

COUR SUPRÊME DU CANADA

En appel d'un jugement de la Cour d'Appel de l'Ontario

ENTRE :

MUSIBAU SUBERU

APPELANT

(Appelant à la Cour d'Appel de l'Ontario)

ET

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

(Intimée à la Cour d'Appel de l'Ontario)

MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE
ASSOCIATION DES AVOCATS DE LA DÉFENSE DE MONTRÉAL
(Articles 37 et 55 à 59 des *Règles de la Cour suprême du Canada*)

Me P. Andras SCHRECK

SCHRECK & GREENE

20, rue Dundas Ouest, # 1130

Toronto (Ontario) M5G 2G8

Tél. : (416) 977-6268 / Téléc. : (416) 977-8513

Courriel : schreck@schreckgreene.com

Procureur de l'Appelant

Me Brian A. CRANE Q.C.

GOWLING LAFLEUR HENDERSON LLP

2600 – 160 Elgin

Ottawa (Ontario) K1P 1C3

Tél. : (613) 786-0107 / Téléc. : (613) 788-3500

Courriel : Brian.Crane@gowlings.com

Correspondant de l'Appelant

Me Andrew CAPPELL

MINISTÈRE DU PROCUREUR GÉNÉRAL

(ONTARIO) – DROIT CRIMINEL

720, Bay, 10^{ème} étage

Toronto (Ontario) M5G 2K1

Tél. : (416) 326-4582 / Téléc. : (416) 326-4656

Courriel : andrew.cappell@justice.gov.on.ca

Procureur de l'Intimée

Me Robert E. HOUSTON Q.C.

BURKE-ROBERTSON

70, Gloucester

Ottawa (Ontario)

K2P 0A2

Tél. : (613) 236-9665 / Téléc. : (613) 235-4430

Correspondant de l'Intimée

Me Alexandre BOUCHER

WAXMAN, DORVAL & ASSOCIÉS

407, McGill, # 300

Montréal (Québec) H2Y 2G3

Tél. : (514) 285-1333 / Téléc. : (514) 285-1777

Courriel : aboucher@waxmandorval.com

Procureur de l'Intervenante

Ass. des Avocats de la Défense de Montréal

Me Richard GAUDREAU

BERGERON, GAUDREAU, LAPORTE

167, Notre-Dame-de-l'Île

Gatineau (Québec) J8X 3T3

Tél. : (819) 770-7928 / Téléc. : (819) 770-1424

Courriel : bergeron.gaudreau@qc.aira.com

Correspondant de l'intervenante

Ass. des Avocats de la Défense de Montréal

LES FACTUMS INSTANTER

8765, ROUTE MARIE-VICTORIN, CONTRECOEUR (QUÉBEC) J0L 1C0

TÉL. : 1 800 240-6756 - 1 450 746-1569 - TÉLÉC. : 1 450 780-1042 - COURRIEL : factumsinstanter@videotron.ca

COUR SUPRÊME DU CANADA

En appel d'un jugement de la Cour d'Appel de l'Ontario

ENTRE :

MUSIBAU SUBERU

APPELANT

(Appelant à la Cour d'Appel de l'Ontario)

ET

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

(Intimée à la Cour d'Appel de l'Ontario)

Me Frank ADDARIO

SACK GOLDBLATT MITCHELL LLP

1130 – 20 Dundas Ouest

Toronto (Ontario) M5G 2G8

Tél.: (416) 979-6446/Téléc.: (416) 591-7333

Procureur de l'Intervenante

Criminal Lawyers' Association (Ontario)

Me Fiona CAMPBELL

SACK GOLDBLATT MITCHELL LLP

500 – 30 Metcalfe

Ottawa (Ontario) K1P 5L4

Tél.: (613) 235-5327/Téléc.: (613) 235-3041

Courriel: fionacampbell@sgmlaw.com

Correspondant de l'Intervenante

Criminal Lawyers' Association (Ontario)

Me Christopher A. Wayland

McCarthy Tétrault LLP

TD Bank Tower, Suite 4700

Toronto (Ontario) M5K 1E6

Tél.: (416) 601-8109/Téléc.: (416) 868-0673

Courriel: cwayland@mccarthy.ca

Procureur de l'Intervenante

Association Canadienne des Libertés civiles

Me Colin S. Baxter

McCarthy Tétrault LLP

1400 – 40 Elgin

Ottawa (Ontario) K1P 5K6

Tél.: (613) 238-2000/Téléc.: (613) 563-9386

Courriel: cbaxter@mccarthy.ca

Correspondant de l'Intervenante

Association Canadienne des Libertés civiles

Me Croft MICHAELSON

DIRECTEUR DES POURSUITES PÉNALES DU CANADA

3400 – 130 King Ouest

Toronto (Ontario) M5X 1K6

Tél.: (416) 952-7261/Téléc.: (416) 973-3004

Courriel: croft.michaelson@justice.gc.ca

Procureur de l'Intervenant

Directeur des poursuites pénales du Canada

Me François LACASSE

DIRECTEUR DES POURSUITES PÉNALES

284 Wellington, 2ème étage

Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Tél.: (613) 957-4770/Téléc.: (613) 941-7865

Courriel: flacasse@ppsc-sppc.gc.ca

Correspondant de l'Intervenant

Directeur des poursuites pénales du Canada

Me Robert E. HOUSTON Q.C.

BURKE-ROBERTSON

70, Gloucester

Ottawa (Ontario) K2P 0A2

Tél.: (613) 236-9665/Téléc.: (613) 235-4430

Correspondant de l'Intervenant

Procureur général de la Colombie-Britannique

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

	Page
MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE	
ASSOCIATION DES AVOCATS DE LA DÉFENSE DE MONTRÉAL	
PARTIE I	Exposé concis des faits
	1
PARTIE II	Exposé concis de la question en litige
	3
PARTIE III	Exposé concis des arguments
	4
A)	Le droit à l'avocat garanti par l'al. 10 b) de la <i>Charte</i> s'applique pleinement dans le contexte du pouvoir de common law de détention pour enquête.
	4
	Introduction
	4
	Les sens des mots « sans délai »
	5
	L'importance du droit à l'avocat dans le contexte de la détention pour enquête
	6
	L'application du droit à l'avocat dans une situation de détention pour enquête
	8
B)	Le pouvoir de common law de détention pour enquête ne comporte pas de limite raisonnable au droit à l'avocat au sens de l'article premier de la <i>Charte</i>
	12
	Introduction
	12
	L'analyse en vertu de l'article premier
	13
	Une restriction prescrite par une règle de droit?
	14
	La limitation n'est pas justifiable en vertu de l'article premier
	18

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

	Page
PARTIE IV Ordonnance demandée au sujet des dépens	20
PARTIE V Énoncé de la position de l'intervenante	20
PARTIE VI Table alphabétique des sources	21
PARTIE VII Lois, Règles et Règlements	23

**MÉMOIRE DE L'INTERVENANTE
ASSOCIATION DES AVOCATS DE LA DÉFENSE DE MONTRÉAL**

PARTIE I

EXPOSÉ CONCIS DES FAITS

1. **L'ASSOCIATION DES AVOCATS DE LA DÉFENSE DE MONTRÉAL** (ci-après **AADM**) s'en remet à l'exposé des faits contenu au mémoire de l'appelant.
2. Il suffit ici de mentionner que l'appelant a été trouvé coupable, à titre de complice de l'auteur principal, de diverses infractions de possession de biens obtenus par la perpétration de crimes, notamment sur la base de déclarations incriminantes énoncées en réponse à des questions d'un policier qui le détenait en vertu de son pouvoir de *common law* de détention pour enquête. Les déclarations incriminantes, combinées à d'autres éléments de preuve, ont permis de relier l'appelant à l'autre individu impliqué, à un véhicule utilisé lors de la perpétration des infractions et, enfin, aux objets faisant l'objet de recel.
3. La Cour de justice de l'Ontario siégeant en sa qualité de Cour des poursuites sommaires, la Cour supérieure de l'Ontario et la Cour d'appel de l'Ontario ont, tour à tour, rejeté la requête en exclusion des déclarations de l'appelant fondée sur l'art. 10 b) et sur le para. 24 (2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci après la *Charte*).
4. Le présent pourvoi porte sur l'application et la portée du droit à l'avocat, prévu à l'al. 10 b) de la *Charte*, dans le contexte du pouvoir policier de détention aux fins d'enquête.

5. Il s'agit plus précisément de déterminer si la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison d'interpréter les termes «sans délai», inclus à l'al. 10 b) de la *Charte*, de façon atténuée pour reconnaître l'existence d'un «bref interlude» lors des tous premiers instants d'une détention pour enquête. Cet interlude permettrait au policier d'évaluer la situation, aux moyens de questions exploratoires, afin de juger si plus qu'une brève détention sera requise. Le droit à l'avocat ne s'appliquerait pas durant cet interlude ce qui fait en sorte qu'une déclaration obtenue dans ce contexte sera, en principe, admissible en preuve au procès.

PARTIE II

EXPOSÉ CONCIS DE LA QUESTION EN LITIGE

6. L'**AADM** est d'avis que la question en litige a été correctement formulée par l'appelant dans son mémoire:

DID THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO ERR IN CONCLUDING THAT AN INDIVIDUAL SUBJECT TO AN INVESTIGATIVE DETENTION IS NOT ENTITLED TO THE PROTECTION OF S. 10 (b) OF THE *CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS* AND THAT INCRIMINATING STATEMENTS MADE IN SUCH CIRCUMSTANCES ARE ADMISSIBLE IN EVIDENCE AT TRIAL?

7. L'**AADM** soumet que cette question doit recevoir une réponse affirmative. La Cour d'appel de l'Ontario a erré dans son interprétation du droit à l'avocat garanti par l'al. 10 b) de la *Charte* dans une situation de détention pour enquête. Le pourvoi de l'appelant doit être accueilli.

8. La position de l'**AADM** sera exprimée en deux volets :

A) LE DROIT À L'AVOCAT GARANTI PAR L'AL. 10 B) DE LA *CHARTE* S'APPLIQUE PLEINEMENT DANS LE CONTEXTE DU POUVOIR DE *COMMON LAW* DE DÉTENTION POUR ENQUÊTE.

B) LE POUVOIR DE *COMMON LAW* DE DÉTENTION POUR ENQUÊTE NE COMPORTE PAS DE LIMITE RAISONNABLE AU DROIT À L'AVOCAT AU SENS DE L'ARTICLE PREMIER DE LA *CHARTE*.

PARTIE III
EXPOSÉ CONCIS DES ARGUMENTS

**A) LE DROIT À L'AVOCAT GARANTI PAR L'AL. 10 B) DE LA *CHARTE* S'APPLIQUE PLEINEMENT DANS LE
CONTEXTE DU POUVOIR DE *COMMON LAW* DE DÉTENTION POUR ENQUÊTE.**

Introduction

9. L'**AADM** soumet que le droit à l'avocat s'applique «sans délai» dans une situation de détention pour enquête et que ce droit est donc incompatible avec l'existence d'un «interlude» permettant, notamment, à un policier de poser des questions exploratoires avant d'aviser le détenu de son droit de consulter un avocat.
10. Les paramètres du droit à l'avocat prévu à la *Charte* sont clairement établis et il n'y a pas lieu de les moduler selon le contexte et de les interpréter de façon atténuée dans le cadre de la détention pour enquête.
11. Ainsi, il y a eu violation du droit à l'avocat en l'espèce : l'appelant a été détenu par un policier au sens de la *Charte* et il n'a pas été avisé, sans délai, de son droit constitutionnel aux services d'un avocat. La question de l'admissibilité des déclarations incriminantes faites par l'appelant doit donc être résolue selon les règles habituelles, en vertu du para. 24 (2) de la *Charte*.

12. La position de l'**AADM** s'appuie d'abord sur l'interprétation qu'a donnée cette Cour aux termes «sans délai» contenus à l'al. 10 b) de la *Charte*, lesquels termes signifient que le droit à l'avocat s'applique dès le commencement d'une arrestation ou d'une détention. De plus, il est soumis que le droit à l'avocat a toute son importance et sa pertinence dans une situation de détention pour enquête, en tant que protection de l'individu face à l'État. Ensuite, l'**AADM** rejette l'idée que le droit à l'avocat est incompatible avec la détention pour enquête : les problèmes d'application que l'on peut envisager se résorbent si l'on ne perd pas de vue que le droit à l'avocat, à titre de droit constitutionnel, doit l'emporter sur le pouvoir de *common law* de détention pour enquête. De même, on doit interpréter ce droit conformément à son sens véritable notamment en prenant garde qu'il ne devienne pas un prétexte pour prolonger la détention. Enfin, il est suggéré que le conflit allégué entre l'efficacité du travail policier et la mise en œuvre du droit à l'avocat, doit plutôt être analysé ultérieurement en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les sens des mots «sans délai»

13. Pour interpréter correctement le sens et la portée du droit à l'avocat, il importe, d'abord et avant tout, de considérer le texte même de la disposition constitutionnelle. Les termes «sans délai», contenu à l'al. 10 b) de la *Charte*, sont clairs et sans équivoque. Ils sont incompatibles avec l'existence d'un «interlude» permettant de poser des questions exploratoires.
14. Cette Cour a décidé que les termes «sans délai» signifient que le droit à l'avocat s'applique immédiatement et sans attente, dès la mise en détention ou dès l'arrestation. Il n'y a pas lieu de faire de distinction dans l'interprétation des mots «sans délai» selon que l'individu soit arrêté ou autrement détenu. Voir notamment : *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 641-642; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, para. 56; *R. c. Orbanski*; *R. c. Elias*, [2005] 2 R.C.S. 3, para. 30-31.

L'importance du droit à l'avocat dans le contexte de la détention pour enquête

15. Au-delà des arguments de texte et des références aux précédents établis par cette Cour quant à la portée du droit à l'avocat et au sens des mots «sans délai», si l'on considère le contexte particulier qu'est la détention pour enquête, il appert que le droit à l'avocat y revêt une importance particulière et qu'il doit, pour cette raison, être pleinement respecté.
16. Le droit à l'avocat est un élément essentiel de l'équilibre entre les droits individuels et les besoins de l'État. Dans l'arrêt *Bartle*, la Cour affirmait qu'il s'agit de permettre au suspect, en détention et en position désavantagée face à l'État, d'être informé de ses droits et obligations et d'obtenir des conseils à cet égard, notamment quant au risque de s'incriminer. Voir : *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, para 16.
17. Ainsi, l'importance du droit à l'avocat dans le contexte de la détention pour enquête est évidente. Il s'agit d'une situation où l'individu sera subitement et fortuitement, souvent sur la voie publique, dans une position désavantagée face à un agent de l'État. Son besoin d'être informé de ses droits sera particulièrement pressant. Ceci, notamment, dans les premiers instants de la détention durant lesquels le policier pourrait l'interroger pour «évaluer la situation» ce qui risque de l'amener à s'incriminer comme ce fut d'ailleurs le cas en l'espèce.

18. L'arrêt *Elshaw*, rendu bien avant que la détention pour enquête ne soit un sujet en vogue, est éclairant quant à l'importance du droit à l'avocat dans les premiers instants d'une détention pour enquête. En décidant qu'une déclaration devait être exclue en vertu du para. 24 (2) de la *Charte*, la Cour qualifiait de violation grave le non respect du droit à l'avocat d'un suspect détenu et questionné dans un véhicule de police sur les lieux d'une intervention. La Cour affirmait que ce qui importait, était que les policiers avaient obtenu des éléments de preuve d'un détenu avant de s'acquitter des obligations que leur impose l'al. 10b), et non pas la durée relativement courte de la détention. Il était, également, souligné que l'urgence ou la nécessité d'obtenir des renseignements sans délai auprès du détenu, n'avait pas été établie et que, par ailleurs, l'urgence ne devrait pas servir de prétexte pour violer le droit à l'assistance d'un avocat dans un cas où il n'est nullement nécessaire d'interroger le prévenu immédiatement. Voir : *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, para 24-38.
19. Par ailleurs, le fait que cette Cour ait reconnu, dans l'arrêt *R. c. Mann*, que le droit d'être informé des motifs de la détention «dans les plus brefs délais» au sens de 10 a), s'applique pleinement dans le cadre de la détention pour enquête, est un facteur qui milite certainement en faveur de l'application de l'al. 10 b) «sans délai» dans le même contexte. Du moins, cela milite en faveur de l'application du volet information du droit à l'assistance d'un avocat. Voir : *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, para. 21.
20. Rappelons aussi que dans l'arrêt *Mann*, la Cour a précisé que l'individu détenu n'a pas l'obligation de répondre aux questions du policier. Ceci milite, également, en faveur de l'application du droit à l'avocat dans une situation de détention pour enquête : l'individu doit pouvoir être informé et conseillé par un avocat quant à son droit de garder le silence. Le lien entre le droit à l'avocat et le droit au silence est bien établi. Voir : *Mann*, précité, para. 45; *Bartle*, précité, para. 19.

L'application du droit à l'avocat dans une situation de détention pour enquête

21. Mais, toujours selon l'arrêt *Mann*, l'application du droit à l'avocat à la détention pour enquête ne va pas sans soulever certaines questions complexes. Il était fait mention de la difficulté de concilier les exigences du droit à l'avocat et la nécessaire brièveté d'une détention pour enquête. Le droit à l'avocat ne peut être un prétexte pour prolonger une détention. Voir : *Mann*, précité, para. 22.
22. La Cour d'appel de l'Ontario, dans la présente affaire, a, par ailleurs, avancé que le droit à l'avocat pouvait entraver le travail des policiers dans le contexte particulier de la détention pour enquête. Selon la Cour d'appel, l'observation des exigences du droit à l'avocat est susceptible de rendre le pouvoir de détention pour enquête largement illusoire.¹
23. L'**AADM** admet que la mise en œuvre du droit à l'avocat dans une situation de détention pour enquête soulève certains problèmes d'ordre pratique. Cependant, il est soumis que ces problèmes sont loin d'être insolubles et que le pouvoir de détention pour enquête et le droit à l'avocat peuvent coexister. Selon l'**AADM**, l'état actuel du droit fourni les réponses aux difficultés d'application du droit à l'avocat.
24. Il s'agit de ne pas perdre de vue la hiérarchie des normes dont il est ici question. La détention pour enquête est un pouvoir limité conféré à la police par la *common law*, alors que le droit à l'avocat est un droit individuel fondamental protégé par la constitution. C'est le pouvoir policier de détention pour enquête qui doit s'adapter ou céder le pas au droit à l'avocat et non l'inverse. Bref, il est possible de résoudre les tensions entre le pouvoir de détention pour enquête et le droit à l'avocat, si l'on prend le parti de donner tout son sens à ce droit constitutionnel important.

¹ Voir Jugement, dont appel, 41-42.

25. Comme le mentionnait la Cour dans *Mann*, il faut veiller à ce que le droit à l'avocat soit appliqué conformément à son but véritable et qu'il ne se retourne pas contre l'individu détenu, en servant de prétexte à une prolongation indue de la détention. Cela est entendu. Mais la solution à ce problème n'est certainement pas de limiter le droit à l'avocat, notamment, en décidant qu'il ne s'applique pas dès le début de la détention. Voilà une solution pour le moins paradoxale: le droit à l'avocat risque de prolonger la détention au détriment de l'individu donc écartons ce droit ce qui, incidemment, pourra l'amener à s'auto-incriminer, ce contre quoi le droit à l'avocat vise précisément à le protéger!
26. Le droit à l'avocat, tel qu'interprété par cette Cour, répond au problème de la prolongation injustifiée de la détention. Il a été dit dans l'arrêt *Bartle*, et ailleurs, que le droit à l'avocat comporte un volet information et un volet application. Le volet information signifie que l'individu détenu a le droit d'être informé du droit d'avoir recours, sans délai, à l'assistance d'un avocat et de l'existence de l'aide juridique et d'un service d'avocat de garde. Le volet application implique le droit à une possibilité raisonnable d'exercer le droit à l'avocat et le droit de voir la police s'abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve jusqu'à ce qu'il ait eu cette possibilité raisonnable. Voir : *Bartle*, précité, para. 17.
27. Il est ici à propos de rappeler que la jurisprudence a reconnu qu'il n'y a pas violation du droit à l'avocat, plus particulièrement de son volet application, lorsque la possibilité de communiquer avec un avocat est retardée dans les contextes de situation volatile, d'urgence, de danger pour la sécurité du public, ou de besoin de préservation de la preuve. Voir : *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. James*, [2001] J.Q. no 5232 (C.A.Q.).

28. Sur le plan pratique ou sur le plan des principes, rien ne s'oppose à la mise en œuvre du volet information dans une situation de détention pour enquête. Ainsi, l'individu détenu devrait être informé de ses droits par la police. Cela n'est pas plus difficile que d'appliquer le droit d'être informé des motifs de la détention en vertu de l'al. 10 a) qui s'applique dans une situation de détention pour enquête. Voir : Mann, précité, para. 21.
29. Le volet application dans le contexte de la détention pour enquête soulève des problèmes pratiques qui ne sont pas très différents de ceux qui peuvent survenir dans le cadre d'une arrestation sans mandat sur la voie publique. Bien souvent, pour ne pas dire systématiquement, l'individu arrêté ne pourra pas communiquer avec un avocat immédiatement sur les lieux de son arrestation à cause des contingences. Par exemple, l'exigence de la confidentialité de la communication entre le détenu et l'avocat sera difficile à mettre en œuvre sur les lieux d'une arrestation sur la voie publique en milieu urbain. Ainsi, l'individu ne pourra, raisonnablement, contacter son avocat qu'une fois conduit au poste de police. Il ne s'agit pas, ici, de soutenir qu'une personne arrêtée n'a droit de communiquer avec un avocat qu'une fois au poste de police ou de concéder que cette personne n'a pas ce droit sur les lieux de son arrestation. Il s'agit, simplement, de reconnaître que, dans bien des cas, la possibilité raisonnable d'exercer le droit à l'avocat ne se matérialisera pas facilement sur les lieux de l'arrestation.
30. De façon similaire, il se peut que les circonstances d'une détention pour enquête, retardent ou empêchent la survenance de la possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat sur les lieux de la détention. Évidemment, il ne sera pas approprié de conduire l'individu détenu au poste de police pour lui permettre de contacter un avocat. Ce serait là prolonger illégalement la détention. Plutôt, le policier devra tout simplement s'abstenir de tenter de soutirer des informations à la personne détenue tant que celle-ci n'aura pas eu la possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'avocat.

31. Il se peut alors que la police développe des efforts d'imagination pour permettre au détenu d'exercer son droit sur les lieux de la détention pour ensuite tenter d'obtenir des éléments de preuve en toute légalité. Après tout, nous sommes à l'ère des téléphones portables et de l'Internet mobile.
32. Encore une fois, l'important est que le droit à l'avocat ne soit pas un prétexte pour prolonger la détention pour enquête. C'est avec ce précepte à l'esprit que doit être envisagée la notion de possibilité raisonnable de consulter un avocat dans la cadre d'une détention pour enquête. Dans ce contexte, une opportunité raisonnable, conforme au volet application du droit à l'avocat, est nécessairement une opportunité qui n'entraîne pas une prolongation induue de la détention.
33. Ainsi, il est permis de penser que, bien souvent, la détention pour enquête prendra fin avant même que l'individu n'ait eu la possibilité raisonnable de consulter un avocat.
34. Quant aux problèmes opérationnels que le droit à l'avocat est susceptible de représenter pour les policiers dans une situation de détention pour enquête, dont fait mention la Cour d'appel de l'Ontario, il est soumis qu'il s'agit là d'une manifestation de l'opposition classique entre l'intérêt de l'État à réprimer le crime et les libertés individuelles. Cette question est discutée dans le deuxième volet de l'argumentation.

**B) LE POUVOIR DE *COMMON LAW* DE DÉTENTION POUR ENQUÊTE NE COMPORTE PAS DE LIMITE
RAISONNABLE AU DROIT À L'AVOCAT AU SENS DE L'ARTICLE PREMIER DE LA *CHARTÉ***

Introduction

35. Si le droit à l'avocat, garanti par l'al. 10 b) de la *Charte* correctement interprété, en particulier les termes «sans délai» qu'il contient, s'applique pleinement dès le début d'une détention pour enquête, la démarche suivie par la Cour d'appel de l'Ontario, fondée sur une interprétation atténuée de ces termes, ne tient plus.
36. Cependant, il reste à envisager l'hypothèse selon laquelle le pouvoir de *common law* de détention pour enquête comporte une restriction au droit à l'avocat qui serait justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*. Autrement dit, il faut encore discuter de la possibilité qu'un interlude avant l'application du droit à l'avocat, puisse être fondé sur un autre cheminement juridique.
37. L'**AADM** est d'avis que la règle de *common law* octroyant aux policiers le pouvoir de détenir un individu pour fin d'enquête, ne prescrit pas une telle restriction au droit à l'avocat. L'**AADM** en vient à cette conclusion pour trois raisons. D'abord, il est soumis que la règle de *common law* doit être interprétée de manière à lui donner un sens conforme à la *Charte*. Cette Cour ne devrait pas prendre l'initiative de créer une restriction au droit à l'avocat. Ensuite, il est avancé que l'on ne peut conclure que le pouvoir de détention pour enquête comporte une restriction implicite au droit à l'avocat. Une telle restriction ne découle pas nécessairement du pouvoir policier de détention pour enquête. Enfin, l'examen du pouvoir de détention pour enquête en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires, fondement des pouvoirs policiers en *common law* canadienne, mène à conclure qu'une restriction au droit à l'avocat dans une situation de détention pour enquête, ne serait pas une mesure justifiable de l'exercice de l'autorité policière.

38. Subsidiairement, advenant qu'il soit décidé que le pouvoir de *common law* comporte une restriction au droit à l'avocat, il est soumis qu'une telle restriction n'est pas justifiable dans une société libre et démocratique. Elle ne répond pas à un objectif réel et urgent justifiant la suppression d'un droit constitutionnel et elle ne répond pas au critère de proportionnalité.
39. Une idée maîtresse est au cœur de l'analyse soumise par l'**AADM** : la négation du droit à l'avocat durant un interlude au début d'une détention pour enquête est une mesure dont le caractère raisonnable et la nécessité pour l'intérêt public n'ont pas été démontrés et qui, de ce fait, ne peut se justifier.

L'analyse en vertu de l'article premier

40. Avant d'aller plus loin, rappelons sommairement les paramètres du cadre d'analyse de l'article premier de la *Charte* élaborés dans l'arrêt *Oakes*. Il s'agit, dans un premier lieu, de déterminer s'il y a une restriction à un droit prescrite par une règle de droit. Ensuite, il faudra décider si cette restriction est raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique selon un test en deux étapes :

Premièrement, l'objectif que vise la règle de droit doit être, suffisamment, important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. L'objectif doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique.

Deuxièmement, les moyens choisis doivent être raisonnables et leur justification doit se démontrer selon un critère de proportionnalité qui comporte trois volets:

- a) les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question et elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles;

- b) même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter, le moins possible, atteinte au droit ou à la liberté en question;
- c) il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures et l'objectif reconnu comme suffisamment important. Rappelons aussi que le fardeau de faire la démonstration de la justification de la limitation à un droit garanti par la *Charte* revient à l'État. Voir : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Une restriction prescrite par une règle de droit?

- 41. La première question est donc de se demander si la règle examinée prescrit bel et bien une restriction à un droit. Une restriction doit, véritablement, être prescrite par une règle de droit. Dans l'arrêt *Hebert*, le juge Sopinka affirmait ceci : «Le terme "prescrire" signifie un mandat d'action précise, et non simplement une permission de faire ce qui n'est pas interdit» [nous soulignons]. Voir : *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 205.
- 42. La présente affaire à ceci de particulier que la règle de droit examinée, est un pouvoir créé par la *common law*. Il est reconnu que la *Charte* s'applique aux actions gouvernementales émanant de la *common law*. Voir : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.
- 43. Cependant, les tribunaux, dont cette Cour au premier chef, doivent s'assurer que la *common law* évolue conformément à la *Charte*. Voir : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.
- 44. Dans le même ordre d'idée, avant d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*, la Cour doit tenter de formuler ou de reformuler la règle de *common law* pour la rendre conforme à la *Charte*. Voir : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

45. C'est en ayant ces considérations à l'esprit que l'**AADM** exprime l'avis que le pouvoir de *common law* de détention pour fin d'enquête ne comporte pas de limitation au droit à l'avocat au sens de l'article premier de la *Charte*. La règle de *common law* doit recevoir une interprétation conforme à la *Charte* et en particulier conforme au droit à l'avocat. Cette Cour, dans son rôle de gardienne de la constitution, doit veiller à faire évoluer la *common law* en harmonie avec la *Charte*.
46. Mais il est vrai, par ailleurs, qu'une restriction n'a pas à être explicitement énoncée par une règle de droit, elle peut découler par implication nécessaire des conditions d'application de la règle de droit. Voir: *R. c. Orbanski*; *R. c. Elias*, précité, para. 34-39.
47. Cependant, dans le cas d'une règle de droit conférant un pouvoir à la police, pour conclure à la présence d'une restriction implicite, il faut que cette restriction découle véritablement et directement du pouvoir conféré. Il s'agit d'une question de logique déductive. Ce sont les cas des lois qui donnent aux policiers des pouvoirs pour vérifier la sobriété d'un conducteur automobile, immédiatement, promptement, sur les abords de la route. Ces pouvoirs nécessitent une interaction immédiate avec le conducteur afin de procéder à cette vérification. L'objet de ces pouvoirs est de mener des démarches d'enquête sur le conducteur, au moyen d'un appareil de détection approuvé, de tests symptomatiques ou même de questions quant à la consommation d'alcool, afin d'obtenir des éléments de preuve émanant de celui-ci. Ces pouvoirs entrent donc, véritablement et directement, en conflit avec le droit à l'avocat qui, normalement, doit s'appliquer sans délai. Ces pouvoirs constituent donc une restriction implicite au droit à l'avocat. Voir : *R. c. Orbanski*; *R. c. Elias*, précité, para. 45-53.

48. En assumant qu'une limitation implicite à un droit puisse découler d'une règle de *common law*, il appert que la logique suivie dans *Orbanski & Elias* ne s'applique pas au pouvoir de détention pour enquête. Ce pouvoir, contrairement aux pouvoirs de vérifier la sobriété des conducteurs, ne vise pas à enquêter sur l'individu détenu afin d'obtenir des éléments de preuve émanant de celui-ci. L'**AADM** ne peut se résoudre à l'idée que la *common law* donne aux forces de l'ordre le pouvoir d'intercepter les gens et d'entraver leur liberté pour les questionner ou leur soutirer autrement de la preuve, ne serait-ce que durant un bref interlude. Il est soumis que le pouvoir de détention pour enquête vise, essentiellement, à garder un suspect sur les lieux pour permettre à la police de poursuivre, par ailleurs, son investigation sans que celui-ci ne lui file entre les doigts. En d'autres termes, le pouvoir de détention pour enquête ne comporte pas, par implication nécessaire, de restriction au droit à l'avocat.
49. Ensuite, afin d'interpréter le pouvoir de *common law* de détention pour enquête avec plus de certitude pour déterminer s'il comporte une restriction au droit à l'avocat, il y a lieu de l'examiner au moyen du test de l'arrêt *Waterfield* qui énonce la doctrine des pouvoirs accessoires. En effet, le pouvoir de détention pour enquête est fondé sur cette doctrine selon l'arrêt *Mann*. Voir : *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Mann*, précité, para. 24.
50. Selon cette doctrine, les agents de la paix sont dotés, en vertu de la *common law*, du pouvoir d'empiéter sur la liberté d'une personne lorsque cela s'avère raisonnablement nécessaire. Deux critères doivent être remplis : 1) l'empiètement doit découler d'un devoir conféré au policier par la loi ou par la *common law*; 2) l'empiètement doit être justifiable, c'est-à-dire « raisonnablement nécessaire » eu égard à la « totalité des circonstances » de la situation.

51. C'est principalement le deuxième critère qui pose ici problème. Ce critère demande un juste équilibre entre les intérêts qui s'opposent, à savoir les devoirs des policiers et les libertés individuelles touchées. La nécessité et le caractère raisonnable de l'atteinte à la liberté envisagée, doivent être évalués en tenant compte de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'intérêt public servi par cette atteinte. Voir *Mann*, précité, para. 26; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, para. 18; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 181-182; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 35.
52. Rappelons aussi qu'il n'y a pas nécessairement correspondance entre les pouvoirs dont disposent les policiers et les devoirs qui leur incombent. Voir *Mann*, précité, para. 35.
53. L'importance de l'intérêt public en jeu sera variable dans une situation de détention pour enquête. En effet, une détention pour enquête peut survenir dans une multitude de situations dont la gravité ne sera pas toujours très élevée. Il est, plus particulièrement ici, question d'interroger brièvement un suspect lors des premiers instants de la détention. Ceci est peut-être de nature à faciliter la tâche de la police, mais il ne s'agit pas là d'un pouvoir revêtant une grande importance pour l'intérêt public. Y a-t-il vraiment un besoin pressant de permettre aux policiers de questionner préliminairement un suspect avant d'appliquer le droit à l'avocat?
54. Cependant, les libertés individuelles entravées, soit la liberté de circuler librement d'abord, et ensuite le droit à l'avocat qui est gage de protection contre l'auto-incrimination, sont d'une importance fondamentale. Ainsi, la mise dans la balance de l'intérêt public, d'une part, et des droits et libertés individuels, d'autre part, mène à la conclusion selon laquelle la *common law* ne doit pas permettre à un policier de soumettre un individu détenu pour enquête, à un interrogatoire exploratoire préliminaire sans que le droit à l'avocat ne s'applique. Un tel pouvoir ne serait pas raisonnablement nécessaire au travail policier et constituerait un exercice injustifiable de l'autorité étatique.

55. Bref, l'interlude envisagé ne résiste pas à l'analyse selon la doctrine des pouvoirs ancillaires.
56. Par ailleurs, il serait étonnant, voir incohérent, que la *common law* prévoit une limite au droit à l'avocat alors que la protection contre l'auto-incrimination, dont le droit à l'avocat est une manifestation les plus patentes, est un principe fondamental de cette même *common law*. Voir : *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 249; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, para. 44.
57. Dans le même ordre d'idée, l'arrêt *Mann*, est à l'effet qu'un pouvoir de fouille existe dans une situation de détention pour enquête pour des fins sécuritaires seulement et non pas pour recueillir des éléments de preuve. Par analogie, il serait étonnant que la détention pour enquête implique le pouvoir de questionner un individu en contravention du droit à l'avocat, dans le cadre d'un interlude ou autrement, afin de recueillir des éléments de preuve. Voir : *Mann*, précité, para. 40.

La limitation n'est pas justifiable en vertu de l'article premier

58. Mais à supposer que le pouvoir de *common law* de détention pour enquête prescrive effectivement une restriction au droit à l'avocat, il est soumis que cette restriction n'est pas justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*.
59. L'examen d'une règle de *common law* en regard de l'article premier de la *Charte* doit se faire rigoureusement. Il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue judiciaire comme c'est le cas à l'égard d'une loi adoptée par le pouvoir législatif composé de représentants démocratiquement élus. Dans le même ordre d'idée, une règle de *common law* doit être le moins envahissante possible et permettre d'atteindre les objectifs visés sans avoir une incidence disproportionnée sur les droits en cause. Voir : *R. c. Swain*, précité.

60. Une éventuelle limitation au droit à l'avocat découlant du pouvoir de détention pour enquête ne passe pas le premier volet du test de l'arrêt *Oakes*. Ce pouvoir ne peut justifier une négation du droit à l'avocat répondant à un objectif réel et urgent.
61. L'interlude évoqué par la Cour d'appel de l'Ontario aurait pour but de permettre au policier d'évaluer rapidement la situation en cours. Il s'agit d'un objectif bien modeste qui ne pèse pas lourd dans la balance vis-à-vis du droit à l'avocat qui est l'un des droits les plus importants de la procédure criminelle. De plus, l'exercice du pouvoir de détention pour enquête peut survenir dans une variété de situations qui seront plus ou moins graves et ne pourront pas toujours justifier la négation d'un droit constitutionnel. On est loin, par exemple, de l'objectif important de «réduire le carnage attribuable à l'alcool au volant».
62. Ensuite, le simple désir de vouloir faciliter la vie des policiers se livrant à une détention pour enquête, ne peut constituer un objectif réel et urgent. Des problèmes d'ordre pratique ne peuvent fonder un objectif réel et urgent.
63. La limitation envisagée ne passe pas non plus le critère de la proportionnalité. La mise à l'écart du droit à l'avocat pour permettre à un agent de police de poser des questions exploratoires pouvant donner lieu à l'obtention de déclarations auto-incriminantes éventuellement admissibles au procès, est une mesure disproportionnée par rapport à l'objectif de la restriction qui serait de permettre à un policier d'évaluer la situation dans les premiers instants d'une détention pour enquête.
64. Cette mesure n'est pas de nature à porter le moins possible atteinte au droit à l'avocat. Ceci parce que la mesure ne permet pas seulement d'évaluer la situation, elle va bien au-delà en permettant l'obtention d'éléments de preuve qui pourront être produits au procès.

PARTIE IV – ORDONNANCE DEMANDÉE AU SUJET DES DÉPENS

65. L'**AADM** ne formule aucune demande particulière quant aux dépens.

PARTIE V – ÉNONCÉ DE LA POSITION DE L'INTERVENANTE

66. Pour ces motifs, l'**AADM** demande :

1. Que l'appel soit accueilli.
2. Que la Cour rende toute ordonnance que les fins que la justice requiert.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Montréal, le 25 mars 2008

(s) ME ALEXANDRE BOUCHER

ME ALEXANDRE BOUCHER

WAXMAN DORVAL & ASSOCIÉS

PROCUREUR DE L'INTERVENANTE

ASSOCIATION DES AVOCATS DE LA DÉFENSE DE MONTRÉAL

PARTIE VI
TABLE ALPHABÉTIQUE DES SOURCES

Citées aux paragraphes

LA JURISPRUDENCE

<i>R. c. Bartle</i> , [1994] 3 R.C.S. 173	16-20-26
<i>Cloutier c. Langlois</i> , [1990] 1 R.C.S. 158	51
<i>Dedman c. La Reine</i> , [1985] 2 R.C.S. 2	51
<i>R. c. Elshaw</i> , [1991] 3 R.C.S. a24	18
<i>R. c. Feeney</i> , [1997] 2 R.C.S. 13	14
<i>R. c. Godoy</i> , [1999] 1 R.C.S. 311	51
<i>R. c. Hebert</i> , [1990] 2 R.C.S. 151	41
<i>R. c. James</i> , [2001] J.Q. no. 5232 (CAQ)	27
<i>R. c. Jones</i> , [1994] 2 R.C.S. 229	56
<i>R. c. Mann</i> , [2004] 3 R.C.S. 59	19-20-21-25-28-49-51-52-57
<i>R. c. Oakes</i> , [1986] 1 R.C.S. 103	40-60
<i>R. c. Orbanski</i> ; <i>R. c. Elias</i> , [2005] 2 R.C.S. 3	14-46-47-48
<i>SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.</i> , [1986] 2 R.C.S. 573	42
<i>R. c. Salituro</i> , [1991] 3 R.C.S. 654	43
<i>R. c. Strachan</i> , [1988] 2 R.C.S. 980	27
<i>R. c. Swain</i> , [1991] 1 R.C.S. 933	44-59

Citées aux paragraphes

<i>R. c. Therens</i> , [1985] 1 R.C.S. 613	14
<i>R. c. Waterfield</i> , [1963] All E.R. 659	49
<i>R. c. White</i> , [1999] 2 R.C.S. 417	56

LOIS, RÈGLES ET RÉGLEMENTS*La Charte canadienne des droits et libertés*

Article premier	12-36-40-44-45-58-59
Article 10 a)	19-28
Article 10 b)	3-4-5-7-12-13-18-19-35
Para. 24(2)	11-18

PARTIE VII

LOIS, RÈGLES ET RÉGLEMENTS

CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

1.- La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

- a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;
- b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24.(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 et 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.

CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS

1.- The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society;

10.- Everyone has the right on arrest or detention:

- a) to be informed promptly of the reasons therefore;
- b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

24.(2) Where, in proceedings under subsection(1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.