une fouille sans autorisation légale agit sans autorité et avec irrespect pour les dispositions légales encadrant l'exercice de ses pouvoirs ou pour l'autorité du juge ayant décerné l'autorisation judiciaire. C'est pourquoi le cadre d'analyse de la faute déontologique, dans ce contexte, est l'ensemble des règles de droit pénal et constitutionnel définissant les pouvoirs de fouille, saisie ou perquisition (*Commissaire à la déontologie policière c. Robitaille*). Dans un premier temps, il faut savoir si le policier agissait légalement. Ensuite, un comportement simplement illégal ne sera pas suffisant pour être constitutif de faute déontologique. Celui-ci devra en plus être abusif, mauvais ou excessif (*Commissaire à la déontologie policière c. Bellemare*). Par exemple, on a sanctionné des policiers ayant pénétré une maison d'habitation et ayant fouillé dans les effets personnels de la victime simplement lors de la délivrance d'un billet pour une infraction municipale (*Commissaire à la déontologie policière c. Bellemare*). On a aussi jugé dérogatoire une perquisition faite dans un véhicule, pour saisir des stupéfiants, sans mandat décerné en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et ne pouvant se justifier par l'urgence (*Commissaire à la déontologie policière c. Bigras*).

Un manquement au Code de déontologie peut être sanctionné par l'avertissement, la réprimande, le blâme, la suspension sans traitement pour au plus 60 jours, la rétrogradation et la destitution (*Loi sur la police*, L.R.Q., c. P-13.1, art. 234). Les sanctions les plus fréquentes sont l'avertissement, la réprimande, le blâme ou la suspension pour une durée excédant rarement une semaine. La suspension est généralement requise lorsqu'il y a une atteinte grave aux droits et libertés du plaignant. En guise d'exemple, dans un cas où un policier a perquisitionné sans droit le sac à dos d'une personne ainsi que la poche arrière de son pantalon, le Comité lui a imposé, pour chacun des chefs de façon concurrente, 2 jours de suspension (*Commissaire à la déontologie policière c. Imbeault*).

2.2 Le droit afférent à la Gendarmerie royale du Canada (GRC)

La GRC possède ses propres règles de discipline qui sont intégrées à la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* (S.R.C. 1985, c. R-10). Certaines de ces règles pourraient être applicables si des policiers de la GRC opèrent une fouille, saisie ou perquisition de façon abusive. D'abord, si les policiers agissent sans autorisation légale ou au delà de celle-ci, ils violeraient la règle les enjoignant de maintenir l'intégrité du droit et de l'administration de la justice (*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), c. R-10, art. 37 (b)). Ils pourraient aussi transgresser la disposition exigeant d'eux de respecter les droits de toutes personnes (*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), c. R-10, art. 37 (a); *Règlement de la Gendarmerie Royale du Canada*, DORS-88-361, art. 48). Enfin, les règles disciplinaires interdisent également les abus d'autorité (*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), c. R-10, art. 37 (c)). On remarque donc que ces interdictions, qui pourraient être transgressées si des membres de la GRC font une fouille, saisie ou perquisition abusive, sont de nature semblable à celle du *Code de déontologie des policiers du Québec*.

3. La responsabilité civile pouvant découler d'un exercice abusif des pouvoirs de fouille, saisie et perquisition

Le droit de la responsabilité civile a pour fonction primaire la réparation, en rétablissant l'équilibre économique rompu, et a pour fonction secondaire la prévention des comportements pouvant causer tort aux autres. On comprend donc que des fouilles, saisies ou perquisitions faites abusivement risquent d'entraîner la responsabilité civile de chacun des acteurs fautifs, soit, selon les circonstances, les agents, la municipalité et le gouvernement responsable du corps policier. Dans cette section, nous étudierons la responsabilité civile découlant des fouilles abusives en s'intéressant au droit québécois régissant la question et aux dispositions particulières s'appliquant à la responsabilité des agents fédéraux. Nous terminerons sur deux exemples de poursuites fructueuses contre des policiers ayant fouillé ou perquisitionné abusivement.

3.1 Le droit de la responsabilité civile des actes policiers au Québec

Le juge Pratte écrivait, dans l'affaire *Dame Strasbourg c. Lavergne* (1956) :

Certes, les officiers de la police ont le devoir de faire enquêtes sur les affaires dont c'est leur rôle de s'occuper. Mais je ne sache pas que, dans notre pays, ce devoir emporte le pouvoir d'attenter à la liberté individuelle, même dans le but très louable d'enrayer l'immoralité. L'officier de police doit savoir que, n'ayant d'autres pouvoirs que ceux que la loi confère et dont il est censé connaître l'étendue, son autorité n'est pas illimitée. S'il outrepassé ses pouvoirs ou use de cette autorité autrement que ne le ferait un homme avisé et prudent, il commet une faute qui engage sa responsabilité.

Nous voyons donc dans cet extrait, les éléments essentiels de la responsabilité civile du policier. Il y a d'abord la nécessité d'une faute. La partie demanderesse, soit celle alléguant un dommage, doit montrer de façon prépondérante que le policier a agi de façon négligente, c'est-à-dire qu'il n'a pas agi en personne prudente et diligente dans les circonstances, ou qu'il a commis un abus de droit (Art. 7 du *Code civil du Québec* (C.c.Q.)), soit qu'il a exercé ses droits de façon malicieuse et nuisible. De plus, dans l'évaluation de la faute, on devrait tenir compte des violations des dispositions

du *Code civil du Québec* sur le respect du droit à la vie privée (Voir 35 et s. C.c.Q.). Notamment, sont des atteintes à la vie privée, pénétrer chez quelqu'un sans son consentement ou y prendre quoi que ce soit, intercepter ou utiliser une communication privée, capter ou utiliser sa voix dans un lieu privé, surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit, utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels, etc. (36 C.c.Q.). Le demandeur devra aussi prouver le dommage allégué et la causalité entre le dommage et la faute. Si toutes ces conditions sont réunies, le policier se trouvera dans l'obligation de réparer le dommage (Art. 1457 C.c.Q.). Également, le policier pourra dans certaines circonstances être condamné à payer plus que le nécessaire à la réparation du dommage. Il pourra être tenu de payer des dommages exemplaires s'il viole de façon intentionnelle et illicite l'une des libertés garantie par la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* (Art. 49 de la Charte québécoise). Nous pensons particulièrement à l'inviolabilité de la demeure (Art. 7 de la Charte québécoise), à l'impossibilité de prendre quoi que ce soit chez autrui sans son consentement et à la protection contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives (Art. 24.1 de la Charte québécoise). Enfin, notez que par la mécanique de l'article 1464 C.c.Q., l'agent de la paix ne cesse d'agir dans l'exécution de ses fonctions lorsqu'il agit illégalement, hors de sa compétence ou de son autorité. Alors, le commettant du policier, nommément l'État, est responsable des gestes de son préposé mais ce sans préjudice de ses recours (Art. 1463 C.c.Q.).

3.2 La responsabilité de l'État fédéral pour les actes des policiers de la Gendarmerie royale du Canada ou de d'autres agents fédéraux

Les choses se compliquent un peu quant il s'agit de la responsabilité d'agents fédéraux. Il faut alors se référer à la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* (L.R.C. (1985), c. C-50). Pour toute question de responsabilité de l'État fédéral, quiconque était membre de la Gendarmerie royale du Canada ou des Forces armées canadiennes, est assimilé à un préposé de l'État (*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. C-50, art. 36). Ensuite, la responsabilité de l'État fédéral va se décider en fonction du droit provincial par l'opération des articles 2 et 3 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, mais à trois exceptions près. Premièrement, il y a des limites telles que l'incompatibilité des recours ouvrant droit à une indemnité ou à une pension puisée sur un fond étatique (*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. C-50, art. 9). Deuxièmement, on ne peut poursuivre l'État en responsabilité civile pour la faute de son préposé lorsque celui-ci peut être personnellement poursuivi comme auteur (*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. C-50, art. 11). Troisièmement, il existe un régime particulier de dédommagement en ce qui s'agit de toute atteinte à la vie privée résultant d'une écoute électronique. L'État est responsable de tout dommage occasionné à autrui, par l'un de ses préposés, lors d'une écoute électronique et ce, pour un maximum de cinq mille dollars (*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. C-50, art. 17). Toutefois, si l'interception s'est faite légalement, avec le consentement de l'un des participants ou pour des fins d'administration des radiofréquences. L'État sera aussi responsable du dommage, toujours pour une limite de cinq mille dollars, résultant des divulgations du contenu des communications interceptées ou de la révélation de leur existence même, à moins que celles-ci soient faites avec le consentement d'un participant, lors d'une poursuite judiciaire,

lors d'une enquête pénale si la communication a été interceptée légalement ou pour l'administration des radiofréquences (*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. C-50, art. 18). Ces dédommagements spéciaux ne se font cependant jamais au préjudice des recours de l'État contre leur préposé fautif ou en redondance avec le régime de dédommagement de l'art. 194 C.cr. (*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. C-50, art. 19 et 20).

3.3 Deux exemples de responsabilité civile pour des fouilles, saisies ou perquisitions abusives

Le 15 novembre 1985, les policiers du groupe tactique d'intervention de la Sûreté du Québec pénètrent chez Lorraine Nadon, fusil automatique à la main, en fracassant la porte d'entrée. Ils font, selon leurs dires, une entrée dynamique, dite «sèche», caractéristique des frappes de drogue car propice à surprendre les occupants du lieu afin qu'ils ne détruisent pas les stupéfiants. Lors de leur pénétration, ils abattent un chien de race, trouvent vingt grammes de hasch ainsi que 2,7 grammes de PCP et une arme à feu vieillotte sans munition. Les policiers avaient agi dans cette affaire sous les informations non corroborées et peu fiables d'un agent des narcotiques. Ces faits sont ceux de l'affaire *Lorraine Nadon c. Québec (Procureur Général)*(1988) où les policiers ayant procédé à la perquisition ont été trouvés civilement responsables de certains gestes fautifs. Quoiqu'ils aient agi sous l'autorité d'un mandat, ils n'ont pas vérifié la fiabilité des informations sur lesquelles reposaient l'autorisation judiciaire, ce qui constitue un acte délictueux car démontrant une insouciance téméraire. L'État a été condamné à payer au plaignant la somme de 3000 \$ pour la façon cavalière et traumatisante dont la perquisition a été exécutée et pour le décès du chien.

Le demandeur, dans l'affaire *Belaieff c. Ritchie* (1998), exploite une entreprise offrant des services reliés à des expéditions de pêche. Le défendeur est, quant à lui, un agent du service de la faune. L'agent Ritchie opère, le 14 août 1995 aux environs de 20 h 30, suite à un stratagème, une perquisition au domicile du demandeur. Cependant, ce genre de perquisition doit être exécuté au plus tard à 20 heures. Le juge conclut en l'instance qu'il y a abus de pouvoir constitutif de faute civile car, d'une part, la perquisition est illégale et, d'autre part, rien dans la preuve n'établit que la perquisition était nécessaire. L'État et l'agent Ritchie sont donc condamnés à payer la somme de 18 250 \$.

Partie 2 : Les problèmes spécifiques: courrier, informatique, fouille de sécurité

Après avoir étudié de façon générale les problèmes juridiques pouvant être soulevés par des fouilles, saisies ou perquisitions, nous procéderons à l'étude des quatre problèmes suivants :

- Quand les policiers examinent de façon subreptice le courrier, quelles lois transgressent-ils?
- Quand les policiers font l'examen d'un disque dur sans mandat, quelles lois transgressent-ils?
- Quand les policiers interceptent des courriers électroniques, quelles lois violent-ils?
- Quelles règles de droit autorisent les fouilles des voyageurs et des bagages en sécurité aéroportuaire

1. L'examen subreptice du courrier postal

Le courrier, au Canada, jouit d'un statut particulier du point de vue des fouilles, saisies et perquisitions. Le juge Riche s'exprimait ainsi dans *R. c. Crane* (1985):

« *The search and seizure of private mail is in my opinion a most serious matter. The privacy of one's mail is a most important and highly-protected element of our society. Should it then be less protected than our right to make communication with another by using the telephone? If I write a letter to someone should I be less protected than if I use the telephone for that purpose? Except for normal postal inspection of packages, should there be a right in the police to seizure and search items in the mail without prior authorization?* »

L'importance du caractère privé du courrier décrite par le juge Riche transparait dans la loi régissant le système postal canadien et ce, de plusieurs façons. D'une part, il existe une interdiction générale de retenir le courrier et, d'autre part, on crée certaines infractions relatives à des gestes précis constituant une entrave au fonctionnement du système de transport postal. La *Loi sur la Société canadienne des postes* interdit la revendication, la saisie ou la rétention de quoique ce soit qui est en cours de transmission postale et ce malgré toute autre loi ou règle de droit (*Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), c. C-10, art. 40(3)), excepté ce qui est prévu par elle-même ou par la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*. On entend par « transmission postale » toute transmission par la Société ou par son intermédiaire et une chose est considérée en cours de transmission postale depuis son dépôt jusqu'à sa livraison au destinataire ou son retour à l'expéditeur (*Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), c. C-10, art. 2(1)). On considère qu'il y a livraison dès que le destinataire a pris possession de l'envoi ou dès qu'il est laissé à son lieu de travail ou de résidence ou dans sa boîte postale (*Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), c. C-10, art. 2(2)). Donc, dès qu'il y a dépôt, et ce jusqu'à la livraison, le courrier n'est pas susceptible d'être fouillé, saisi ou perquisitionné. La *Loi sur la Société canadienne des postes* érige même en infraction plusieurs gestes que les policiers devraient poser afin de fouiller, perquisitionner ou saisir du courrier. Il est interdit d'ouvrir, cacher ou retenir un contenant postal, un envoi, un récipient ou un dispositif que la Société canadienne des postes destine au dépôt (*Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), c. C-10, art. 48). Aussi, quiconque abandonne, retient ou détourne un moyen de transmission du courrier, gêne ou retarde son fonctionnement ou encore entrave ou retarde l'acheminement d'un envoi, l'entrave ou le détourne commet une infraction (*Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), c. C-10, art. 49).

Considérant ceci, qu'en est-il de l'ouverture subreptice du courrier acheminé par Postes Canada? Cette pratique policière serait d'emblée illégale. Compte tenu des observations du juge Riche dans *R. c. Crane* et compte tenu de la nature personnelle et confidentielle d'un envoi postal, une personne raisonnable dans les circonstances conviendrait aisément que l'ouverture de courrier est une méthode d'enquête si invasive sur la vie privée qu'une autorisation judiciaire serait nécessaire. Or, le paragraphe 40 (3) de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, hors des exceptions y expressément prévues, rend impossible, nonobstant toute autre loi ou règle de droit, la rétention du courrier en cours de transmission postale. Donc, il est impossible à un juge d'émettre un mandat permettant l'ouverture subreptice de courrier et toute autre règle permettant la fouille ne pourrait être invoquée. Alors, toute fouille, saisie ou perquisition serait abusive au sens de l'article 8 de la Charte canadienne, faute de remplir le critère d'autorisation légale. Il y a également fort à parier que dans la plupart des cas, l'admission d'une telle preuve déconsidérerait l'administration de la justice au sens de 24(2) de la Charte canadienne si l'on se fie encore une fois à l'opinion du juge Riche, toujours dans *R. c. Crane* (1985): « *I believe the community at large would be alarmed to discover that the police or other governmental authorities could search ones personal mail without authorization by some person acting judicially. I believe that unless the search and seizure is shown to be reasonable considering all the circumstances it should not be admitted as evidence. I believe that the general population would not, except in extreme circumstances, expect that evidence obtained throught unauthorized searches of private mail wwould be admitted to evidence against either the sender or the receiver.* »

Les méthodes détournées pour connaître le contenu d'un envoi sont probablement illégales. On n'a qu'à penser à l'affaire *R. c. Fry* où la police a passé des colis de messagerie privée aux rayons X sans mandat. Les juges ont d'abord reconnu que cette technique d'enquête constituait une fouille. Ensuite, que cette fouille était abusive faute de motif raisonnable et de justification dans la loi pour agir ainsi sans mandat. La preuve a finalement été jugée comme déconsidérant l'administration de la justice et a été exclue en conformité avec l'article 24(2) de la Charte canadienne. Cette affaire attire également notre attention sur un point important. Le régime particulier de la *Loi sur la Société canadienne des postes* ne s'applique qu'aux envois transmis par le biais de cette société de la Couronne. Il est à notre avis loisible pour la police d'utiliser la fouille subreptice, moyennant les autorisations judiciaires requises, des envois par messagerie privée (*R. v. Chaulk*, 1991).

En ce qui s'agit des lois, autre que la Charte canadienne, que les policiers violeraient, l'ouverture intentionnelle d'un envoi serait constitutif de l'infraction prévue à l'article 48 de la *Loi sur la Société canadienne des postes*. Également, il est impossible d'ouvrir subrepticement une lettre sans la retenir lors de sa transmission, ce qui serait également une infraction à l'article 49 de la *Loi sur la Société canadienne des postes*. Les policiers seraient aussi susceptibles d'être l'objet de poursuites civiles. Ouvrir subrepticement le courrier en agissant sans autorisation judiciaire ou au mépris des interdictions de la loi, notamment celle prévue au Code civil du Québec quant au caractère privé de la correspondance (36 (6) C.c.Q.), pourrait être constitutif de faute civile ouvrant l'obligation de réparer. Rappelons enfin que le policier est déontologiquement tenu au respect de la loi (*Code de déontologie des policiers du Québec*, (1990) 122 G.O. II, 2351, art. 7).

La pratique policière actuelle relative à l'investigation sur le courrier postal est le *mail check* (aussi appelée *cover check*). Cette pratique consiste à photocopier, à peser et à décrire le contenant d'un envoi. Cette technique d'enquête peut être parfaitement légale si exécutée dans des paramètres précis. Dans *R. c. Ranger* (1992), le tribunal a décidé que cette pratique exécutée sans mandat et sans autre autorisation légale est abusive. Le mandat est donc nécessaire. Ce mandat pourra désigner des employés des postes comme exécutants par le biais d'une ordonnance d'assistance (487.02 C.cr.; *Canada Post Corp. v. Canada (Attorney General)*, 1995). De plus, pour ce faire, le courrier devra avoir été livré (pour ne pas être considéré en transmission au sens de la *Loi sur la Société canadienne des postes*) et le mandat devra cibler un bureau de poste spécifique ainsi qu'un casier postal nommément décrit (*Canada Post Corp. v. Canada (Attorney General)*, 1995).

2. L'examen d'un disque dur sans mandat

L'examen d'un disque dur est sans conteste un empiètement sur l'expectative de vie privée pour ceux qui y stockent de l'information et nous savons que toute fouille, saisie ou perquisition sans autorisation judiciaire est a priori abusive. De plus, il est acquis que même pour saisir de l'intangible, comme des données, nécessite une autorisation judiciaire (Brabant, 2002: 3). Alors, en ce qui s'agit de l'examen d'un disque dur sans mandat, la légalité de la fouille devra donc être fondée ailleurs dans la loi. On peut d'abord penser au consentement de la personne enquêtée, ce qui dispenserait les agents investigateurs d'obtenir un mandat pour obtenir ou consulter l'information qui y est entreposée. On doit cependant faire attention à la façon dont le consentement a été obtenu. Le consentement doit être éclairé, ce qui veut dire que la nature et l'ampleur de l'enquête doivent être connues du suspect. Les subterfuges afin de se faire donner accès à un disque dur seront donc particulièrement hasardeux. On peut ensuite penser à l'urgence. Le *Code criminel* prévoit à l'article 487.11 que des agents de la paix peuvent exercer tous les pouvoirs de fouilles, saisies ou perquisitions sans mandat lorsque l'urgence de la situation rend difficilement réalisable l'obtention d'une autorisation judiciaire, mais ce à condition que les conditions d'obtention du mandat soient réunies (notez que la *Loi sur les drogues et autres substances* prévoit la même chose à son article 11 (7)). Les policiers ne sont donc pas dispensés d'avoir des motifs raisonnables et de fonder leur action sur les catégories du mandat de perquisition (487 C.cr.), précisément sur celles de la perquisition de données informatiques (487 (2.1) C.cr.), ou sur celles du mandat général (487.01 C.cr.). Une fouille périphérique accessoire à un mandat valide pourrait également permettre d'examiner un disque dur dans certaines circonstances (489 C.cr.; notez que la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, prévoit la même chose à son article 11 (6)). Dans *R. c. Gauthier* (1999), le juge Brassard a exclu la preuve obtenue à la suite de la fouille périphérique d'un disque dur. La GRC avait valablement obtenu un mandat précis pour perquisitionner du matériel relatif à la commission d'infractions à la *Loi sur le droit d'auteur*. En examinant le matériel informatique saisi lors de la perquisition, spécifiquement des courriels contenus sur le disque dur de l'accusé, les policiers ont trouvé des fichiers de pornographie juvénile. Cependant, entre le moment où la

perquisition a été effectuée et celui où l'on a découvert les fichiers problématiques, un rapport au juge de paix a été fait selon l'article 489.1 C.cr., geste périmant le mandat. La fouille périphérique, accessoire, ne pouvait donc valoir si le principal, le mandat, n'avait plus de valeur légale. La preuve a par conséquent été exclue par l'opération de l'article 24 (2) de la Charte canadienne. Ce jugement nous montre qu'une fouille périphérique aurait été possible si le mandat avait été toujours en vigueur. Nous avons jugé bon de discuter de fouille périphérique car on peut parler de fouille « sans mandat » puisque le « principal » vise une chose particulièrement décrite, se trouvant dans un lieu précis, en relation avec une infraction spécifique expressément nommée. Le droit autorisant la fouille périphérique peut donc permettre d'examiner le contenu d'un disque dur « sans mandat » mais en ayant une autorisation judiciaire.

Si l'on se rappelle de ce que la Cour suprême a écrit en *obiter* dans *Campbell et Shirose* (1999), les policiers pourraient être pénalement tenus responsables des écarts concomitants à une fouille, saisie ou perquisition. Pour l'examen d'un disque dur sans mandat, on peut penser que les policiers seraient accusés de tous les crimes qui seraient commis lors de la démarche d'accès au disque dur, comme introduction par effraction (348 C.cr.), vol ou méfait (322 C.cr. et 430 (1) C.cr.). Cependant, deux infractions concernent spécifiquement les ordinateurs.

La première de celles-ci est l'utilisation non autorisée d'un ordinateur (342.1 C.cr.). Matériellement, cette infraction peut comporter plusieurs formes. On peut la commettre en obtenant directement ou indirectement les services d'un ordinateur (342.1(1)a C.cr.). « Services d'ordinateur » s'entend notamment du traitement, de la mémorisation, du recouvrement ou du relevé de données (342.1 (2) C.cr.). Également, si au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique ou autre, on intercepte ou fait intercepter toute fonction d'un ordinateur, l'élément matériel de l'infraction est comblé (342(1)b C.cr.). Ici, quand on parle de fonction, on vise les fonctions logiques, arithmétiques, communicationnelles, de commande, de suppression, de mémorisation et de relevé des données (342.1(2) C.cr.). Enfin, notez qu'avoir en sa possession ou utiliser un mot de passe afin de faire les gestes coupables décrit ci-haut, trafiquer le mot de passe ou permettre à une autre personne d'utiliser le mot de passe, est une autre façon de combler l'*actus reus* de l'infraction d'utilisation non autorisée d'un ordinateur (342.1(1)d C.cr.). Ces gestes doivent toutefois être accompagnés de l'intention coupable requise. Ils doivent être fait frauduleusement et sans apparence de droit (342.1(1)). Le terme « frauduleusement » renvoie aux conduites malhonnêtes et moralement mauvaises (R. c. Paré, 1997). Alors que « [l]'apparence de droit est la croyance honnête dans un état de fait qui, s'il avait réellement existé, se justifierait en droit ou excuserait l'acte commis [...] » (Côté-Harper, Rainville et Turgeon, 1998). De plus, il semble que ce crime exige une intention allant au delà de celle d'utiliser un ordinateur sans autorisation (Boisvert, 1990). Une intention spécifique devrait accompagner les gestes incriminés, comme commettre une infraction ou bien contourner le paiement de frais légalement exigibles. Selon nous, il pourrait être difficile d'imputer ce crime à des policiers accédant sans droit à un disque dur et ce à cause des éléments psychologiques de l'infraction. Il serait aisé pour des policiers se défendant contre une telle accusation, d'invoquer une apparence de droit ou de soulever un doute sur l'intention requise en

plaidant, en quelque sorte, la bonne foi.

La seconde est le méfait sur données (430(1.1) C.cr.). Quiconque détruit volontairement ou modifie des données, les dépouille de leur sens, les rend inutiles ou inopérantes, en interrompt ou en gêne l'emploi légitime, commet les gestes interdits au paragraphe 430(1.1) C.cr. Il est fort possible que des policiers qui, illégalement, accèdent à un disque dur en le saisissant sans autorisation soient accusés d'une telle infraction. Nous croyons cependant que la fouille illégale d'un disque dur par des policiers risque d'avoir des répercussions davantage civiles et déontologiques que pénales.

3. L'interception du courrier électronique

Il y a peu de doute sur l'existence d'une expectative raisonnable de vie privée planant sur l'utilisation du courrier électronique. Dans une décision de la Cour du banc de la Reine d'Alberta, le juge a accepté l'argumentation selon laquelle le courrier électronique bénéficie d'une expectative de vie privée (*R. c. Weir*, 1998). Cette expectative variera cependant selon la taille du réseau, le nombre d'intervenants dans le réseau, le degré de protection de la vie privée offerte par le fournisseur de service, les mesures de protection du courriel telle la cryptographie, la partie du courriel en examen (on vise ici, par exemple, l'entête ou le corps du message), le nombre de redistributions ou le nombre de destinataires (Blanchette, 2001; *R. c. Weir*, 1998). L'existence de cette expectative de vie privée signifie donc, selon les principes de *Hunter c. Southam* (1984), qu'une autorisation judiciaire est nécessaire parce que s'il y a interception d'un courriel, il y a une perquisition ou une fouille.

Il s'agit maintenant de déterminer quelles autorisations judiciaires sont nécessaires afin d'intercepter en toute légalité un courriel. La première question à se poser dans ce contexte est si la *Partie VI – Atteintes à la vie privée* du *Code criminel* s'applique. Pour qu'elle s'applique, il devra y avoir « interception » d'une « communication privée ». « Interception » au sens de la *Partie VI* « [s']entend notamment du fait d'écouter, d'enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d'une communication ou de sa substance, son sens ou son objet » (183 C.cr.). Les « communications privées » comprennent les communications orales ou les télécommunications dont l'auteur est au Canada ou celles qui sont destinées à une personne qui s'y trouve et faites dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par un tiers (183 C.cr.). Pour comprendre la définition de « télécommunication », il faut se référer à la *Loi d'interprétation* (L.R.C. (1985), c. I-21). Une « télécommunication » est la « [...] transmission, l'émission ou la réception de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature soit par système électromagnétiques, notamment par fil, câble ou système radio ou optique, soit par tout procédé technique semblable » (35 (1) L.i.). Considérant ces définitions, il est à notre avis tout à fait correct de considérer l'interception d'un courriel à l'aide d'un dispositif quelconque, lorsqu'il est en transit entre deux serveurs (en prenant pour acquis qu'une telle interception est techniquement possible), comme l'interception d'une communication privée au sens de la *Partie VI* du *Code criminel*. Ceci signifie trois choses. Premièrement, la *Partie VI* prévoit une série d'autorisations judiciaires

nécessaires à l'interception des communications privées. Deuxièmement, cette partie prévoit certaines infractions relatives à l'interception des communications privées. Troisièmement, un régime de dédommagement particulier s'applique aux dommages spécifiques résultant de l'interception d'une communication privée.

La nature de l'autorisation nécessaire à l'interception variera en fonction de l'existence du consentement de l'une des parties à la communication privée (pour les fins de la *Partie VI*, pour qu'il y ait consentement, il suffit qu'une des parties à la communication privée y consente et ce, peu importe qu'il y ait plusieurs auteurs ou destinataires, 183.1 C.cr.). D'une part, il y a l'interception avec consentement (184.2 C.cr.). Pour qu'une autorisation de ce type soit accordée, les agents de la paix devront convaincre un juge qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à une loi fédérale a été ou sera commise, que l'auteur ou le destinataire de la communication privée a consenti à l'interception et qu'il existe des motifs raisonnables de croire que des renseignements relatifs à l'infraction visée seront obtenus grâce à l'interception (184.2 (3) C.cr.). Il y a ensuite l'interception préventive qui est en quelque sorte une déclinaison de l'interception avec consentement. Ce genre d'interception peut être faite par un agent de l'État, soit un agent de la paix ou quiconque agissant sous son autorité ou collaborant avec lui (184.1 (4) C.cr.). Pour cette interception, il n'y a pas d'autorisation judiciaire nécessaire mais une autorisation législative d'intercepter une communication privée lorsque l'auteur ou le destinataire de l'interception a consenti à celle-ci, que l'agent de l'État a des motifs raisonnables de croire que des lésions corporelles pourraient être infligées à la personne qui a consenti à l'interception et que l'interception serve à prévenir lesdites lésions (184.1 (1) C.cr.). Cependant, ce genre d'interception ne sera pas à même de fournir du matériel susceptible d'être présenté en preuve devant un tribunal à moins qu'il s'agisse de la preuve d'infliction de lésions corporelles, de tentative ou de menace d'infliction de celles-ci (184.1 (2) C.cr.). D'autre part, il y a les interceptions qui sont faites sans le consentement des parties. On retrouve dans cette catégorie une autorisation législative d'intercepter des communications privées lorsque l'urgence de la situation rend impossible l'obtention d'une autorisation judiciaire et que l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'un acte illicite causant des dommages sérieux à une personne ou un bien sera commis par l'auteur de la communication ou par le destinataire de celle-ci et que l'interception immédiate est nécessaire à la prévention de celui-ci (184.4 C.cr.). L'autre type d'interception est subreptice et clandestin et permet à un agent de la paix d'intercepter une communication privée sans qu'aucun des participants y consente. Par contre, le type d'autorisation judiciaire nécessaire à l'utilisation de ce genre de méthode d'enquête est l'une, sinon la plus exigeante, du *Code criminel* et ce, tant sur le fond que sur la forme (pour une description exhaustive du régime voir les articles 185 à 191 C.cr.). Les agents de la paix doivent être capables de fournir des détails très précis relativement à l'infraction sous enquête et relativement aux individus dont on veut intercepter les communications privées (185 (1) c) d) et e) C.cr.). Il devra aussi être montré au juge que cette interception sera utile pour faire progresser l'enquête et qu'aucune autre méthode d'enquête ne peut être employée dans les circonstances (185 (1) e) et h); cette dernière condition ne tient cependant pas lorsqu'il s'agit d'infractions de crime organisé ou de terrorisme (185 (1.1) C.cr.)). Si le juge croit les motifs des policiers suffisants, il

accordera le mandat demandé mais selon des modalités précises et temporellement circonscrites (186 et 186.1 C.cr.). Donc, l'interception, pour être légale, devra avoir été autorisée par l'un des moyens prévus à la *Partie VI*. Sinon, toute interception volontaire de communication privée, en plus de ne sûrement pas être admissible en preuve, car en violation flagrante de la *Charte*, est un crime punissable par cinq ans de prison (184 C.cr.). Notez qu'il est aussi criminel de divulguer l'existence d'une telle communication ou d'utiliser ou divulguer son contenu, sa substance, son sens ou son objet (193 (1) C.cr.). L'article 194 C.cr. prévoit également un régime particulier de dédommagement très semblable à celui de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* concernant les écoutes électroniques (L.R.C. (1985), c. C-50). La personne devra cependant opter entre le régime du *Code criminel* et celui de la responsabilité de l'État.

Jusqu'ici nous avons parlé de l'interception « au vol » du courriel. La réalité du réseau fait cependant que les courriers électroniques vont être stockés sur le serveur d'un fournisseur de services Internet, celui du destinataire ou celui de l'auteur. S'agit-il alors d'une interception si les policiers accèdent au serveur du fournisseur d'accès afin de prendre copie de ceux-ci? La réponse à cette question dépend de la façon dont on interprète le terme « interception ». Si l'on adopte une interprétation extensive de l'expression, nous resterons dans la logique de la *Partie VI*. Si nous adoptons une interprétation restrictive, on devra alors chercher l'autorisation judiciaire appropriée ailleurs, soit dans le mandat de perquisition ou dans le mandat général. Selon Francis Brabant (2002), conseiller juridique à la Sûreté du Québec, l'interprétation appropriée serait la restrictive. Son opinion s'appuie sur la *Convention sur la cybercriminalité* (23 novembre 2001, S.T.E. 185), sur la pratique américaine en la matière et sur la politique « d'accès légal » de Justice Canada. La question subsistante est donc de savoir si c'est le mandat de perquisition ou le mandat général qui s'applique. Le mandat de perquisition permet d'aller prendre une chose dans un lieu. Ce mandat permet aussi d'aller chercher des données par l'application du paragraphe 487 (2.1) C.cr. Quant au mandat général, il permet au policier d'utiliser un dispositif, une technique ou une méthode d'enquête qui constituerait une fouille, saisie ou perquisition abusive s'il n'avait pas cette autorisation (487.01 C.cr.). Notez que ce mandat est presque aussi difficile à obtenir que celui d'interception de communication privée car les agents de la paix devront montrer qu'aucune autre autorisation légale ou judiciaire pour ledit moyen dispositif ou moyen d'enquête. Toujours selon Me Brabant, il semble que le mandat de perquisition s'appliquerait à moins que les policiers procéderaient subrepticement, auquel cas le mandat général serait le moyen approprié. Nous ajouterions que nous sommes d'accord avec l'opinion de ce dernier car le mandat de perquisition permet d'aller saisir des données, ce qu'est en fait un courrier électronique, et que si les policiers emploient une méthode d'enquête informatique leur permettant d'accéder subrepticement au contenu des serveurs des fournisseurs, seul est disponible le mandat général.

Le dernier point que nous aimerions discuter est l'application de l'infraction d'utilisation non autorisée d'ordinateur à une personne qui intercepte un courriel sans autorisation judiciaire. À notre avis, il s'agit de l'infraction la plus logiquement

applicable à une interception de courriel. Le texte créateur de l'infraction prévoit à son alinéa 342.1 (1) b) que quiconque frauduleusement et sans apparence de droit, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique mécanique ou autre intercepte toute fonction d'un ordinateur. Dans ce contexte, « interception » signifie écouter ou enregistrer une fonction d'ordinateur ou prendre connaissance de sa substance, de son sens ou de son sujet et, par « fonction d'ordinateur », on entend notamment les fonctions de communication ou de télécommunication de données à destination, à partir d'un ordinateur ou à l'intérieur de celui-ci (342.1 (2) C.cr.). Il serait difficile d'argumenter que l'envoi ou la réception d'un courriel n'est pas une fonction d'ordinateur et que l'utilisation d'un logiciel de *packet sniffing* ou d'un dispositif permettant de capter des courriels n'est pas une « interception » (toutefois, en ce qui s'agit de la difficulté d'appliquer cet article à un policier agissant dans le cadre de son travail, voir les commentaires faits à la section précédente).

4. Les fouilles des voyageurs et des bagages en sécurité aéroportuaire

Le 1er avril 2002 fut établie l'*Administration canadienne de la sûreté du transport (Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien, L.C. 2002, c. 9, art. 5*. Ci-après, l'Administration sera désignée par ACSTA). Voici comment on définit la mission de ce nouvel organisme :

« L'administration a pour mission de prendre, soit directement, par l'entremise d'un fournisseur de services de contrôle, des mesures en vue de fournir un contrôle efficace des personnes – ainsi que des biens en leur possession ou sur leur contrôle, ou des effets et des bagages qu'elles confient à une compagnie aérienne en vue de leur transport – qui ont accès, par des points de contrôle, à un aéronef ou à une zone réglementée désignée sous le régime de la Loi sur l'aéronautique dans un aéroport désigné par règlement ou dans tout autre endroit désigné par le ministre. » (Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien, L.C. 2002, c. 9, art. 6)

Cet énoncé de mission contient, pour l'essentiel, les éléments du système de sécurité pré embarquement aérien du Canada. Il indique d'abord que l'Administration doit prendre des mesures pour fournir des services de « contrôle ». Le « contrôle » désigne la fouille et toutes les autres mesures de sûreté prises sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique* et par les règlements pertinents (*Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien, L.C. 2002, c. 9, art. 2*). Ce contrôle sera effectué par des agents de contrôle pré embarquement qui sont soit des employés de l'ACSTA ou des fournisseurs privés contractuels désignés en vertu de la *Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien*. Le contrôle ne concernera cependant que des personnes et des biens qui auront accès, par des points de contrôle, à un aéronef ou à une zone réglementée désignée sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique* se trouvant dans un aéroport désigné par règlement ou dans tout autre endroit désigné par le ministre. La première chose que l'on remarque sur les activités de contrôle est leur assise spatiale limitée. Donc, si on va du plus grand au plus petit, seulement certains aéroports sont sous la juridiction de l'ACSTA. Ce sont seulement ceux désignés par le *Règlement sur la désignation des aéroports de l'ACSTA*. Dans ces aéroports, seulement certaines parties sont sujettes aux activités de contrôle. Il y a les « zones réglementées », ce sont celles dont l'accès est restreint aux personnes autorisées et qui

sont de sensibilité élevée (*Règlement canadien sur la sûreté aérienne*, DORS/2000-111, art. 1. Le régime de sécurité applicable aux zones réglementées est un sujet en soi. Je renvoie le lecteur à un document s'intitulant *Mesures de sûreté relatives à l'autorisation d'accès aux zones réglementées d'aéroports* (1991) et au *Règlement canadien sur la sûreté aérienne*, DORS/2000-111, particulièrement la partie 3), et les aéronefs, ce qui désigne tout appareil pouvant se soutenir dans l'atmosphère grâce aux réactions de l'air (*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), c. A-2, art. 2). L'accès à ces espaces se fait par des « points de contrôle », lieux où l'Administration procède au contrôle en tant que tel. Rappelons-nous que le « contrôle » vise entre autres les fouilles et que toute aire servant à la fouille doit faire l'objet d'un affichage indiquant qu'une telle mesure de sûreté est appliquée.

La loi octroyant des pouvoirs de fouille aux agents de contrôle pré embarquement est la *Loi sur l'aéronautique*. Les fouilles visent les personnes, les biens sous leur garde et contrôle, incluant les véhicules des individus devant se soumettre à une fouille (*Règlement canadien sur la sûreté aérienne*, DORS/2000-111, art. 5). Les biens destinés au transport mais non accompagnés peuvent aussi être légalement fouillés (*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), c. A-2, art. 4.7 (8)). Nul ne peut embarquer dans un aéronef s'il n'a pas obtempéré à la demande d'un agent de contrôle de se soumettre à une fouille de corps ou à une fouille des biens qu'il se propose d'emporter ou de mettre dans l'aéronef (*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), c. A-2, art. 4.7 (5)). L'agent de contrôle peut également ordonner à une personne de quitter un aéronef si celle-ci est montée à bord sans avoir obtempéré à une demande de fouille (*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), c. A-2, art. 4.7 (6)). Notez qu'il est interdit à quiconque de mettre des biens ou de faire mettre des biens dans un aéronef s'il n'a pas obtempéré à une demande de fouille. Un régime semblable s'applique aux zones réglementées. Il est interdit à une personne d'entrer ou de demeurer dans une zone réglementée si elle ne s'est pas soumise à une fouille d'elle-même, de ses biens ou de son véhicule (*Règlement canadien sur la sûreté aérienne*, DORS/2000-111, art. 10).

Le caractère intrusif de ces fouilles devra, à notre avis, toujours être conforme aux objectifs de sûreté aérienne pour respecter l'article 8 de la *Charte*. Ce système s'apparente davantage à un régime d'inspection qu'à un régime de fouille dans le but de ramasser de la preuve pour une éventuelle poursuite pénale. Les individus sont libres de voyager en avion ou de traverser la frontière, moment où l'expectative de vie privée est à son plus bas, et des affichages les mettent au courant des activités de fouille. Par contre, une simple fouille de sûreté, si révélant des actes criminels, pourra changer de nature et s'apparenter davantage à une enquête pour détection du crime. C'est à ce moment que les pouvoirs de fouilles en sécurité aéroportuaires devront céder le pas aux pouvoirs de police qui sont, pour leur part, davantage régis par une logique contradictoire (au sens d'un système juridique accusatoire et contradictoire).