

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS RELATIFS AU DROIT À LA PROTECTION CONTRE LES FOUILLES, LES PERQUISITIONS OU LES SAISIES ABUSIVES DANS LES ÉCOLES ET AUTRES LIEUX PUBLICS

Alain ROUSSY* et Mark POWER**

INTRODUCTION

Les corps policiers du Canada utilisent des chiens renifleurs depuis des décennies. Ces chiens ont démontré leur utilité à maintes reprises, qu'ils soient appelés à déceler des drogues, trouver des explosifs ou retracer des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête. Cependant, l'utilisation de ces chiens par la police peut aisément se heurter à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ (« *Charte* ») qui prévoit ce qui suit :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

Dans quelle mesure l'État peut-il recourir à l'utilisation des chiens renifleurs dans les espaces publics ou dans les espaces dans lesquels ils ont accès ou ont été invités, telles les écoles et les stations d'autobus ? Il s'agit d'une question juridique importante étant donné la lutte

* Membre du barreau de l'Ontario et candidat à la maîtrise en droit à l'Université d'Oxford.

** Membre du barreau de l'Ontario et candidat au doctorat en droit à l'Université de Cambridge.

Les auteurs souhaitent remercier Claire Vachon, Anne Regan et le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

continue que livre la police contre le trafic de la drogue. Dans le domaine scolaire, une plus grande vigilance quant au trafic et à la possession de la drogue fait aussi en sorte que cette question en est une d'actualité².

L'arrêt *Hunter c. Southam*³ fait toujours autorité en ce qui a trait à l'article 8 de la *Charte*. Selon cet arrêt, la norme généralement appliquée en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies – assorties ou non d'une autorisation judiciaire préalable, selon l'urgence de la situation – est celle fondée sur l'existence de motifs raisonnables et probables. *Hunter c. Southam* enseigne en outre que l'article 8 de la *Charte* protège une attente raisonnable en matière de vie privée. Toujours selon cet arrêt, la question principale de l'analyse dictée par l'article 8 de la *Charte* est celle de savoir si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par l'État doit céder le pas au droit de ce dernier de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

Cela fait déjà plusieurs années que la problématique entourant l'utilisation de chiens renifleurs fait l'objet de décisions contradictoires de la part des cours d'appels. Nombreux étaient ceux et celles œuvrant dans les domaines de l'éducation, du droit criminel et des libertés civiles qui attendaient que la Cour suprême du Canada se penche enfin sur la question de l'utilisation des chiens renifleurs, ce qu'elle a fait dans les affaires *R. c. A.M.*⁴ et *R. c. Kang-Brown*⁵.

Ces deux pourvois, cependant, trahissent une Cour suprême du Canada fortement divisée relativement au contenu juridique de l'article 8 de la *Charte*. En effet, quatre jugements différents par pourvoi ont été rendus par les neuf juges de la Cour suprême du Canada. Une telle division est rare depuis que la très honorable Beverley McLachlin est juge en chef de la Cour suprême du Canada. De toute évidence, il n'existe présentement aucune vision nettement dominante par rapport à la norme de contrôle applicable aux fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs. L'état actuel du droit à la protection contre les fouilles, les

² En Ontario, par exemple, le *Code de conduite, 2001*, adopté en vertu de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, c. E.2, reconnaît que les drogues illicites créent une dépendance et constituent un danger pour la santé et demande aux écoles de l'Ontario de collaborer avec la police pour contrer ce problème.

³ [1984] 2 R.C.S. 145 ; voir aussi notamment *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128 et *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

⁴ 2008 CSC 19 [A.M.].

⁵ 2008 CSC 18 [Kang-Brown].

perquisitions ou les saisies abusives dans les écoles et dans certains lieux publics, telles les gares d'autobus, demeure incertain.

Néanmoins, les pourvois *A.M.* et *Kang-Brown* engendreront des conséquences importantes dans les domaines du droit de l'éducation, du droit criminel et du droit de la vie privée dans la mesure où ils constituent des invitations à continuer de nourrir plus d'un courant jurisprudentiel eu égard à la problématique que soulève l'utilisation des chiens renifleurs et, éventuellement, d'autres techniques policières. Ils présentent aussi des approches divergentes quant au dialogue continu entre les organes judiciaire et législatif.

Nous présentons d'abord les faits et l'historique des procédures judiciaires des affaires *A.M.* et *Kang-Brown* avant de présenter les décisions de la Cour suprême du Canada. Nous présentons les décisions de celle-ci de façon à discuter tour à tour des diverses conceptions préconisées par les juges dans les deux arrêts.

I - L'UTILISATION DES CHIENS RENIFLEURS DANS LES ÉCOLES

À tort ou à raison, l'utilisation des chiens renifleurs constitue une pratique de plus en plus commune dans les écoles du Canada, notamment dans les centres urbains. Certains conseils ou commissions scolaires ont élaboré des ententes avec la police locale ou provinciale pour encadrer l'utilisation de ces chiens. Plusieurs de ces ententes prennent la forme d'invitations permanentes adressées à la police afin qu'elle visite les écoles en compagnie de chiens renifleurs. Certains seront surpris d'apprendre que certains conseils et commissions scolaires permettent même que des chiens renifleurs soient logés en permanence dans une école particulière, de sorte à permettre des fouilles quotidiennes et ponctuelles⁶.

Certes, le contexte scolaire est bien différent de celui d'une station d'autobus ou d'un autre établissement de transport public. La Cour suprême du Canada avait déjà conclu que les élèves ont, du moins vis-à-vis des autorités scolaires, une attente moindre en matière de vie privée

⁶ Voir par exemple *H.M. c. Porter Creek Secondary School*, 2007 YK 50 (C.S.) (demande d'injonction pour cesser l'utilisation d'un chien renifleur dans une école secondaire d'environ sept cent cinquante étudiants).

pendant qu'ils sont à l'école⁷. Plusieurs questions juridiques demeuraient sans réponse, cependant, quant à l'utilisation dans les écoles de chiens renifleurs. L'attente des élèves en matière de vie privée est-elle réduite au point de pouvoir être écartée ? Quelle est leur attente en matière de vie privée vis-à-vis de la police, c'est-à-dire lorsque c'est la police qui effectue la fouille ? Est-ce qu'il y a une fouille au sens de la *Charte* lorsque celle-ci est effectuée à l'aide d'un chien renifleur ? Quelle est la norme applicable aux fouilles effectuées à l'aide d'un chien renifleur ?

L'affaire *A.M.* offrait donc une occasion à la Cour suprême du Canada de se pencher sur ces questions. Considérons maintenant les faits de ce pourvoi, étant donné leur importance quant au résultat. Le protagoniste principal dans l'affaire *A.M.* était le directeur d'une école secondaire ontarienne, située à l'extérieur des grands centres urbains, qui avait informé le service d'intervention du corps policier local auprès des jeunes qu'il verrait d'un bon œil que la police, si elle avait à sa disposition des chiens renifleurs, vienne à l'école pour y effectuer une fouille en vue de trouver de la drogue. La police avait déjà accepté cette invitation et effectué des vérifications dans l'aire de stationnement, dans les corridors de l'école et, lorsqu'elle en avait le temps, dans d'autres endroits suggérés par la direction d'école. L'école appliquait une politique de tolérance zéro en matière de possession et de consommation de drogues et d'alcool, une politique dont avaient été informés les élèves et leurs parents.

C'est ainsi que des policiers ont décidé un jour de se rendre à l'école en compagnie d'un chien renifleur. Ils ont demandé à la direction d'école la permission de parcourir l'école mais ne disposaient d'aucun renseignement confirmant la présence de drogues à l'école à ce moment. Au procès, ils ont reconnu volontiers qu'ils n'avaient aucun motif leur permettant d'obtenir un mandat de perquisition. La direction d'école a reconnu qu'elle ne disposait d'aucune information confirmant la présence de drogues dans l'école ce jour-là, mais qu'on pouvait supposer sans risque d'erreur qu'il pourrait y en avoir. De plus, la direction d'école avait entendu à l'occasion des parents ou des voisins de l'école raconter que des enfants de l'école consommaient des drogues.

Pendant que la police était sur les lieux de l'école avec le chien renifleur, aucun élève ne pouvait quitter sa salle de classe. Après avoir fouillé les aires de l'école qu'ils voulaient parcourir, les policiers ont demandé à la direction d'école s'il y avait d'autres endroits susceptibles

⁷ *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393.

de les intéresser. Le directeur leur a indiqué un gymnase vide à l'exception de quelques sacs à dos, dont un a attiré l'attention du chien renifleur et dans lequel les policiers ont trouvé de la drogue. Un portefeuille se trouvant dans le sac a permis d'identifier le propriétaire du sac. En application de la politique de tolérance zéro de l'école, l'étudiant a été suspendu pendant plusieurs jours. Il a également été accusé de possession de drogue en vue d'en faire le trafic et de possession de drogue.

A - Une fouille abusive, selon le Tribunal pour adolescents de l'Ontario⁸

Selon le juge du Tribunal pour adolescents de l'Ontario, deux fouilles au sens de l'article 8 de la *Charte* ont été effectuées ce jour-là. La première fouille avait été effectuée par le chien renifleur en identifiant le sac à dos, alors qu'une deuxième fouille s'était produite au moment d'ouvrir le sac et de prendre connaissance de son contenu. De l'avis du juge, les deux fouilles étaient abusives. La motivation de la direction d'école - une croyance qu'il était possible de trouver en tout temps de la drogue à l'école - était insuffisante en soi. Bien qu'une certaine latitude doive être laissée aux directions d'école, le juge du tribunal pour adolescents refusa d'accepter qu'une « *supposition raisonnablement fondée sur l'expérience* » puisse constituer un motif raisonnable d'effectuer une fouille.

Le juge du tribunal pour adolescents a en outre conclu qu'il ne s'agissait pas en l'espèce de fouilles effectuées par la direction de l'école mais bien de fouilles par la police. Aucun membre du personnel de l'école n'avait participé activement aux fouilles. L'invitation lancée à la police n'avait pas pour effet de transformer les fouilles en fouilles effectuées par la direction de l'école. Il s'ensuivait que la *Charte* n'avait pas été respectée, que les éléments de preuve devaient être écartés et que l'accusé devait être acquitté.

B - La Cour d'appel de l'Ontario confirme⁹

La Cour d'appel de l'Ontario, unanime, avalisa la conclusion du tribunal de première instance à l'effet que les fouilles avaient été

⁸ 2004 ONCJ 98.

⁹ (2006), 79 R.J.O. (3e) 481 (C.A.).

effectuées par les policiers et non par les membres du personnel de l'école. Aucun membre de la direction de l'école n'avait demandé la présence de la police le jour de la fouille et aucun membre du personnel de l'école n'avait participé activement à la fouille. L'invitation de la direction d'école ne transformait pas les fouilles policières en démarches scolaires.

La Cour d'appel a également rejeté le motif d'appel du ministère public selon lequel les policiers n'avaient pas effectué une fouille au sens de l'article 8 de la *Charte*, soulignant notamment qu'un policier avait déclaré lors de son témoignage que les policiers s'étaient rendus à l'école pour effectuer une « *fouille au hasard* ».

De plus, la Cour d'appel n'a pas retenu la prétention du ministère public selon laquelle l'attente de l'accusé en matière de vie privée en ce qui concerne son sac à dos était si réduite qu'elle devenait négligeable. Elle a plutôt accepté l'argument de l'accusé et de l'Association canadienne des libertés civiles qui ont affirmé que le sac à dos d'un élève est un peu comme sa chambre à coucher et sa salle d'étude qu'il transporte avec lui.

Enfin, la Cour d'appel n'a pas passé sous silence le fait que, pour faciliter la fouille, tous les élèves ont été consignés dans leurs salles de classe pendant au moins une heure et demie. Bien que la direction d'école ait elle-même annoncé la fouille aux élèves, elle a posé ce geste pour faciliter la tâche des policiers. Aucune information crédible n'indiquait qu'une fouille était justifiée, et aucun motif raisonnable ne justifiait de consigner les élèves dans leurs salles de classe. La consignation des élèves a accentué le caractère abusif de la fouille.

Pour tout dire, la Cour d'appel était d'accord que les éléments de preuve recueillis lors de la fouille devaient être écartés : il s'agissait d'une fouille sans mandat effectuée au hasard et qui n'était autorisée par aucune loi. La violation était grave et l'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

II - L'UTILISATION DES CHIENS RENIFLEURS DANS LES GARES D'AUTOBUS

Le transport de substances illicites depuis leurs centres de fabrication jusqu'aux acheteurs constitue une composante particulièrement dangereuse du trafic de drogues. Les policiers ont

intérêt à être présents non seulement aux frontières, mais aussi dans les divers établissements de transport public tels les gares d'autobus et de trains et les aéroports. C'est justement dans une opération de surveillance dans une gare d'autobus qu'étaient impliqués les policiers et leur chien renifleur dans l'affaire *Kang-Brown*.

Les faits de l'affaire *Kang-Brown* méritent la présentation qui suit puisque leur interprétation divergente est à la source des différentes conclusions des juges McLachlin et Binnie, d'une part, et des juges Deschamps et Rothstein, d'autre part. L'affaire *Kang-Brown* a trait au travail d'une équipe d'agents de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC »), habillés en civil, qui était appelée à surveiller une gare d'autobus albertaine. L'équipe observait les passagers qui descendaient de l'autobus ayant effectué le trajet de nuit depuis la Colombie-britannique. Cette opération faisait partie d'un programme spécialisé qui consistait à surveiller les voyageurs en vue de repérer et d'arrêter les passeurs de drogue et d'autres individus qui se livrent à des activités criminelles.

Monsieur Kang-Brown a immédiatement retenu l'attention d'un sergent de la GRC du fait qu'ils ont échangé pendant plusieurs secondes un « long regard » que le sergent avait été formé à déceler et à reconnaître comme un comportement suspect. Le voyageur était en possession d'un sac à deux poignées, qu'il portait toutefois à l'épaule. Il était debout à côté de l'autobus, mais, à la différence des autres passagers, il ne regardait pas les bagages qui étaient déchargés. Il a ensuite fait le tour de l'autobus, dans une direction différente de celle empruntée par les autres passagers, et s'est retrouvé à quelques pieds derrière le sergent de la GRC.

Après l'avoir momentanément perdu de vue, le sergent a vu monsieur Kang-Brown se diriger vers la salle des toilettes. Avant de franchir la porte, monsieur Kang-Brown s'est immobilisé, s'est retourné et a fixé du regard le sergent de la GRC qui se trouvait derrière lui. Ce « regard vers l'arrière » constituait un autre signe que le sergent avait appris à considérer comme suspect. En sortant de la salle des toilettes, monsieur Kang-Brown a ajusté ses vêtements et jeté un coup d'œil dans le hall de la gare. Son regard a de nouveau croisé celui du sergent. Juste avant d'atteindre la sortie, monsieur Kang-Brown s'est immobilisé et s'est de nouveau tourné vers le sergent.

Le sergent de la GRC s'est présenté à monsieur Kang-Brown en lui montrant sa carte d'identité et son insigne. Le sergent lui a dit qu'il n'avait rien à lui reprocher et qu'il était libre de partir en tout temps. Le

sergent et monsieur Kang-Brown ont parlé de l'endroit d'où était parti ce dernier, de la durée de son voyage, du temps qu'il faisait et de la durée de son séjour à destination. À un moment donné pendant leur conversation, monsieur Kang-Brown a déposé son sac. Il a volontairement produit une pièce d'identité lorsqu'on lui a demandé de le faire. Bien que le ton ait été cordial, le sergent avait remarqué qu'au fur et à mesure que la conversation progressait monsieur Kang-Brown devenait de plus en plus nerveux et mal à l'aise.

Ayant appris que monsieur Kang-Brown avait acheté son billet d'autobus à la dernière minute, le sergent a alors indiqué que son travail consistait principalement à mener des enquêtes en matière de stupéfiants et il a dit à son interlocuteur que des passeurs de drogue transitent souvent par la gare d'autobus avec de grandes quantités de drogues et qu'ils font l'objet d'accusations. Monsieur Kang-Brown a nié qu'il transportait de la drogue. Le sergent a demandé s'il y avait de la drogue dans son sac et s'il pouvait en voir le contenu. Monsieur Kang-Brown a déposé le sac et a commencé à l'ouvrir alors que le policier lui disait « *Merci monsieur. Vous n'êtes sûrement pas obligé de me montrer, mais je vous en remercie* ». Avant que le sergent de la GRC puisse toucher le sac, monsieur Kang-Brown l'a retiré, maintenant très agité, voire affolé.

Le sergent de la GRC a ensuite fait signe à son collègue de s'approcher avec un chien renifleur. Le chien en question était en service actif depuis près de deux ans. Il était dressé pour détecter l'odeur de certaines drogues et avait connu un certain succès. Le chien s'est immédiatement assis pour indiquer la présence d'un stupéfiant. Une fouille du sac immédiatement après la mise en état d'arrestation a révélé la présence de plusieurs onces de drogue et son propriétaire a été accusé de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de possession d'héroïne.

A - Aucune attente raisonnable en matière de vie privée, selon la Cour du banc de la Reine de l'Alberta¹⁰

Au procès, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a rejeté la demande fondée sur les articles 8, 9 et 10 ainsi que sur le paragraphe 24(2) de la *Charte* visant à faire écarter la preuve qui avait été saisie dans le sac. Considérant les éléments de preuve recueillis comme un tout eu égard à l'ensemble des circonstances, la juge a estimé que les policiers

¹⁰ 2005 ABQB 608.

avaient commencé à questionner l'accusé au bon moment au cours de leur enquête et que, si ce dernier avait été effectivement détenu, des soupçons raisonnables justifiaient la détention aux fins d'enquête.

Selon la juge, l'accusé ne pouvait pas avoir eu une attente raisonnable en matière de vie privée par rapport à des odeurs qui s'échappaient librement de son sac dans un établissement de transport public. L'article 8 de la *Charte* ne s'appliquait donc pas¹¹.

B - La Cour d'appel de l'Alberta confirme¹²

Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont conclu que les renseignements que les policiers obtiennent dans un endroit public au sujet de ce qui se trouve dans un lieu privé ne sont pas tous le fruit d'une fouille ou d'une perquisition. Selon ces juges, aucune règle de droit ne prévoit que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier des bagages constitue toujours ou ne constitue jamais une fouille ou une perquisition au sens de l'article 8 de la *Charte*. La question était plutôt celle de savoir si le citoyen ordinaire, n'ayant commis aucune infraction, est en droit d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée. Comme le chien renifleur ne pouvait détecter que des drogues illégales et rien d'autre, si l'accusé n'avait pas été en possession de drogues illégales, la présence du chien renifleur n'aurait eu aucune incidence sur lui.

Selon les juges majoritaires, il n'y avait, dans l'endroit public en question, aucune attente raisonnable en matière de vie privée puisque les policiers se trouvaient dans un endroit tout à fait public (et non dans la cour d'une résidence), le chien renifleur a seulement permis d'obtenir une information rudimentaire (il n'a fait que confirmer la présence ou l'absence d'une quantité de drogue illégale inconnue), aucun détail intime concernant des vies privées ne risquait d'être révélé pendant l'opération policière, les odeurs se répandaient d'elles-mêmes et elles ont été détectées par quelque chose de semblable à un nez humain, bien que plus sensible que celui-ci. Ainsi, selon les juges majoritaires, aucune fouille n'avait eu lieu et l'article 8 de la *Charte* n'avait donc pas été engagé.

¹¹ La jurisprudence américaine abonde dans ce sens. Voir par exemple *Illinois c. Caballes*, 543 U.S. 405 (2005) et *United States c. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

¹² 2006 ABCA 199.

Mentionnons cependant que cette analyse n'a pas fait l'unanimité. La juge dissidente a accepté l'idée voulant que l'accusé avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des odeurs émanant de ses bagages personnels. La juge a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'article 8 de la *Charte* du fait que le chien renifleur avait été utilisé sans mandat décerné préalablement et que l'existence d'une situation d'urgence n'avait pas été établie. Elle aurait écarté la preuve en application du paragraphe 24(2) de la *Charte* et aurait, par conséquent, accueilli l'appel et prononcé un verdict d'acquiescement.

III - LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS LES AFFAIRES *A.M.* ET *KANG-BROWN*

A - Première approche : le statu quo

La décision des juges Fish, Abella, Charron et LeBel a été rendue par ce dernier. Selon ces juges, l'utilisation d'un chien renifleur par l'État constitue dans tous les cas une fouille au sens de l'article 8 de la *Charte*. La question commune que soulèvent les affaires *A.M.* et *Kang-Brown* est donc celle de savoir si la fouille à l'aide d'un chien renifleur était « autorisée par la loi »¹³. Il est incontesté que les fouilles n'étaient pas expressément autorisées par la loi. Il faut alors se demander si, dans l'accomplissement de leur devoir général d'effectuer des enquêtes criminelles, les policiers étaient autorisés par la common law à procéder aux fouilles en question. Dans les deux pourvois, il est incontesté que les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables et probables de croire que les accusés avaient de la drogue en leur possession ou qu'ils avaient commis quelque autre infraction au moment d'être fouillés par un chien renifleur. Autrement dit, personne ne conteste que, dans l'état actuel du droit, les policiers n'étaient pas autorisés à fouiller les accusés.

Selon ces juges, la question est donc de savoir si, en l'absence d'un régime législatif applicable à ces pourvois, la Cour suprême du Canada devrait tenter de concevoir elle-même une norme moins stricte que celle énoncée dans l'arrêt *Hunter c. Southam*¹⁴ pour régir l'utilisation des chiens renifleurs par les policiers dans des endroits publics tels qu'une

¹³ *Supra*, note 4 et 5.

¹⁴ *Supra*, note 3.

école ou une gare d'autobus. Comment et dans quels cas convient-il d'exercer le pouvoir qu'ont les tribunaux de créer et de modifier le droit?

Selon ces juges, en raison de l'importance cruciale du droit à la vie privée protégé par l'article 8 de la *Charte* et de la faiblesse du fondement factuel des présents pourvois¹⁵, le rôle constitutionnel confié aux tribunaux tend à indiquer qu'il devrait appartenir au législateur de créer et de justifier, dans un cadre législatif approprié, un nouveau pouvoir plus envahissant de fouiller, de perquisitionner et de saisir. Obliger le législateur à intervenir en la matière permettrait aux tribunaux d'être mieux en mesure de tenir compte des intérêts opposés qui sont en jeu et ferait en sorte que le processus de justification respecte les normes constitutionnelles. Élargir les pouvoirs que la common law confère aux policiers aurait pour effet de miner le processus de justification et de laisser les tribunaux établir eux-mêmes la règle de common law applicable sans avoir pleinement bénéficié du dialogue et des analyses qui auraient eu lieu si le législateur était intervenu et avait été tenu de justifier son intervention.

Selon le juge Lebel et ses cosignataires, les solutions jurisprudentielles qui consistent à établir de nouvelles règles de common law qui abaisseraient la norme de contrôle applicable aux ingérences de l'État dans la vie privée des gens ne représentent pas un exercice approprié du pouvoir judiciaire dans les circonstances. Il vaut mieux laisser au législateur le soin de résoudre la question — découlant de l'utilisation des chiens renifleurs — de toute lacune qui peut être perçue dans l'état actuel du droit en matière de pouvoirs d'enquête policière.

Compte tenu de l'absence d'un pouvoir législatif ou reconnu dans la common law justifiant des fouilles à l'aide de chiens renifleurs, le juge LeBel et ses cosignataires ont conclu qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la *Charte* et que, vu la gravité de cette violation, la preuve devait être écartée en application du paragraphe 24(2) de la *Charte*. Cette approche accorde beaucoup de déférence au législateur et ouvre la porte à des approches multiples en la matière, en fonction des décisions des législateurs relativement aux défis propres à leurs régions. Ces juges omettent cependant de se pencher sur la constitutionnalité d'une fouille d'un chien renifleur permise par une loi au regard de l'article 8 de la *Charte*.

¹⁵ Ces juges qualifient les dossiers de « faibles et insuffisants », particulièrement en ce qui a trait aux renseignements concernant les chiens renifleurs. Voir notamment les paragraphes 15 et 16 de *Kang-Brown*, *supra* note 5.

B - Deuxième approche : la norme des soupçons raisonnables

La décision de la juge en chef McLachlin et du juge Binnie commence par un rappel du fait qu'une fouille sans mandat est présumée abusive. Il incombe donc à la poursuite de prouver que, selon la prépondérance des probabilités, les fouilles n'étaient pas abusives. Selon l'arrêt *R. c. Collins*¹⁶, une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi (ou par la common law), si la loi (ou la common law) elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

Selon ces juges, l'utilisation d'un chien renifleur par l'État à l'encontre d'un individu constitue une « fouille » de l'individu en raison de l'importance et de la qualité des renseignements qu'elle permet d'obtenir au sujet des contenus dissimulés dans les effets personnels ou sur sa personne. Cette conclusion s'applique tout autant au contexte scolaire puisque les élèves qui laissent leur sac à dos dans un lieu tel un casier ou un gymnase ne perdent pas, de ce fait, le droit à la vie privée vis-à-vis du contenu de leur sac. Comme les serviettes, les sacs à main et les valises, les sacs à dos contiennent beaucoup d'effets personnels ; c'est notamment le cas pour les personnes qui, en raison de leur style de vie, ont à effectuer de nombreux déplacements pendant la journée, par exemple les élèves et les voyageurs.

Cela étant, les fouilles étaient-elles autorisées par la loi ou par la common law ? Selon ces juges, une interprétation trop rigide de l'arrêt *Hunter c. Southam*¹⁷ offrirait une solution du tout ou rien – c'est à dire qu'une activité serait entièrement réglementée par une procédure constitutionnelle rigide ou qu'elle ne serait absolument pas réglementée – qui semble incompatible avec l'approche fondée sur le « caractère raisonnable », l'élément fondamental de l'article 8 de la *Charte*, qui devrait offrir une réponse plus nuancée. En d'autres mots, si la Cour suprême du Canada conclut à l'existence d'un droit à la vie privée par rapport à tout sac contenant des effets personnels, ceux-ci seraient alors protégés par des mesures juridiques incontournables pour un chien renifleur ou pour toute autre personne ou dispositif agissant sans le consentement de la personne visée ou sans un mandat judiciaire autorisant la fouille de sorte que, de façon générale, les chiens renifleurs ne pourraient être utilisés que dans les cas où l'on n'a pas besoin d'eux !

¹⁶ *Supra*, note 3.

¹⁷ *Ibid.*

Si, toutefois, la Cour suprême du Canada conclut que le droit à la vie privée en jeu est jugé restreint au point que les actions des policiers à l'aide de chiens renifleurs soient considérées comme ne constituant pas des fouilles au sens de l'article 8 de la *Charte*, la personne visée ne pourra aucunement bénéficier de la protection offerte par cet article.

Selon ces juges, les fouilles n'étaient pas autorisées par la loi ; il fallait donc se demander si elles étaient autorisées par la common law. En réponse au juge LeBel et ses cosignataires, les juges McLachlin et Binnie rappellent que la common law comble sans cesse des « lacunes ». Elle le fait depuis des centaines d'années au moyen de différentes méthodes conçues par les juges. Selon les juges McLachlin et Binnie, la méthode pertinente pour déterminer l'existence d'un pouvoir policier conféré par la common law est bien connue ; il s'agit de la grille d'analyse issue de la jurisprudence *Waterfield-Dedman*¹⁸. La première exigence de cette conception est celle de l'existence d'un devoir policier. Selon la deuxième exigence, l'exercice des pouvoirs « accessoires » à ce devoir doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi par l'atteinte qui est portée.

Selon les juges McLachlin et Binnie, il est incontestable que les policiers ont le devoir d'enquêter les crimes et de traduire les criminels en justice ; la première exigence est donc rencontrée. En ce qui a trait à la deuxième étape, en raison de l'atteinte minime portée, de la recherche ciblée d'articles interdits et de la grande fiabilité dont fait montre un chien dressé et bien utilisé (ce qui sera toutefois à démontrer dans chaque cas), ces juges concluent qu'un juste équilibre entre les droits garantis par l'article 8 de la *Charte* et les impératifs raisonnables de l'application de la loi serait atteint si on permettait des fouilles ou des perquisitions à l'aide d'un chien renifleur en fonction d'une norme des « soupçons raisonnables », sans qu'il soit nécessaire d'obtenir préalablement une autorisation judiciaire. Cependant, puisque la seule protection dont un citoyen bénéficierait contre les fouilles abusives effectuées à l'aide d'un chien policier est un examen *ex post* des motifs étayant la prétention de « soupçons raisonnables », il importe que les tribunaux effectuent cet examen d'une manière très diligente et rigoureuse.

¹⁸ Voir R. c. *Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 et *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2 ; voir aussi R. c. *Mann*, 2004 CSC 52 et R. c. *Clayton*, 2007 CSC 32.

Les juges McLachlin et Binnie s'empresstent de préciser que la norme des « soupçons raisonnables » existe déjà dans d'autres contextes, tant dans la jurisprudence que dans la législation. Par exemple, la Cour suprême du Canada a adopté la norme des « soupçons raisonnables » pour contrôler l'intervention de policiers dans le contexte d'une détention aux fins d'enquête¹⁹, de la provocation policière²⁰ et comme justification de la fouille d'un étudiant par des autorités scolaires²¹. Par ailleurs, le législateur a adopté la norme des « soupçons raisonnables » à l'égard des fouilles ou des perquisitions effectuées à des endroits où l'attente en matière de vie privée est moindre, comme c'est le cas lors du passage à la frontière²². L'article 254 du *Code criminel*²³ (autorisant l'utilisation d'un « appareil de détection approuvé » pour déceler « la présence d'alcool dans le sang ») offre lui aussi une certaine analogie législative, hors du contexte des passages à la frontière et de l'emprisonnement, parce qu'il permet également une fouille peu envahissante, sans mandat, par un policier motivé par des soupçons raisonnables.

Quels sont les éléments de fait constitutifs des soupçons raisonnables ? Selon ces juges, les « soupçons » sont une impression que l'individu ciblé se livre à une activité criminelle. Les soupçons « raisonnables » vont au-delà de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas toutefois à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Les « soupçons raisonnables » exigent que le policier appuie sa conviction subjective sur des indications objectives vérifiables ou des motifs objectifs concrets. Les motifs objectifs concrets ne sauraient reposer sur la seule intuition du policier, basée sur son expérience. L'importance de la norme des motifs objectifs concrets résulte évidemment du fait que ces juges acceptent que les policiers n'obtiendront pas une autorisation judiciaire avant de procéder à une fouille ou à une perquisition à l'aide d'un chien renifleur. Ainsi, l'examen judiciaire *ex post* ne peut véritablement constituer une appréciation indépendante que si des motifs objectifs concrets sont invoqués pour justifier l'opinion personnelle du policier.

¹⁹ *R. c. Mann, ibid.* et *R. c. Clayton, ibid.*

²⁰ *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903.

²¹ *R. c. M. (M.R.)*, *supra* note 7.

²² Voir la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, c. 1 (2^e supp.), art. 98. Voir aussi : *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20, art. 49 (fouille par palpation d'un détenu soupçonné d'avoir en sa possession un objet interdit).

²³ L.R.C. 1985, c. C-46.

Les juges McLachlin et Binnie concluent que les policiers impliqués dans les deux pourvois n'étaient pas justifiés d'avoir des « soupçons raisonnables » au moment des fouilles à l'aide d'un chien renifleur. En ce qui a trait à l'affaire *A.M.*, le manquement des policiers découle, selon les juges McLachlin et Binnie, du fait qu'ils ont effectué la fouille en se fondant sur des hypothèses plutôt que sur des éléments de preuve objectivement vérifiables qui pourraient étayer des soupçons raisonnables. En l'absence de soupçons raisonnables, la fouille n'était pas autorisée par la loi ni par la common law et elle ne satisfaisait donc pas à la première exigence de l'arrêt *R. c. Collins*²⁴. Selon les juges McLachlin et Binnie, la fouille ne satisfaisait pas non plus à la troisième exigence de cet arrêt, selon laquelle la fouille ou perquisition doit être effectuée de manière non abusive.

Dans l'affaire *Kang-Brown*, les juges McLachlin et Binnie ont procédé de façon méticuleuse en décortiquant les diverses étapes des circonstances ayant mené à la fouille de l'accusé Kang-Brown. Ils ont conclu que le sergent n'avait pas de soupçons raisonnables au moment où il a fait appel au chien renifleur. Les deux magistrats ont cependant ajouté que s'ils avaient conclu que la fouille à l'aide du chien renifleur avait été effectuée sur la foi de soupçons raisonnables, ils auraient également convenu que l'indication positive donnée par le chien aurait justifié une fouille immédiate du sac par les policiers, compte tenu de la fiabilité démontrée du chien.

C - Troisième approche : la norme des soupçons raisonnables, sauf en contexte scolaire

Selon la juge Deschamps, à laquelle le juge Rothstein donne son appui, l'article 8 de la *Charte* ne s'appliquera que lorsqu'un accusé aura établi une attente en matière de vie privée raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances, tant objectives que subjectives. Selon ces juges, une liste non exhaustive de facteurs utiles pour trancher cette question a déjà été établie par la Cour suprême du Canada²⁵. Les facteurs comprennent la présence de l'accusé au moment de la prétendue fouille ou perquisition, l'objet de la prétendue fouille ou perquisition, le lieu où la prétendue fouille ou perquisition a été effectuée et la technique d'enquête utilisée pour effectuer la prétendue fouille ou perquisition.

²⁴ *Supra*, note 3.

²⁵ Voir *R. c. Edwards*, *supra* note 3 et *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67.

Les juges Deschamps et Rothstein sont du même avis que les juges McLachlin et Binnie quant à la conception générale à adopter pour déterminer si une fouille était abusive, c'est-à-dire celle de l'arrêt *R. c. Collins*²⁶, suivie de la grille d'analyse *Waterfield-Dedman*²⁷ pour déterminer les pouvoirs attribués à la police en common law.

Ces juges partagent aussi l'avis des juges McLachlin et Binnie quant au rôle des tribunaux dans l'établissement des normes applicables aux fouilles. Selon les juges Deschamps et Rothstein, il ne convient pas de renvoyer simplement la question au législateur. Les questions soulevées portent sur la reconnaissance d'un pouvoir de common law conforme à la Constitution, une tâche – voire une responsabilité – qui, historiquement et présentement, s'inscrit dans les limites de la compétence institutionnelle des tribunaux.

Selon eux, les normes applicables aux fouilles peuvent aller de l'absence de motifs et des soupçons raisonnables aux motifs raisonnables de croire que la preuve d'une infraction sera découverte. Dans les circonstances de l'affaire *Kang-Brown*, l'application de la norme des soupçons raisonnables constitue un exercice de pouvoirs policiers raisonnablement nécessaire et donc justifiable du fait qu'il permet d'établir un juste équilibre entre le droit raisonnable de l'accusé à la vie privée et l'intérêt sociétal d'empêcher que les transports publics servent au trafic de substances illicites.

En concluant de cette façon quant à la norme applicable aux fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs, ces juges ont voulu préserver, tout comme les juges McLachlin et Binnie, le rôle déjà joué par ces chiens. Selon les juges Deschamps et Rothstein, le chien renifleur deviendrait un outil inefficace pour appliquer la loi si les tribunaux exigeaient l'existence de motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts pour que l'utilisation d'un chien soit conforme à la Constitution. Si les policiers possèdent déjà des motifs raisonnables, ils exerceront par le fait même des activités plus envahissantes qu'une fouille à l'aide d'un chien renifleur et la seule utilité que pourrait alors avoir un chien renifleur serait d'accélérer la fouille ou la perquisition en indiquant précisément où se situe la substance illicite recherchée.

Les juges Deschamps et Rothstein ont accepté la conclusion de la juge du procès dans l'affaire *Kang-Brown* à l'effet que les policiers avaient

²⁶ *Supra*, note 3.

²⁷ *Supra*, note 18.

des soupçons raisonnables qui justifiaient leur utilisation du chien. Selon eux, la norme applicable avait donc été respectée. Ces juges ont fortement critiqué l'application de l'analyse aux faits de l'affaire telle qu'effectuée par les juges McLachlin et Binnie puisque, selon eux, il ne convient pas de déconstruire la preuve en pièces microscopiques et de modifier les conclusions de fait de la juge du procès. Cela laisserait entendre que les exigences en matière de preuve auxquelles il faut satisfaire pour respecter la norme des soupçons raisonnables sont si élevées que cette norme équivaut à celle des motifs raisonnables de croire et est donc redondante.

En ce qui a trait à l'affaire *A.M.*, les juges Deschamps et Rothstein ont arrêté leur analyse à la toute première étape, c'est-à-dire la question de savoir si une fouille avait été effectuée, puisqu'ils ont conclu que l'élève en question n'avait pas une attente raisonnable en matière de vie privée entraînant l'application de l'article 8 de la *Charte*. Selon les juges Deschamps et Rothstein, le contexte scolaire, l'existence d'un problème de drogue à l'école, la grande publicité dont a fait l'objet la politique de tolérance zéro et les mesures prises dans le passé pour la faire appliquer, le fait que l'élève n'était pas présent au moment de la fouille, que son sac à dos était bien en vue et que la technique d'enquête utilisée était relativement peu envahissante appuyaient cette conclusion.

D - Quatrième approche : la norme des soupçons généraux

L'approche adoptée par le juge Bastarache suit, de façon générale, celle des juges McLachlin, Binnie, Deschamps et Rothstein. Le juge Bastarache convient avec eux que la common law permet le recours aux chiens renifleurs lorsqu'il existe des soupçons raisonnables qu'une activité illégale liée à des drogues est exercée. Toutefois, il estime que, dans le contexte des écoles et des gares d'autobus, il suffit, sous réserve de certaines conditions, que les soupçons raisonnables soient de nature générale²⁸. Donc, dans le cas où des élèves ou des passagers raisonnablement bien informés sauraient qu'ils risquent de faire l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur, il n'est pas nécessaire que les

²⁸ Notons que la norme des soupçons généraux a explicitement été rejetée par les juges McLachlin et Binnie qui ont affirmé qu'il incomberait au législateur d'apporter un tel changement et d'en faire la justification s'il était contesté. Selon eux, un tel changement ne serait pas progressif, mais serait plutôt radical. Voir *Kang-Brown*, *supra* note 5 aux paras. 73-74.

policiers aient des soupçons raisonnables au sujet d'un individu particulier pour que leur recours à des chiens renifleurs soit acceptable.

Selon le juge Bastarache, les policiers ont toujours raison de soupçonner la présence de drogue dans les gares d'autobus et ferroviaires et les aéroports. Cependant, il n'y a pas lieu de conclure que des soupçons constants et généraux existent à l'égard de toutes les écoles. Il est donc essentiel que chaque fouille effectuée au hasard dans une école à l'aide de chiens renifleurs puisse se justifier par des motifs permettant de soupçonner qu'il sera possible de trouver de la drogue à l'endroit précis et au moment précis où la fouille est effectuée.

Le juge Bastarache a donc conclu, en ce qui a trait à l'affaire *Kang-Brown*, que le sac de l'accusé avait fait l'objet d'une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons précis et que cette fouille était donc légitime. Cependant, en ce qui a trait à l'affaire *A.M.*, le dossier de preuve ne permettait pas de conclure que la fouille effectuée se fondait sur des motifs raisonnables et actuels de soupçonner que des drogues pourraient être découvertes dans l'école²⁹.

IV - QUELQUES LEÇONS À TIRER DES ARRÊTS *A.M.* ET *KANG-BROWN*

Il va sans dire que le droit est en perpétuelle évolution. Parfois, le législateur en est l'instigateur alors que d'autres fois ce sont les tribunaux qui en sont la source par le biais de leurs décisions. Il s'établit ainsi ce que d'autres ont qualifié de dialogue, parfois lent et difficile, entre ces deux entités qui ont toutes deux le pouvoir de faire évoluer le droit. Le fractionnement des motifs dans les affaires *A.M.* et *Kang-Brown* illustre des visions différentes relatives à l'exercice approprié par les tribunaux de leur rôle de création de règles de droit, c'est-à-dire sur la question des responsabilités respectives de la Cour suprême du Canada et du législateur.

D'une part, le juge LeBel et ses cosignataires ont refusé l'invitation de considérer une modification de la norme applicable aux fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs, préférant plutôt renvoyer (ou envoyer) la balle au législateur. Il est intéressant de noter qu'une des

²⁹ Toutefois, le juge Bastarache aurait admis les éléments de preuve obtenus en violation de droits individuels garantis par la *Charte* en se rabattant sur le paragraphe 24(2) de la *Charte*.

raisons principales, sinon la principale raison, pour laquelle ces juges ont refusé de modifier la norme applicable est le fait que la modification à être apportée à la norme l'aurait abaissée et aurait facilité les ingérences de l'État dans la vie privée des gens. Cette hypothèse, si elle s'avérait juste, pourrait plaire aux groupes qui militent en faveur des libertés civiles et, quoi qu'il en soit, leur servira sans doute d'argument additionnel dans le cadre de litiges futurs.

Les cinq autres juges de la Cour suprême du Canada ne semblent pas s'être sentis limités de la même façon. Les juges Binnie³⁰ et Deschamps³¹ ont tous deux cité le juge Iacobucci qui, dans l'arrêt *R. c. Mann*³², rappelait que la Cour suprême du Canada exerce un rôle de gardien de la common law et que lorsque la règle de common law pertinente a évolué graduellement au fil de décisions judiciaires, il est indiqué que les tribunaux y apportent de nouveaux raffinements juridiques en l'absence d'intervention du législateur. Selon eux, il ne convenait pas en l'espèce de renvoyer tout simplement la problématique au législateur; la Cour suprême du Canada avait la compétence institutionnelle pour traiter les questions soulevées et en avait même l'obligation³³. Voilà ce qui semble constituer une division claire au sein de la Cour suprême du Canada sur une question fondamentale à son rôle.

Cette division a mené à des normes bien différentes en ce qui a trait aux fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs et donc à des conclusions divergentes. Cependant, même les juges McLachlin et Binnie, d'une part, et les juges Deschamps et Rothstein, d'autre part, qui s'entendaient dans l'affaire *Kang-Brown* quant à la norme applicable, sont arrivés à des conclusions différentes quant à l'application de cette norme aux faits de l'affaire. De même, l'analyse juridique des juges Deschamps et Rothstein dans l'affaire *A.M.* a été tout autre. Finalement, le juge Bastarache a appliqué une norme différente et unique dans les deux pourvois. Quelles leçons faut-il tirer de ces arrêts ?

Pour les autorités scolaires, la leçon la plus importante est qu'une forte majorité des juges de la Cour suprême du Canada a rejeté la pratique, largement répandue dans certains conseils et commissions scolaires, de procéder à des fouilles généralisées au hasard dans les

³⁰ *Kang-Brown*, supra note 5 au para. 62.

³¹ *Ibid.* au para. 158.

³² *Supra*, note 18.

³³ Voir le juge Binnie dans *Kang-Brown*, supra note 5 au para. 54 et la juge Deschamps au para. 158.

écoles à l'aide de policiers accompagnés de chiens renifleurs. Cependant, lorsque les policiers ont des soupçons raisonnables quant à la présence de drogues dans une école en particulier, il est permis de croire que l'utilisation de chiens renifleurs devrait normalement être jugée acceptable dans la mesure où ces soupçons sont fondés sur des faits objectifs.

Il importe en outre de noter qu'il existe toujours, sur le plan juridique, une distinction importante entre une fouille effectuée par la police et une fouille effectuée par les autorités scolaires, comme l'avait clairement indiqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. M. (M.R.)*³⁴. De façon générale, les autorités scolaires peuvent fouiller – sans mandat – un élève ou ses biens si elles ont des motifs raisonnables de croire qu'une règle de l'école a été violée ou est en train de l'être et que la preuve de cette violation se trouve dans les lieux ou sur la personne de l'élève. Cette norme est moins élevée que celle applicable aux fouilles policières, qui requiert plutôt l'existence de motifs raisonnables et probables.

En ce qui a trait à l'utilisation de chiens renifleurs, cependant, la distinction entre les policiers et les autorités scolaires est devenue plus floue en raison de la norme maintenant abaissée pour l'utilisation des chiens renifleurs par la police. Dans leur jugement, les juges McLachlin et Binnie ont précisé que, comme dans l'affaire *R. c. M. (M.R.)*³⁵, il ne s'agit pas, quant aux fouilles policières, d'une exception pour les écoles³⁶ ; la norme pour l'utilisation des chiens renifleurs par la police est celle des soupçons raisonnables, à l'école comme à la gare d'autobus. Les juges Deschamps et Rothstein, quant à eux, ont accepté l'argument voulant que le contexte scolaire soit bien différent et que l'attente raisonnable des élèves en matière de vie privée soit minimale. Il est à noter que le juge Deschamps et le juge Rothstein n'étaient pas juges à la Cour suprême du Canada au moment de la décision *R. c. M. (M.R.)*³⁷. Peut-être auront-ils l'occasion un jour de se prononcer plus directement sur la question de la norme applicable aux fouilles effectuées par les autorités scolaires.

Pour les policiers, la leçon principale qui semble se dégager des arrêts *A.M.* et *Kang-Brown* est qu'il existe une nouvelle norme abaissée pour l'utilisation des chiens renifleurs, telle qu'acceptée par une mince

³⁴ *Supra*, note 7.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Voir le juge Binnie dans *A.M.*, *supra* note 4 au para. 47.

³⁷ *Supra*, note 7.

majorité des juges de la Cour suprême du Canada. On peut affirmer que, généralement, lorsque la police a des soupçons raisonnables, l'utilisation de chiens renifleurs devrait vraisemblablement être jugée acceptable dans la mesure où ces soupçons sont fondés sur des faits objectifs.

Une autre leçon importante pour les policiers qui ressort des motifs des juges McLachlin et Binnie est l'importance de maintenir un dossier complet pour chaque chien renifleur afin que la fiabilité du chien en question puisse être évaluée au cas par cas. Selon ces juges, on ne devrait pas prendre pour acquis que tous les chiens renifleurs sont aussi performants les uns que les autres. Selon eux, les policiers ne sont pas justifiés de se fonder sur le « mythe du chien infallible ». Ils devront, si la légalité d'une fouille est contestée, démontrer que la fiabilité du chien renifleur utilisé est suffisamment élevée. Il est à noter que ces juges sont peut-être dans la minorité sur cette question, mais vu les multiples décisions des présents arrêts et le caractère incertain de l'état exact du droit actuel, les policiers auront intérêt à faire preuve de prudence dans leurs actions.

Les arrêts *A.M.* et *Kang-Brown* soulèvent aussi bien d'autres questions intéressantes qui ne sont que relevées ici. Pourrait-il exister d'autres normes applicables aux fouilles qui seraient jugées constitutionnelles par les tribunaux ? La distinction entre la norme des soupçons raisonnables et celle des motifs raisonnables et probables se révélera-t-elle inapplicable en pratique³⁸ ? Y a-t-il d'autres instruments de détection auxquels font appel les policiers qui pourraient jouir d'une norme réduite ? Quel sera l'impact de la décision de la juge Deschamps dans l'affaire *A.M.* quant à l'attente minimale des élèves en matière de vie privée ? Quel effet aura la précision qu'ont apportée certains juges à l'effet que dans les pourvois dont ils étaient saisis, il n'était pas question d'explosifs, d'armes à feu, de terrorisme ou d'autres menaces à la sécurité publique³⁹ ?

³⁸ Rappelons que la Cour suprême du Canada a conclu que, dans le cadre de la norme applicable aux révisions judiciaires, la distinction entre les normes « manifestement déraisonnable » et « raisonnable *simpliciter* » devait désormais être abandonnée ; voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9.

³⁹ Voir particulièrement les propos du juge Binnie aux paras. 3 et 37 de l'affaire *A.M.*, *supra* note 4 et aux paras. 18 et 28 de l'affaire *Kang-Brown*, *supra* note 5 ainsi que les propos du juge LeBel au para. 13.

CONCLUSION

Quel est donc, à l'heure actuelle, l'état du droit devant être respecté par ceux qui recourent aux chiens renifleurs ? Dans un premier temps, quatre juges de la Cour suprême du Canada ont conclu que la norme applicable à l'utilisation, par les policiers, des chiens renifleurs dans le cas de fouilles sans autorisation judiciaire préalable est la même que celle applicable aux fouilles en général, c'est-à-dire celle fondée sur l'existence de motifs raisonnables et probables.

Dans un deuxième temps, quatre autres juges de la Cour suprême du Canada ont conclu que la norme applicable à l'utilisation, par les policiers, des chiens renifleurs doit être abaissée par rapport à celle fondée sur l'existence de soupçons raisonnables, du moins lorsque les policiers interviennent dans les gares d'autobus avec des chiens renifleurs, sans autorisation judiciaire préalable. Cependant, ces quatre juges n'ont pas pu s'entendre quant à l'application de cette norme aux faits de l'affaire *Kang-Brown*. De plus, dans l'affaire *A.M.*, deux de ces quatre juges ont conclu que l'attente raisonnable de vie privée des élèves est suffisamment basse pour que, dans les faits du pourvoi, aucune fouille n'ait eu lieu au sens de l'article 8 de la *Charte*.

Finalement, un neuvième juge de la Cour suprême du Canada a conclu que la norme applicable à l'utilisation, par les policiers, des chiens renifleurs devait être abaissée au point où une fouille à l'aide d'un chien renifleur sans autorisation judiciaire préalable ne constituerait pas une fouille abusive au sens de l'article 8 de la *Charte* si celle-ci avait été fondée sur l'existence de soupçons raisonnables généraux chez les policiers.

Que conclure de ces approches multiples ? Bien que les décisions soient divergentes, il est possible d'affirmer, d'abord, que l'intervention d'un chien renifleur constitue une fouille au sens de l'article 8 de la *Charte*. Il est également possible de soutenir que lorsque les policiers possèdent des soupçons raisonnables quant à la présence de substances illicites, ils pourront vraisemblablement utiliser des chiens renifleurs sans autorisation judiciaire préalable. En effet, cinq juges⁴⁰, donc une mince majorité, devraient être d'accord avec cet énoncé. Notons que le juge Bastarache était d'avis que la vie privée est protégée par la Constitution que dans la mesure où une fouille avec un chien renifleur et sans autorisation judiciaire préalable a été exécutée en raison de

⁴⁰ Les juges McLachlin, Binnie, Deschamps, Rothstein et Bastarache.

souçons moindres que des soupçons raisonnables généraux. Par ailleurs, il faut rappeler que, dans le cas des écoles, la juge Deschamps a déterminé que les actions des policiers ne constituaient même pas une fouille en raison de l'attente minimale des élèves en matière de vie privée.

Il est néanmoins clair que ce domaine du droit pourrait bénéficier grandement d'une intervention législative afin d'en préciser le contenu et de minimiser la confusion quant à l'utilisation appropriée des chiens renifleurs par la police. D'ici là et avant le prochain arrêt de la Cour suprême du Canada, les divers acteurs – des policiers aux autorités scolaires ainsi que leurs conseillers juridiques – devront se contenter des décisions partagées des juges de la Cour suprême du Canada, malgré l'incertitude qu'elles créent.

En effet, les arrêts *A.M.* et *Kang-Brown* ont déjà été considérés par certains tribunaux à travers le pays. Il semble que les tribunaux d'instances inférieures suivent l'approche de la juge McLachlin et du juge Binnie, que ce soit pour affirmer que l'intervention d'un chien renifleur constitue une fouille au sens de l'article 8 de la *Charte*⁴¹ ou encore pour conclure que la norme applicable aux fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs est celle des soupçons raisonnables⁴². Est-ce le résultat qu'avaient envisagé les autres juges de la Cour suprême du Canada ? Il se peut fort bien qu'elle saisisse la prochaine occasion qui lui sera présentée de se pencher à nouveau sur la question des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs.

⁴¹ R. c. *Ambrose*, 2008 NBPC 32 ; R. c. *Bramley*, 2008 SKPC 82.

⁴² R. c. *Slater*, 2008 ABPC 139.