

PRIMAUTÉ DU DROIT ET POUVOIRS POLICIERS : UN MARIAGE IMPOSSIBLE?

Vincent Anglehart¹

À une ère où l'idéologie sécuritaire affaiblit les fondations de l'édifice pénal, certains remettent en question la possibilité de respecter les exigences du principe de la primauté du droit dans le cadre de l'activité policière. Essentiellement, ces exigences devraient céder le pas à la nécessaire souplesse dont doivent jouir les agents de l'État pour assurer une répression efficace de la criminalité. Devant un tel discours, la primauté du droit peine à s'imposer, notamment en raison du scepticisme avec lequel sont accueillis les arguments se fondant sur ce principe. La présente étude vise principalement à dissiper ce scepticisme, qui empêche de s'interroger sérieusement sur la possibilité de concilier l'importance et la complexité de la mission policière avec un encadrement juridique conforme aux exigences de la primauté du droit. En prenant la primauté du droit au sérieux, il est possible de s'assurer de son respect sans sacrifier la sécurité de la population.

Pour démontrer que la méfiance envers le principe de la primauté du droit est injustifiée et qu'il est souhaitable, possible et nécessaire de respecter ce principe dans la gestion de l'activité policière, l'auteur procède d'abord à une analyse de la littérature et de la jurisprudence, permettant d'en extraire un portrait de l'importance et de la portée réelles du principe de la primauté du droit en droit canadien. Cette analyse permet plus spécifiquement d'identifier les sept principales exigences découlant de ce principe en matière d'encadrement de l'activité policière. En confrontant ensuite l'état actuel du droit à ces principes, l'auteur démontre l'existence d'un recul important du principe de la primauté du droit en matière d'encadrement de l'activité policière au Canada et en identifie la source, soit le non-respect de la séparation des fonctions entre les tribunaux et le législateur. Ce recul ne signifie toutefois pas qu'il est impossible de concilier l'importance et la complexité de la mission policière avec un encadrement juridique conforme aux exigences de la primauté du droit. L'auteur termine son analyse en démontrant qu'au contraire, une telle conciliation est possible. Elle passe principalement par l'accomplissement par le législateur et les tribunaux, avec sérieux et sans empiètement, de leurs fonctions respectives.

¹ Avocat et doctorant en droit à l'Université Laval et à l'Université Toulouse 1 Capitole. Les travaux de recherche de l'auteur, dans le cadre du programme de doctorat en droit, sont financés par une bourse du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. L'auteur remercie les deux évaluateurs anonymes pour leurs précieux commentaires sur les versions antérieures de cet article.

In an era when the ideology of security weakens the foundations of the criminal justice system, questions have arisen as to whether policing can be conducted in accordance with the rule of law. Essentially, the requirements of the rule of law should yield to the flexibility state agents need to ensure effective law enforcement. In light of such discourse, arguments based on this principle are often met with skepticism, making it difficult for the rule of law to prevail. This study aims primarily to challenge this skepticism, which prevents serious consideration of whether the importance and complexity of law enforcement’s mission can be reconciled with a legal framework that meets the requirements of the rule of law. It argues that taking the rule of law seriously makes it possible to uphold that very principle without compromising public safety.

To demonstrate that skepticism towards the rule of law is unwarranted and that respecting the rule of law in the governance of police work is both desirable, possible and necessary, the author first analyzes the relevant literature and case law to clarify the significance and scope of the principle in Canadian law. More specifically, this analysis identifies the seven key requirements stemming from this principle with respect to oversight of policing. By comparing the current state of the law to these principles, the author identifies a significant decline in the rule of law in the oversight of policing in Canada and traces its source to a failure to respect the respective roles of courts and lawmakers. However, this decline does not mean that the importance and complexity of law enforcement cannot be reconciled with a legal framework that meets the requirements of the rule of law. The author concludes that such reconciliation is not only possible but can be achieved primarily by lawmakers and the courts diligently performing their respective duties, without encroachment.

Table des matières

Introduction..... 279

I. La primauté du droit en droit canadien. 284

 i) Les exigences formelles du principe de la primauté du droit 288

 ii) Les exigences matérielles du principe de la primauté du droit 293

 iii) Les exigences institutionnelles du principe de la primauté du droit..... 297

II. La primauté du droit et l’encadrement de l’activité policière 299

III. Le recul de la primauté du droit dans l’encadrement
de l’activité policière..... 313

 i) La doctrine des pouvoirs accessoires : source de pouvoirs policiers
 de common law 313

- ii) La doctrine des pouvoirs accessoires : source de lacunes sur le plan de la primauté du droit. 315

IV. Le possible respect de la primauté du droit dans l'encadrement de l'activité policière. 322

- i) La mise en place d'un dialogue : renoncer à la doctrine des pouvoirs accessoires 324
- ii) L'effet escompté du dialogue : assujettir l'activité policière à la primauté du droit 326
- iii) Notre réponse à certaines objections potentielles 327

Conclusion 330

Introduction

La procédure pénale moderne subit les assauts de « l'idéologie sécuritaire »². Se nourrissant de l'insécurité ressentie par la population, notamment en lien avec la criminalité, cette idéologie appelle à une augmentation de la répression qui met à mal certains principes fondamentaux associés à l'État de droit³. La fin, soit la protection de la sécurité et, plus largement, « le fantasme d'un monde sans délinquance »⁴, semble justifier les moyens, l'efficacité répressive étant recherchée aux dépens d'autres principes, comme la protection des libertés individuelles⁵. Cette tension entre recherche de sécurité et protection de certains principes fondamentaux se fait naturellement sentir en matière d'encadrement de l'activité policière.

Les policiers jouent un rôle central dans le maintien de l'ordre public. Ils ont comme principaux devoirs « de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens »⁶. Pour accomplir ces devoirs avec une efficacité suffisante, ils doivent parfois adopter des conduites portant atteinte aux droits et libertés individuels⁷. Partout au

² Vincent Sizaire, *Sortir de l'imposture sécuritaire*, Paris, La Dispute, 2016 à la p 25 [Sizaire]; Laurent Mucchielli, « Le développement de l'idéologie sécuritaire et ses conséquences en France des années 1970 à nos jours » (2017) 1:20 *Regards croisés sur l'économie* 111 aux pp 115–16 [Mucchielli].

³ Mucchielli, *supra* note 2 aux pp 115–16; Mireille Delmas-Marty, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale du XIX^e au XXI^e siècle » (2010) 1 *R science crim & dr pénal comp* 5 à la p 7.

⁴ Sizaire, *supra* note 2 à la p 27.

⁵ Mireille Delmas-Marty, « Comment sortir de l'impasse? » (2010) 1 *R science crim & dr pénal comp* 107 à la p 107; Richard Jochelson et al, « Generation and Deployment of Common Law Police Powers by Canadian Courts and the Double-Edged Charter » (2020) 28:1 *Crit Criminol* 107 à la p 122 [Jochelson et al].

⁶ *Fleming c Ontario*, 2019 CSC 45 au para 69 [Fleming].

⁷ *Ibid* au para 2; *R c Singer*, 2026 CSC 8 au para 88 [Singer].

pays, quotidiennement, les policiers placent des individus en détention ou en état d'arrestation, procèdent à des fouilles corporelles et effectuent des perquisitions dans des domiciles, pour ne nommer que quelques exemples. Toutefois, dans une société fondée sur la primauté du droit, les policiers ne peuvent adopter de telles conduites que si une règle de droit les autorise à le faire. Autrement dit, pour porter atteinte à la liberté individuelle, le policier doit avoir le pouvoir, en vertu du droit, de le faire. C'est un tel pouvoir que nous désignerons dans le présent article par l'expression *pouvoir policier* : un pouvoir policier est une autorisation fournie aux policiers par le législateur (loi) ou les tribunaux (common law) leur permettant, dans l'accomplissement de leur mission et à certaines conditions, d'adopter une conduite portant atteinte à la liberté individuelle. Ainsi, malgré l'importance et la généralité de leurs devoirs, les agents de police ne peuvent pas tout faire pour les accomplir. Ils ont des pouvoirs limités⁸.

Il est aisé de voir comment de tels principes entraînent des contraintes pour le travail policier qui sont peu compatibles, à première vue, avec une idéologie résolument axée sur la sécurité. Dans ce contexte, au nom d'une répression efficace de la criminalité, certains plaident en faveur d'une plus grande souplesse dans l'encadrement de l'activité policière, octroyant une discrétion plus importante aux agents de l'État dans l'accomplissement de leurs devoirs⁹. En fait, en ajoutant dans l'équation la complexité de la mission policière, c'est directement la possibilité de respecter le principe de la primauté du droit en matière d'encadrement de l'activité policière qui est parfois remise en doute¹⁰. Ce discours inquiète naturellement ceux qui reconnaissent l'importance fondamentale de ce principe. Cette inquiétude nous semble pleinement justifiée, considérant que les tribunaux, consciemment ou non, ne sont pas indifférents à une telle idéologie. En effet, plusieurs auteurs notent un recul de la primauté du droit en matière d'encadrement de l'activité policière au Canada¹¹.

⁸ *Dedman c La Reine*, [1985] 2 RCS 2 à la p 10 [*Dedman*], juge en chef Dickson, motifs dissidents, cité avec approbation dans *Fleming*, *supra* note 6 au para 38.

⁹ Voir par exemple John Burchill, « A Horse Gallops Down a Street... Policing and the Resilience of the Common Law » (2018) 41:1 *Man LJ* 161 aux pp 161–62, 178 [Burchill].

¹⁰ *Ibid* à la p 163.

¹¹ Voir notamment Terry Skolnik et Vanessa MacDonnell, « Policing Arbitrariness: *Fleming v Ontario* and the Ancillary Powers Doctrine » (2021) 100 *SCLR* (2^e) 187 à la p 203 [Skolnik et MacDonnell]; Terry Skolnik, « Racial Profiling and the Perils of Ancillary Police Powers » (2021) 99:2 *R du B can* 429 à la p 430 [Skolnik, « Perils »]; Jochelson et al, *supra* note 5 à la p 122; Richard Jochelson, « Ancillary Issues with Oakes: The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory » (2012) 43:3 *RD Ottawa* 355 à la p 371 [Jochelson]; Tim Quigley, « The Impact of the Charter on the Law of Search and Seizure » (2008) 40 *SCLR* (2^e) 117 à la p 140 [Quigley]; Steve Coughlan,

Malgré ces avertissements doctrinaux, nous n'observons aucune amélioration significative de la situation. À notre avis, cela découle au moins en partie du fait que les arguments fondés sur la primauté du droit sont parfois accueillis avec un grand scepticisme, même par le plus haut tribunal du pays. À ce sujet, notons par exemple l'arrêt *Imperial Tobacco*, où la Cour suprême qualifie de judicieuse la remarque suivante d'un juge de la Cour d'appel fédérale : « Ceux qui prônent ou défendent quelque chose en particulier tendent à voir dans le principe de la primauté du droit tout ce qui conforte leur vue de ce que doit être la loi. »¹² La présente contribution vise à dissiper ce scepticisme, qui empêche à la fois de reconnaître le problème et d'y remédier. En matière d'encadrement de l'activité policière, la primauté du droit n'est pas un cheval de Troie dont se sert la littérature pour faire pénétrer ses préférences normatives dans le droit positif. Des exigences de la primauté du droit, bien connues de la littérature et de la jurisprudence, ne sont pas respectées et il est possible de remédier à la situation, à condition qu'elle soit prise au sérieux.

Ainsi, l'argument central défendu dans cet article est qu'il est souhaitable, possible et nécessaire de prévoir un encadrement juridique de l'activité policière conforme aux exigences de la primauté du droit. Notre apport spécifique à la littérature sur la question consiste à appuyer cet argument sur un cadre d'analyse précis, ciblant les exigences de ce principe en matière d'encadrement des pouvoirs policiers et ayant de solides assises dans la jurisprudence canadienne.

Pour défendre cet argument, il faut en premier lieu démontrer l'importance du principe de la primauté du droit et cerner précisément ses exigences, tant de façon générale que dans le domaine plus précis nous intéressant. C'est l'objet des deux premières parties de cet article.

Dans la première partie, nous procédons à une analyse de la portée du principe de la primauté du droit en droit canadien. Pour ce faire, nous identifions quelles sont, selon la littérature, les principales exigences à respecter pour qu'une règle de droit et le système dans lequel elle s'inscrit soient conformes à ce principe. Nous démontrons par la suite que ces

« Common Law Police Powers and the Rule of Law » (2007) 47:6 CR 266 [Coughlan, « Rule of Law »]; James Stribopoulos, « In Search of Dialogue: The Supreme Court, Police Powers and the *Charter* » (2005) 31 Queen's LJ 1 à la p 54 [Stribopoulos, « Dialogue »]; François Tanguay-Renaud, « Section 9 of the *Canadian Charter* & Arbitrary Laws: a Taxonomy, an Organizational Ideal, and a Path Forward » (2024) 57:1 UBC L Rev 167 aux pp 224–25 [Tanguay-Renaud]. Ces inquiétudes de la doctrine ont récemment été soulignées par la juge Martin, dissidente, dans *Singer*, *supra* note 7 aux para 238, 253–58.

¹² *Colombie-Britannique c Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49 au para 62 [*Imperial Tobacco*], citant *Singh c Canada (Procureur général)*, [2000] 3 CF 185 (CA) au para 33.

exigences sont bien connues de la jurisprudence canadienne, la Cour suprême ayant reconnu à diverses reprises leur importance et leur bien-fondé. À l'issue de cette première partie, nous sommes en mesure de présenter une conception de la primauté du droit, source d'exigences à la fois formelles, matérielles et institutionnelles, qui a des assises solides dans la jurisprudence de la Cour suprême. En quelques mots, ce principe vise à protéger les citoyens contre l'arbitraire de l'État et à leur permettre d'organiser leur conduite en connaissance des conséquences juridiques pouvant en découler. De ce fait, il exige d'abord qu'un ordre de droit positif existe au sein de l'État, que tous y soient soumis et que les rapports entre l'État et les citoyens soient régis par des règles de droit appliquées de façon uniforme. Mais ce n'est pas tout. Des exigences formelles, liées à la qualité de la règle de droit (prospectivité, accessibilité, clarté, prévisibilité et stabilité), au pouvoir discrétionnaire des représentants de l'État (qui ne saurait être illimité) et à l'intervention des tribunaux (indépendance, pouvoir de révision, accès à la justice et respect des principes de justice naturelle), doivent aussi être respectées pour atteindre ces objectifs. Au surplus, des exigences matérielles s'imposent : la règle de droit doit respecter la Constitution, ce qui inclut les droits fondamentaux protégés par la *Charte*¹³. À défaut, il ne sera pas possible de maintenir la confiance du public envers les lois et l'administration de la justice, condition essentielle à l'effectivité du droit. Finalement, sur le plan institutionnel, la primauté du droit milite en faveur de l'intervention du législateur, plutôt que des tribunaux, lorsqu'il est question d'empiéter sur les droits fondamentaux des individus.

Dans la seconde partie, nous déterminons comment ces principes se traduisent dans le domaine plus précis de l'encadrement de l'activité policière. Toujours en nous appuyant sur la jurisprudence, nous concluons qu'en la matière, sept principales exigences découlent du principe de la primauté du droit. Une conduite policière portant atteinte à la liberté individuelle doit être fondée sur une règle de droit (**fondement**), d'origine législative (**source**), d'une **qualité formelle suffisante** (ce qui implique qu'elle soit accessible, claire, prévisible, stable et prospective), appliquée avec une certaine **uniformité**, prévoyant des conditions d'exercice permettant d'encadrer le pouvoir discrétionnaire du policier et de mener un véritable examen judiciaire (**encadrement**) et respectant la Constitution, ce qui inclut la *Charte* (**constitutionnalité**). Il doit aussi être possible pour le citoyen de contester devant les tribunaux les conduites policières non conformes à ces prescriptions (**contrôle judiciaire**).

¹³ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte*].

Le caractère fondamental du principe de la primauté du droit étant établi et ses exigences cernées précisément, il faut ensuite, si nous entendons démontrer qu'il est possible de respecter ce principe, identifier les lacunes dans l'état actuel du droit et, surtout, en déterminer la source. C'est l'objet de la troisième partie de l'article. Nous y concluons que c'est le non-respect de la séparation des fonctions entre les tribunaux et le législateur qui entraîne la violation, à divers degrés, de l'ensemble des exigences identifiées dans la seconde partie. Plus précisément, en ayant recours à la doctrine des pouvoirs accessoires pour créer de nouveaux pouvoirs policiers, les tribunaux engendrent une confusion des rôles entre les pouvoirs judiciaire et législatif qui entraîne un recul de la primauté du droit. Sur le plan institutionnel, la **source** de la règle de droit n'est pas la loi, mais plutôt la jurisprudence. Cette lacune entraîne les autres. Dans le dossier dont il est saisi, en reconnaissant un nouveau pouvoir policier, le tribunal donne son aval à une atteinte à la liberté individuelle qui, lorsqu'elle survient, n'est **fondée** sur aucune règle de droit connue. Il prive alors le citoyen de la possibilité de faire sanctionner par les tribunaux les atteintes portées par l'État au principe de la primauté du droit (**contrôle judiciaire**). Qui dit absence de règle de droit dit également, cela va de soi, défaut sur les plans de la **qualité formelle**, de l'**encadrement** et de la **constitutionnalité**. Ces lacunes découlent du caractère rétroactif, plutôt que simplement prospectif, des décisions judiciaires. Des défauts existent aussi pour l'application, dans le futur, du nouveau pouvoir policier. En raison des contraintes inhérentes à la fonction judiciaire, les règles de droit formulées risquent d'être d'une **qualité formelle** insuffisante, ce qui entraîne notamment des enjeux relatifs à l'**encadrement** et au **contrôle judiciaire**. De plus, puisque la Cour suprême n'est pas la seule à pouvoir reconnaître de nouveaux pouvoirs policiers, il en découle un manque d'**uniformité** dans l'application du droit, que ce soit entre les provinces ou au sein même de ces dernières. Finalement, lorsque le pouvoir policier est octroyé par les tribunaux, plutôt que par le législateur, l'analyse de sa conformité à la *Charte* est moins rigoureuse (**constitutionnalité**).

Les lacunes dans l'état actuel du droit et leur source étant soulignées, la solution s'impose et permet de conclure qu'il est possible de prévoir un encadrement juridique de l'activité policière conforme aux exigences de la primauté du droit. Ainsi, dans la quatrième partie, nous avançons que la solution passe par l'accomplissement par le législateur et les tribunaux, avec sérieux et sans empiètement, de leurs fonctions respectives. En tant que gardiens de la Constitution et de ses principes, c'est principalement aux tribunaux que revient la responsabilité de corriger le tir, et ce, de deux façons. D'une part, ils doivent renoncer à la doctrine des pouvoirs accessoires et invalider les conduites policières non fondées sur une règle de droit connue, le tout pour envoyer au législateur le message qu'en l'absence d'intervention de sa part, ces conduites ne seront pas tolérées.

D'autre part, ils doivent s'assurer que les pouvoirs policiers octroyés par le législateur répondent aux exigences de la primauté du droit et, à défaut, souligner clairement les lacunes à cet égard. Pour ce faire, le cadre d'analyse exposé dans la seconde partie devrait être utilisé.

I. La primauté du droit en droit canadien

« Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit » : c'est le préambule qui a été intégré en introduction de la *Charte*. Était ainsi mis à l'avant-plan un principe hérité de la Constitution du Royaume-Uni—la primauté du droit (*rule of law*)—qui a été décrit comme l'« un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle »¹⁴. L'importance de ce principe en droit canadien ne saurait être sérieusement remise en doute. Dans de nombreux arrêts, la Cour suprême souligne avec force cette importance¹⁵. La primauté du droit, qui « est inhérente au concept même de constitution »¹⁶ et est « à la base du gouvernement démocratique »¹⁷, « forme le cœur de notre tradition politique et constitutionnelle »¹⁸ et « est le fondement de notre

¹⁴ *Roncarelli c Duplessis*, [1959] RCS 121 à la p 142 [Roncarelli], passage traduit dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 70 [Renvoi sécession]. Voir aussi *Canada (Procureur général) c Power*, 2024 CSC 26 au para 54 [Power]; *Colombie-Britannique (Procureur général) c Christie*, 2007 CSC 21 au para 19 [Christie]; *Imperial Tobacco, supra* note 12 au para 57; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721 à la p 750 [Renvoi Manitoba]. En d'autres termes, la primauté du droit est un des « préceptes directeurs fondamentaux » de la Constitution canadienne : *R c Sullivan*, 2022 CSC 19 au para 61 [Sullivan]. Voir aussi *Toronto (Cité) c Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34 au para 49 [Toronto (Cité)]; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 au para 25; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î-P-É)*, [1997] 3 RCS 3 au para 99 [Renvoi Î-P-É].

¹⁵ En plus des exemples qui suivent, voir, entre autres : *Ontario (Procureur général) c G*, 2020 CSC 38 au para 88 [Ontario c G]; *R c KRJ*, 2016 CSC 31 au para 27 [KRJ]; *Mackin c Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13 au para 34.

¹⁶ *Christie, supra* note 14 au para 19. Voir aussi *Renvoi sécession, supra* note 14 au para 50; *Renvoi Manitoba, supra* note 14 à la p 750.

¹⁷ *R c Ferguson*, 2008 CSC 6 au para 68 [Ferguson]. Voir aussi *Demande fondée sur l'art 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42 au para 5 [Demande fondée sur l'art 83.28 Ccr] : « [L']existence même d'une démocratie repose sur la primauté du droit. »; *Conseil canadien des Églises c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 RCS 236 à la p 250 [Conseil canadien des Églises] : « La primauté du droit est donc reconnue comme la pierre angulaire de notre système démocratique. »

¹⁸ *R c Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS 606 à la p 632 [NS Pharmaceutical Society]. Voir aussi *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1 au para 4.

société; sans elle, la paix, l'ordre et le bon gouvernement n'existent pas »¹⁹. En fait, selon la Cour, « [l]e respect de la primauté du droit remonte à l'origine de nos institutions démocratiques et fait partie de notre héritage juridique le plus cher »²⁰, respect pour lequel « [l]e Canada s'est gagné reconnaissance et admiration »²¹.

Comme c'est souvent le cas pour les principes d'une telle importance, la portée exacte de la primauté du droit est l'objet de nombreux débats. Certains, comme Joseph Raz, ont une vision essentiellement formelle du principe (la primauté du droit, quel qu'il soit). Selon Raz, la primauté du droit entraîne des exigences sur le plan de la forme que doivent prendre la règle de droit et le système au sein duquel elle s'inscrit, mais ce principe est indifférent au contenu de la règle. Autrement dit, dans la mesure où les exigences formelles du principe sont respectées, la règle de droit et le système juridique sont conformes à la primauté du droit, et ce, peu importe que le contenu de la règle mette à mal notre sens de la justice ou de l'équité ou les droits fondamentaux des individus. La primauté du droit s'intéresse à la forme, les défauts sur le plan du contenu étant l'affaire d'autres principes²². Bref, le principe est la primauté du droit, mais pas nécessairement la primauté du *bon* droit²³. D'autres, comme Lord Bingham²⁴ ou T.R.S. Allan²⁵, ajoutent à la primauté du droit un volet matériel (la primauté du droit, dont le contenu doit respecter certains principes fondamentaux). Bien qu'ils reconnaissent de façon générale le bien-fondé des exigences formelles mises de l'avant par des auteurs comme Raz, les tenants d'une vision *matérielle* ou *substantielle* de la primauté du droit n'adhèrent pas à l'idée voulant que ce principe soit indifférent au contenu de la règle de droit²⁶. À titre d'exemple, selon

¹⁹ *United Nurses of Alberta c Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 RCS 901 à la p 931.

²⁰ *Supermarchés Jean Labrecque Inc c Flamand*, [1987] 2 RCS 219 à la p 234.

²¹ *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62 au para 31 [*Doucet-Boudreau*].

²² Voir généralement Joseph Raz, « The Rule of Law and its Virtue » (1977) 93 LQR 195 [Raz].

²³ *Ibid* à la p 195; Peter W Hogg et Cara F Zwibel, « The Rule of Law in the Supreme Court of Canada » (2005) 55:3 UTLJ 715 à la p 718 [Hogg et Zwibel].

²⁴ Lord Bingham, « The Rule of Law » (2007) 66:1 Cambridge LJ 67 [Lord Bingham]; Tom Bingham, *The Rule of Law*, Londres, Allen Lane, 2010.

²⁵ Trevor Robert Seaward Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Trevor Robert Seaward Allan, « Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism » (1985) 44:1 Cambridge LJ 111 [Allan].

²⁶ Paul Craig, « Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework » dans Richard Bellamy, dir, *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Londres, Routledge, 2005, p 95 à la p 95 [Craig]; Aleardo Zanghellini, « The Foundations of the Rule of Law » (2016) 28:2 Yale JL & Human 213 à la p 214 [Zanghellini];

Lord Bingham, pour respecter la primauté du droit, les règles de droit doivent assurer la protection des droits fondamentaux²⁷. Cette exigence dépasse la forme et nécessite un examen de la substance de la règle de droit, d'où la qualification de vision *matérielle* ou *substantielle*. La pensée de Lord Bingham est d'ailleurs caractéristique de cette posture, car c'est habituellement sur la protection des droits fondamentaux que sont axées les exigences découlant d'une telle vision de la primauté du droit²⁸.

Nous verrons dans la présente partie que malgré des indications contraires dans certains arrêts, la Cour suprême adopte une vision relativement large de la primauté du droit, étant la source d'exigences tant formelles (i) que matérielles (ii). Il faut également ajouter à la liste les exigences dites *institutionnelles* (iii), car au-delà de la forme et du contenu de la règle de droit, la primauté du droit n'est pas indifférente à sa source (législateur ou tribunaux). Nous aborderons successivement ces trois catégories d'exigences.

Avant cela toutefois, débutons à la base en exposant le cœur de ce principe et ses objectifs. À sa plus simple expression, la primauté du droit signifie qu'un ordre de droit positif doit exister au sein de l'État et que tant les citoyens que l'État et ses représentants y sont soumis. Cela implique, entre autres, que c'est le droit qui doit régir les rapports entre l'État et les citoyens²⁹. C'est ce qui ressort de divers arrêts de la Cour suprême où cette dernière précise que le principe de la primauté du droit comporte minimalement trois volets³⁰. D'abord, il signifie « que le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire »³¹. Ensuite, « la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif

Jeffrey B Meyers, « What We Talk About When We Talk About the Rule of Law » (2021) 7 CJCCL 405 aux pp 407–9 [Meyers]; François Chevette et Herbert Marx, *Droit constitutionnel. Principes fondamentaux. Notes et jurisprudence*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2021 à la p 233 [Chevette et Marx].

²⁷ Lord Bingham, *supra* note 24 à la p 75.

²⁸ « According to the substantive conception, however, the formal conception only tells half the story. The rule of law, according to the substantive conception, is not exhausted by procedural and formal requirements for, while insisting on these requirements, the rule of law additionally demands that law be, in some nontrivial sense, substantively just. Typically this is taken to mean that the law must take fundamental rights seriously » : Zanghellini, *supra* note 26 à la p 214. Voir aussi Alison L Young, « The Rule of Law in the United Kingdom: Formal or Substantive? » (2012) 6:2 Vienna J on Int'l Const L 259 à la p 273; Craig, *supra* note 26 à la p 95; Meyers, *supra* note 26 à la p 407.

²⁹ *Renvoi sécession*, *supra* note 14 au para 71.

³⁰ Résumés par la Cour dans *ibid.*

³¹ *Renvoi Manitoba*, *supra* note 14 à la p 748.

qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif »³². Finalement, « l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit »³³. Cette vision de la primauté du droit est au moins en partie inspirée des travaux de Dicey, le juriste anglais à qui nous associons généralement la *rule of law*, pour qui ce principe exige notamment, d'une part, que ce soit le droit, et non l'arbitraire, qui fonde les sanctions et autres interventions étatiques qui touchent le corps et les biens des citoyens et, d'autre part, que personne, peu importe son rang ou sa condition, ne soit au-dessus de la loi³⁴. Ajoutons que cette nécessaire « égalité devant la loi »³⁵ entraîne une exigence d'uniformité, les situations similaires devant être régies par les mêmes règles de droit³⁶.

Dans l'arrêt *Imperial Tobacco*, la Cour suprême laisse entendre—sans se prononcer formellement en ce sens³⁷—que ces trois volets représentent l'entièreté du contenu de la primauté du droit et qu'ainsi, ce principe n'impose que des contraintes limitées au pouvoir législatif³⁸. En effet, selon la Cour, « aucun des principes qu'embrasse la primauté du droit ne vise directement les termes de la loi »³⁹. Dans la mesure où des règles de droit existent, qu'elles s'appliquent à tous et qu'elles régissent les mesures que les représentants de l'État peuvent prendre à l'encontre des citoyens, le principe de la primauté du droit est respecté, sans égard à tout autre défaut que pourraient présenter les règles de droit en question, que ce soit sur la forme ou sur le fond.

Malgré ces propos tenus dans *Imperial Tobacco*, la jurisprudence de la Cour, tant antérieure que postérieure à cet arrêt, n'appuie pas une vision aussi étroite de la portée du principe. Cela n'a rien de surprenant, car une telle vision ne saurait permettre à la primauté du droit de remplir ses objectifs centraux. À ce sujet, il est acquis que la primauté du droit

³² *Ibid* à la p 749.

³³ *Renvoi Î-P-É*, *supra* note 14 au para 10.

³⁴ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd, Londres, Macmillan and Co, 1915 aux pp 110, 114 [Dicey].

³⁵ Voir notamment *R c Campbell*, [1999] 1 RCS 565 au para 18 [*Campbell*]; *R c Turpin*, [1989] 1 RCS 1296 à la p 1296 [*Turpin*].

³⁶ *Ledcor Construction Ltd c Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37 au para 35 [*Ledcor*], citant *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33 au para 9. Voir aussi *Ontario (Procureur général) c Restoule*, 2024 CSC 27 au para 88 [*Restoule*].

³⁷ « Dans *Imperial Tobacco*, toutefois, notre Cour n'a pas écarté la possibilité que la primauté du droit puisse englober d'autres principes. » : *Christie*, *supra* note 14 au para 21. Voir aussi *Charkaoui c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9 au para 135 [*Charkaoui*].

³⁸ *Imperial Tobacco*, *supra* note 12 au para 60. Voir aussi *Toronto (Cité)*, *supra* note 14 au para 72.

³⁹ *Imperial Tobacco*, *supra* note 12 au para 59.

visé à protéger les citoyens contre l'arbitraire de l'État et à leur permettre d'organiser leur conduite en connaissance des conséquences juridiques pouvant en découler⁴⁰. Comme le souligne la Cour suprême dans le *Renvoi sécession*, « [à] son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État »⁴¹.

Pour que ces objectifs soient atteints, il ne suffit pas que des règles de droit existent, qu'elles s'appliquent à tous et qu'elles régissent les mesures que les représentants de l'État peuvent prendre à l'encontre des citoyens. Il est aussi essentiel de respecter les valeurs de certitude, d'accessibilité, d'intelligibilité, de clarté et de prévisibilité qui sous-tendent le principe de la primauté du droit⁴². En effet, pour constituer un guide suffisant pour le citoyen et pour encadrer les pouvoirs étatiques de façon à éviter l'arbitraire, il importe que le droit ait certaines qualités, au moins sur le plan formel. C'est pourquoi, même chez ceux qui adoptent une vision strictement formelle de la primauté du droit, les trois volets de ce principe énoncés plus haut n'épuisent pas son contenu. Des exigences formelles doivent être respectées.

i) Les exigences formelles du principe de la primauté du droit

Selon Joseph Raz, pour respecter la primauté du droit, un système juridique doit disposer de règles de droit d'une qualité formelle suffisante (accessibles, claires, prévisibles, stables et prospectives), servant de limite au pouvoir discrétionnaire des représentants de l'État et appliquées par des tribunaux indépendants et accessibles, qui opèrent selon une procédure équitable et qui sont dotés du pouvoir d'intervenir pour assurer le respect de la primauté du droit.

⁴⁰ *R c Albashir*, 2021 CSC 48 au para 35 [*Albashir*] (organisation de la conduite); *KRJ*, *supra* note 15 au para 23 (organisation de la conduite); *R c Grant*, 2009 CSC 32 au para 54 [*Grant*] (arbitraire); *Greater Vancouver Transportation Authority c Fédération canadienne des étudiantes et étudiants—Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31 au para 50 [*Greater Vancouver Transportation Authority*]; *NS Pharmaceutical Society*, *supra* note 18 aux pp 625, 632; Lisa M Austin, « Getting Past Privacy: Surveillance, the Charter, and the Rule of Law » (2012) 27:3 *CJLS* 381 à la p 383; Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, éd pour étudiants, Toronto, Thomson Reuters, 2017 au para 38–12; Allan, *supra* note 25 aux pp 117–18; Dicey, *supra* note 34 à la p 110 (arbitraire).

⁴¹ *Renvoi sécession*, *supra* note 14 au para 70. L'idée n'est pas nouvelle. John Locke, dans ses travaux, y fait clairement référence. Voir John Locke, *Traité du gouvernement civil*, 2^e éd, traduit par David Mazel, Paris, Flammarion, 1992 à la p 246 [Locke].

⁴² *Ferguson*, *supra* note 17 au para 69; *Québec (Procureur général) c Senneville*, 2025 CSC 33 au para 77 [*Senneville*]; *Sullivan*, *supra* note 14 au para 64; Skolnik, « Perils », *supra* note 11 à la p 434; Coughlan, « Rule of Law », *supra* note 11.

C'est en effet ce qui ressort des huit exigences qui, selon cet auteur, découlent d'une vision formelle de la primauté du droit⁴³. Nous retenons ces exigences pour les fins de notre analyse, car ce sont celles qui sont normalement retenues, en totalité ou en partie, par ceux qui adoptent une telle vision de la primauté du droit⁴⁴. Nous pouvons les regrouper en trois catégories, soit les exigences relatives (1) à la qualité formelle de la règle de droit; (2) au pouvoir discrétionnaire des représentants de l'État; et (3) à l'intervention des tribunaux. Nous étudierons successivement ces trois catégories d'exigences pour démontrer qu'elles sont toutes bien implantées en droit canadien.

Pour ce qui est de la première catégorie, soit la **qualité formelle de la règle de droit**, elle regroupe deux exigences : a) les règles de droit doivent être prospectives, accessibles et claires⁴⁵; et b) les règles de droit doivent être relativement stables⁴⁶. Leur raison d'être est simple : si la règle de droit doit permettre à l'individu d'organiser sa conduite, encore faut-il qu'elle existe au moment où il agit (prospective), qu'il puisse en prendre connaissance (accessible) et en comprendre le contenu (claire) et qu'une fois cette connaissance et cette compréhension acquises, elles ne soient pas constamment remises en doute par des modifications à l'état du droit (stable)⁴⁷. Ces exigences de base ressortent aussi des travaux d'autres auteurs influents sur la question, comme Lon L. Fuller⁴⁸. La Cour suprême s'assure du respect de ces principes, notamment au moyen de la théorie de l'imprécision et de la présomption de non-rétroactivité des lois, deux concepts qu'elle rattache à la primauté du droit.

Comme l'indique la Cour dans *NS Pharmaceutical Society*, « [l]a "théorie de l'imprécision" repose sur la primauté du droit, en particulier sur les principes voulant que les citoyens soient raisonnablement

⁴³ Raz, *supra* note 22.

⁴⁴ Voir à ce sujet Zanghellini, *supra* note 26 aux pp 213–14; Jeremy Waldron, « The Concept and the Rule of Law » (2008) 43:1 Ga L Rev 1 aux pp 7–8 [Waldron]; Hogg et Zwibel, *supra* note 23 aux pp 717–18; Luc Huppé, « La concrétisation de la primauté du droit dans l'ordre juridique » (1997) 38:4 C de D 805 [Huppé]; Guillermo O'Donnell, « Why the Rule of Law Matters » (2004) 15:4 J Democracy 32 à la p 33. Comme nous l'avons mentionné, même ceux qui adoptent une vision dite matérielle de la primauté du droit acceptent généralement le bien-fondé de ces principes. Voir par exemple Lord Bingham, *supra* note 24.

⁴⁵ Raz, *supra* note 22 à la p 198.

⁴⁶ *Ibid* à la p 199.

⁴⁷ *Ibid* aux pp 198–99.

⁴⁸ Lon L. Fuller, *La moralité du droit*, traduit par Jérémie Van Meerbeeck et Sara Correa Roa, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2017 au ch 2 [Fuller]. Voir aussi, parmi d'autres, John Rawls, *A Theory of Justice*, éd révisée, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999 à la p 209 [Rawls].

prévenus et que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit limité »⁴⁹. Deux exigences pertinentes découlent de cette théorie. La première est l'accessibilité de la règle de droit, terme que la Cour emprunte à la jurisprudence européenne et qui signifie essentiellement que les individus doivent avoir accès à des informations suffisantes au sujet des règles de droit régissant une situation donnée⁵⁰. La Cour y voit une exigence de forme, qui demande que le citoyen ait connaissance du texte de loi, ce qui sera généralement présumé en vertu de la maxime selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi »⁵¹. Or, pour que l'on puisse présumer que le citoyen connaît la règle de droit en question, encore faut-il qu'elle lui soit accessible. La seconde exigence est la prévisibilité, terme à nouveau inspiré par la jurisprudence européenne. Il faut « une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; [...] il doit être à même de prévoir [...] les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁵². Contrairement à Raz, la Cour y voit une exigence de fond⁵³, estimant que l'on touche au contenu de la règle de droit, qui doit d'ailleurs être de nature à limiter le pouvoir discrétionnaire de ceux chargés de son application⁵⁴. Pour nos fins, c'est davantage la portée de l'exigence de prévisibilité que sa qualification (formelle ou matérielle) qui doit retenir l'attention. Pour remplir cette exigence, la règle de droit doit être intelligible (ou claire), ce qui implique un certain degré de précision⁵⁵.

En plus d'être accessibles et claires, ce qui permet d'assurer leur prévisibilité, les règles de droit doivent généralement être prospectives⁵⁶. Ce principe est aussi reconnu par la Cour suprême, la primauté du droit servant d'assise, en droit canadien, à la règle générale selon laquelle les règles de droit qui mettent en jeu des droits substantiels sont d'application prospective, plutôt que rétroactive⁵⁷. Pour ce qui est de la stabilité, dernière

⁴⁹ *NS Pharmaceutical Society*, *supra* note 18 à la p 626. Voir aussi *R c Levkovic*, 2013 CSC 25 au para 10 [*Levkovic*]; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4 au para 16 [*Canadian Foundation for Children*]; *Comité pour la République du Canada c Canada*, [1991] 1 RCS 139 à la p 210 [*Comité pour la République du Canada*], juge L'Heureux-Dubé, motifs concordants.

⁵⁰ *NS Pharmaceutical Society*, *supra* note 18 à la p 637, citant *Sunday Times c Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n° 6538/74, CEDH à la p 31 [*Sunday Times*].

⁵¹ *NS Pharmaceutical Society*, *supra* note 18 à la p 633.

⁵² *Ibid* à la p 637, citant *Sunday Times*, *supra* note 50 à la p 31.

⁵³ *NS Pharmaceutical Society*, *supra* note 18 aux pp 633, 637.

⁵⁴ *Ibid* aux pp 635–36.

⁵⁵ Le critère appliqué par la Cour consiste à déterminer si la loi constitue un guide suffisant dans le cadre d'un débat judiciaire : voir *ibid* à la p 643. Une règle de droit inintelligible ne satisfait pas à ce critère : *Ibid* à la p 638. Voir aussi *Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927 à la p 983.

⁵⁶ Raz, *supra* note 22 à la p 198; Fuller, *supra* note 48 au ch 2.

⁵⁷ *Albashir*, *supra* note 40 au para 35; *KRJ*, *supra* note 15 au para 23; *Tran c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50 aux para 43–44 [*Tran*]; *R c Dineley*,

exigence liée à la qualité formelle, soulignons simplement qu'une règle de droit sujette à des modifications fréquentes, de manière rétroactive ou non, contrevient aux enseignements de la Cour suprême, car elle n'est pas une règle de droit sur laquelle les citoyens peuvent réellement s'appuyer pour organiser leur conduite⁵⁸.

Il ressort donc de ce qui précède que les exigences énoncées par Raz, Fuller et d'autres auteurs en lien avec la qualité formelle de la loi, exigeant qu'elle soit accessible, claire, prévisible, stable et prospective, sont bien implantées en droit canadien. Pour ce qui est de la seconde catégorie d'exigences découlant d'une vision formelle de la primauté du droit, soit celles relatives au **pouvoir discrétionnaire des représentants de l'État**, elle en regroupe également deux : a) toute règle ou tout ordre spécifique doit être encadré par des règles de droit générales qui respectent les exigences de qualité formelle énoncées ci-dessus, prévoient le pouvoir de poser ces règles ou de formuler ces ordres et donnent des instructions sur la façon d'exercer ce pouvoir⁵⁹; et b) le pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont chargés de l'application de la loi criminelle ne doit pas leur permettre de pervertir cette loi⁶⁰. Ces exigences ont un fondement commun : dans un système régi par la primauté du droit, les représentants de l'État ne sauraient jouir d'un pouvoir discrétionnaire absolu. Ce pouvoir discrétionnaire doit plutôt être encadré par des règles de droit d'une qualité formelle suffisante et être exercé de façon conforme à l'objet de ces règles⁶¹. À défaut, c'est aux représentants de l'État que revient « le soin de régler, de façon ponctuelle et subjective, des questions de politique générale fondamentales, ce qui risque d'entraîner une application arbitraire et discriminatoire de la loi »⁶². Ce n'est plus la règle de droit qui gouverne, mais plutôt le représentant de l'État, ce qui est contraire au principe de la primauté du droit.

Notre droit connaît bien ces principes. Dans un arrêt récent, la Cour suprême, s'appuyant sur le célèbre arrêt *Roncarelli*⁶³, rappelle qu'en droit canadien, « il n'y a rien de tel qu'une “discrétion” absolue et sans entraves »⁶⁴. Il ressort d'ailleurs de cet arrêt *Roncarelli* qu'un pouvoir discrétionnaire octroyé par une loi ne saurait être exercé pour des motifs

2012 CSC 58 au para 21.

⁵⁸ Voir *KRJ*, *supra* note 15 au para 24 pour des propos en ce sens en lien avec une modification rétroactive de la loi.

⁵⁹ Raz, *supra* note 22 à la p 200.

⁶⁰ *Ibid* à la p 201.

⁶¹ Voir aussi Lord Bingham, *supra* note 24 à la p 78.

⁶² *Canadian Foundation for Children*, *supra* note 49 au para 16, citant *Grayned c City of Rockford*, 408 US 104 (1972) à la p 109 [Grayned].

⁶³ *Roncarelli*, *supra* note 14.

⁶⁴ *Restoule*, *supra* note 36 au para 154. Voir aussi Tanguay-Renaud, *supra* note 11 à la p 173.

étrangers à l'objet même de la loi⁶⁵. Dans le même ordre d'idées, la Cour suprême précise dans l'arrêt *Administration portuaire de Montréal* que « dans le cadre d'un État fondé sur la primauté du droit [...], pouvoir discrétionnaire ne saurait être assimilé à arbitraire », puisque les lois et règlements posent le cadre juridique à l'intérieur duquel le pouvoir doit s'exercer et les principes devant guider cet exercice⁶⁶.

Pour ce qui est de la troisième catégorie, soit celle relative à l'**intervention des tribunaux**, elle regroupe quatre exigences énoncées par Raz⁶⁷ : a) l'indépendance du pouvoir judiciaire doit être garantie; b) les tribunaux doivent avoir le pouvoir d'intervenir en cas de non-respect des principes découlant de la primauté du droit (pouvoir de révision); c) la justice doit être accessible; et d) les principes de justice naturelle doivent être respectés devant les tribunaux⁶⁸. À nouveau, toutes ces exigences ont une raison d'être commune : pour que la primauté du droit soit respectée en pratique, y compris par l'État et ses représentants, il importe qu'un organe indépendant ait le mandat de s'en assurer et qu'il ait, en cas de défaut, le pouvoir d'intervenir pour imposer la juste application du droit⁶⁹. C'est le rôle joué par les tribunaux en droit canadien. Ils « veillent [...] à ce que l'exercice du pouvoir étatique respecte la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution. À ce titre, ils servent de bouclier contre les atteintes injustifiées de l'État aux droits et libertés des citoyens »⁷⁰. Selon la Cour suprême, pour remplir cette fonction, leur indépendance doit être garantie⁷¹. Ils doivent également bénéficier d'un pouvoir de révision lorsque l'État ne se conforme pas aux exigences de la primauté du droit⁷². En d'autres termes, pour que la primauté du droit soit respectée, « il doit exister des manières pratiques et efficaces de contester la légalité des actions de l'État »⁷³. Dans ce contexte, il est peu surprenant que la

⁶⁵ *Roncarelli*, *supra* note 14 à la p 140. Voir aussi Huppé, *supra* note 44 à la p 821; Tanguay-Renaud, *supra* note 11 à la p 206.

⁶⁶ *Montréal (Ville) c Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14 au para 33. Voir aussi *Restoule*, *supra* note 36 au para 154.

⁶⁷ Voir aussi, parmi d'autres, Waldron, *supra* note 44 aux pp 55–56; Lord Bingham, *supra* note 24 aux pp 77–80.

⁶⁸ Raz, *supra* note 22 aux pp 200–1.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ell c Alberta*, 2003 CSC 35 au para 22 [Ell].

⁷¹ *Ibid*; *Demande fondée sur l'art. 83.28 Ccr*, *supra* note 17 au para 80.

⁷² Voir par exemple, en matière administrative, *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 au para 82 [Vavilov]; *Catalyst Paper Corp c North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2 au para 10; *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 au para 28.

⁷³ *Colombie-Britannique (Procureur général) c Conseil des Canadiens avec déficiences*, 2022 CSC 27 au para 33. Voir aussi *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59 au para 40 [Trial Lawyers Association of British Columbia].

Cour suprême lie également, comme Raz, la question de l'accès à la justice au principe de la primauté du droit⁷⁴. En effet, le pouvoir de révision des tribunaux est inutile si les citoyens ne sont pas en mesure de saisir ces derniers. Finalement, pour ce qui est du respect des principes de justice naturelle devant les tribunaux, Raz y voit une nécessité pour s'assurer d'une application correcte du droit par ces derniers, ce qui est essentiel pour ne pas frustrer les attentes de l'individu qui, conformément à la primauté du droit, a fondé sa conduite sur les règles de droit en vigueur⁷⁵. La Cour suprême abonde dans le même sens, étant d'avis que sans protection du droit à un procès équitable, la primauté du droit s'effondrerait⁷⁶.

ii) Les exigences matérielles du principe de la primauté du droit

Il ressort de ce qui précède que toutes les exigences énoncées par Raz, découlant d'une vision dite formelle de la primauté du droit, sont bien implantées en droit canadien et associées par la Cour suprême à la primauté du droit. Toutefois, cela ne signifie pas qu'une vision strictement formelle de la primauté du droit soit retenue en droit canadien. Ce qui distingue une vision formelle d'une vision matérielle de la primauté du droit n'est pas le rejet, par la seconde, des exigences posées par la première, mais plutôt l'imposition d'exigences supplémentaires, portant sur le contenu du droit⁷⁷. Il importe donc de poser la question suivante : en droit canadien, est-ce qu'une règle de droit qui répond aux exigences formelles étudiées sera considérée comme étant conforme au principe de la primauté du droit, sans égard à son contenu? Il faut répondre à cette question par la négative. En effet, malgré les propos de la Cour suprême dans l'arrêt *Imperial Tobacco*⁷⁸, des exigences substantielles découlent du principe de la primauté du droit en droit canadien.

Cette conclusion s'impose notamment à la lumière des propos suivants de la Cour : « Le principe de la primauté du droit exige que les actes de

⁷⁴ « À défaut de moyens efficaces et accessibles de faire respecter les droits, la primauté du droit est compromise. » : *Hryniak c Mauldin*, 2014 CSC 7 au para 1. Voir aussi *BCGEU c British Columbia (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 214 à la p 230 [BCGEU]; *Senneville*, *supra* note 42 au para 48; *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art 35, 2021 CSC 27 au para 69 [Renvoi CPC]; *Trial Lawyers Association of British Columbia*, *supra* note 73 aux para 38–40.

⁷⁵ Raz, *supra* note 22 à la p 201. Voir aussi Rawls, *supra* note 48 aux pp 209–10.

⁷⁶ *R c NS*, 2012 CSC 72 au para 38 [NS].

⁷⁷ À nouveau, voir à ce sujet Craig, *supra* note 26 à la p 95; Zanghellini, *supra* note 26 à la p 214; Meyers, *supra* note 26 aux pp 407–9; Chevrette et Marx, *supra* note 26 à la p 233.

⁷⁸ *Imperial Tobacco*, *supra* note 12.

gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. »⁷⁹ Puisque la *Charte* fait partie intégrante de cette Constitution, nous nous retrouvons avec une vision de la primauté du droit qui ressemble davantage à celle présentée par Lord Bingham—dont les travaux ont d'ailleurs été cités à plusieurs reprises par des juges de la Cour suprême sur d'autres aspects de la primauté du droit⁸⁰—selon qui « [t]he rule of law must, surely, require legal protection of such human rights as, within that society, are seen as fundamental »⁸¹. L'analyse de la jurisprudence du plus haut tribunal du pays permet effectivement de constater que le contenu de la règle de droit, notamment sa conformité avec les droits et libertés protégés par la *Charte*, est un élément dont il faut tenir compte dans l'analyse du respect de la primauté du droit. À ce sujet, la Cour affirme dans *Grant* qu'« en vertu du principe de la primauté du droit, [les autorités étatiques] sont tenues de respecter les droits garantis par la *Charte* »⁸². Cela inclut non seulement les représentants de l'État, comme les policiers, mais également le législateur⁸³. En effet, la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont la *Charte* fait partie intégrante, « [assujettit] le contenu des textes législatifs à des limites de fond »⁸⁴. La Cour considère que le non-respect de ces limites met en jeu la primauté du droit, en vertu de laquelle « [n]ul ne doit être soumis à une loi inconstitutionnelle »⁸⁵.

L'ajout de ce volet matériel au principe de la primauté du droit est peu surprenant lorsque l'on constate que la Cour suprême a souligné à plusieurs reprises le lien étroit qui existe, selon elle, entre le principe de

⁷⁹ *Renvoi sécession*, *supra* note 14 au para 72.

⁸⁰ Voir *Ferguson*, *supra* note 17 au para 68; *R c Mabior*, 2012 CSC 47 au para 14 [*Mabior*]; *Renvoi CPC*, *supra* note 74 au para 85; *R c Kirkpatrick*, 2022 CSC 33 au para 185, juges Côté, Brown et Rowe, motifs conjoints concordants; *Vavilov*, *supra* note 72 au para 280, juges Abella et Karakatsanis, motifs conjoints concordants; *NS*, *supra* note 76 au para 74, juge LeBel, motifs concordants; *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 au para 256, juge Côté, motifs dissidents; *Fraser c Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28 au para 220, juges Brown et Rowe, motifs conjoints dissidents; *Nevsun Resources Ltd c Araya*, 2020 CSC 5 au para 242, juges Brown et Rowe, motifs conjoints dissidents; *Law Society of British Columbia c Trinity Western University*, 2018 CSC 32 au para 310, juges Côté et Brown, motifs conjoints dissidents; *Wilson c Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29 au para 86, juges Côté et Brown, motifs conjoints dissidents.

⁸¹ Lord Bingham, *supra* note 24 à la p 77.

⁸² *Grant*, *supra* note 40 au para 73.

⁸³ *Conseil canadien des Églises*, *supra* note 17 aux pp 250–51; *Ontario c G*, *supra* note 15 au para 155; *R c Nur*, 2015 CSC 15 au para 51 [*Nur*]; *Renvoi sécession*, *supra* note 14 au para 72.

⁸⁴ *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48 au para 57. Voir aussi *Power*, *supra* note 14 au para 95.

⁸⁵ *Nur*, *supra* note 83 au para 51. Voir aussi *R c Hills*, 2023 CSC 2 au para 73; *R c Lloyd*, 2016 CSC 13 aux para 15–16.

la primauté du droit et les droits fondamentaux protégés par la *Charte*. Dans *BCGEU*, les juges majoritaires, sous la plume du juge en chef Dickson, indiquent sans détour que « [l]a primauté du droit constitue [...] le fondement même de la *Charte* »⁸⁶. Ces propos complètent bien ceux du juge Lamer, s'exprimant pour une majorité de la Cour dans le *Renvoi MVA*, où il établit un lien entre les droits fondamentaux protégés par les articles 8 à 14 de la *Charte*, les principes de justice fondamentale dont il est question à son article 7 et le principe de la primauté du droit⁸⁷. Comme nous le verrons dans la prochaine partie, l'interprétation donnée par la Cour suprême aux droits fondamentaux fréquemment touchés par l'activité policière concorde d'ailleurs avec une vision matérielle de la primauté du droit.

À notre avis, il est justifié d'établir un tel lien entre la primauté du droit et les droits fondamentaux et ainsi de retenir une vision matérielle du principe. À sa plus simple expression, la primauté du droit signifie qu'un ordre de droit positif doit exister au sein de l'État et que tant les citoyens que l'État et ses représentants y sont soumis. Autrement dit, des règles de droit doivent être en place et elles doivent régir, non seulement en théorie mais également en pratique, la conduite des individus et de l'État. En effet, même si des règles de droit existent, leur non-respect généralisé, que ce soit par les individus ou par l'État et ses représentants, mine la primauté du droit⁸⁸. L'enjeu est que la contrainte publique, bien que nécessaire, est insuffisante à elle seule pour assurer un respect généralisé du droit dans une société de l'ampleur de la nôtre. Une certaine internalisation du droit par les citoyens est nécessaire, tout comme une participation de leur part aux mécanismes visant à assurer sa mise en œuvre⁸⁹. C'est pourquoi un lien clair est établi, dans la jurisprudence canadienne, entre la primauté du droit et la confiance du public envers les lois et l'administration de la justice⁹⁰. Sur ce point, la Cour d'appel du Québec précise dans l'arrêt *Accurso* que la

⁸⁶ *BCGEU*, *supra* note 74 à la p 229.

⁸⁷ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, [1985] 2 RCS 486 à la p 503 [*Renvoi MVA*].

⁸⁸ Sur la nécessité d'une concordance entre l'action des pouvoirs publics et la règle déclarée, voir Fuller, *supra* note 48 au ch 2.

⁸⁹ Voir à ce sujet Thomas W Simpson, « Trust and the Rule of Law » dans Ruth Chang et Amia Srinivasan, dir, *Conversations in Philosophy, Law, and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2024, 99 aux pp 111–12. Sur l'importance de la coopération de la population pour assurer l'application efficace de la loi criminelle, voir aussi John W Burchill et al, *Ancillary Police Powers in Canada: A Critical Reassessment*, Vancouver, UBC Press, 2024 à la p 187 [Burchill et al].

⁹⁰ « Pour maintenir la primauté du droit, une valeur fondamentale de notre société, il est essentiel de préserver le respect du public à l'égard des lois et des tribunaux. » : *R v MacDougal*, 1999 BCCA 509 à la p 48, traduit et cité avec approbation dans *R c Hall*, 2002 CSC 64 au para 27. Voir aussi *Colombie-Britannique (Procureur général) c Provincial Court*

« désillusion [des citoyens à l'égard des institutions publiques] provoque une érosion du contrat social qui supporte les institutions publiques et, à terme, fragilise tant la démocratie que la primauté du droit »⁹¹. Or, comme l'indiquait dans des propos extrajudiciaires Beverley McLachlin, alors juge en chef de la Cour suprême, une telle confiance des citoyens passe par le respect, par le droit, des valeurs fondamentales exposées dans la *Charte*⁹². C'est pourquoi nous pouvons affirmer que le principe de la primauté du droit exige le respect de la *Charte* par toutes les branches de l'État. Sans un tel respect, la confiance du public envers les lois et l'administration de la justice sera mise en jeu, ce qui fragilise la primauté du droit. Cela explique d'ailleurs pourquoi la vision matérielle de la primauté du droit prend parfois appui sur le préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, dont la version anglaise contient la clause suivante : « Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law »⁹³.

Il importe toutefois d'insister immédiatement sur les limites de la vision matérielle de la primauté du droit ressortant de la jurisprudence de la Cour suprême. Pour paraphraser les auteurs Hogg et Zwibel, sur le spectre des conceptions de la primauté du droit, celle retenue par le plus haut tribunal du pays ne se situe pas à l'une des extrémités, où ce principe inclurait tout et voudrait tout dire⁹⁴. Pour la Cour, c'est la Constitution—ce qui inclut la *Charte*—qui soumet les actes de l'État à des limites de fond. Ce n'est que dans cette mesure que la primauté du droit impose des exigences substantielles. Autrement dit, la primauté du droit ne saurait être invoquée, par exemple, pour ajouter à la Constitution des droits fondamentaux qui n'y sont pas prévus⁹⁵. Comme le souligne la Cour dans le *Renvoi sécession*, la reconnaissance de principes constitutionnels comme la primauté du droit « n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution »⁹⁶.

Judges' Association of British Columbia, 2020 CSC 20 au para 29; *Lavender-Smith c Smith*, 2021 NBCA 34 au para 11; *R v Arcand*, 2010 ABCA 363 au para 1.

⁹¹ *Accurso c R*, 2022 QCCA 752 au para 442, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 40160 (27 juillet 2023).

⁹² Beverley McLachlin, « Preserving Public Confidence in the Courts and the Legal Profession » (2003) 29:3 Man LJ 277 à la p 286.

⁹³ Voir Lord Bingham, *supra* note 24 aux pp 75–77, qui cite cette clause au soutien de son analyse.

⁹⁴ Hogg et Zwibel, *supra* note 23 à la p 717.

⁹⁵ *Imperial Tobacco*, *supra* note 12 au para 65; *Toronto (Cité)*, *supra* note 14 au para 59.

⁹⁶ *Renvoi sécession*, *supra* note 14 au para 53. Voir aussi *Imperial Tobacco*, *supra* note 12 au para 67.

iii) Les exigences institutionnelles du principe de la primauté du droit

Jusqu'à présent, nous avons traité de l'existence de la règle de droit, de son rôle, de sa forme et de son contenu. Nous n'avons toutefois rien dit sur sa source. Dans un système fondé sur la primauté du droit, qui doit formuler les règles de droit? Sur ce point, débutons en soulignant que le principe de la primauté du droit n'exige pas, en théorie, une intervention du législateur pour poser les règles de droit applicables. La jurisprudence est claire, une règle de common law peut être la *règle de droit* requise par le principe de la primauté du droit⁹⁷. Nous estimons toutefois que lorsque la règle de droit en question empiète ou permet d'empiéter sur les droits fondamentaux des citoyens (liberté, sécurité, vie privée, etc.), une priorité de principe devrait être accordée à une intervention législative, plutôt que judiciaire. Cette solution s'impose si un réel respect du principe de la primauté du droit est recherché.

Dans le *Renvoi CPC*, les juges majoritaires de la Cour indiquent que la séparation des pouvoirs permet de maintenir la primauté du droit⁹⁸. Dans le cadre de cette séparation, une des principales fonctions du pouvoir judiciaire est de « veille[r] [...] à ce que l'exercice du pouvoir étatique respecte la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution »⁹⁹. Or, bien qu'elle impose des limites formelles et matérielles au créateur de la règle de droit, la primauté du droit laisse à ce dernier une importante marge de manœuvre à l'intérieur de ces limites. S'il appartient aux tribunaux, en tant que gardiens de la Constitution, d'assurer le respect des limites, c'est au législateur qu'il revient de faire le choix parmi les options y étant conformes¹⁰⁰. Cette répartition des fonctions s'explique aisément et favorise la primauté du droit. Sur le fond, en plus de jouir de la légitimité démocratique nécessaire pour effectuer ces choix, le législateur dispose de l'expérience et de l'expertise pour s'attaquer à des questions

⁹⁷ Voir *Greater Vancouver Transportation Authority*, *supra* note 40 aux para 50–52.

⁹⁸ *Renvoi CPC*, *supra* note 74 au para 46.

⁹⁹ *Ell*, *supra* note 70 au para 22.

¹⁰⁰ « Le Parlement a son rôle: choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle: déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. » : *RJR-MacDonald Inc c Canada (Procureur général)*, [1995] 3 RCS 199 à la p 332, juge McLachlin [*RJR-MacDonald*], passage cité avec approbation dans *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21 au para 36. Voir aussi *Ontario c G*, *supra* note 15 au para 115, citant *Schachter c Canada*, [1992] 2 RCS 679 à la p 707 : « [M]ême si les tribunaux sont en mesure de déterminer les exigences de la Constitution, ils ne sont pas aptes à faire “des choix particuliers entre diverses options” ».

juridiques et sociales complexes¹⁰¹. Pour leur part, les tribunaux sont désavantagés sur le plan des ressources à leur disposition pour formuler une règle générale établissant un équilibre adéquat entre tous les intérêts en jeu. En effet, le tribunal doit se prononcer sur la base du dossier dont il est saisi et en se fondant sur la preuve et les arguments contenus dans ce dossier. Cela constitue une base fort limitée pour développer une règle se voulant générale, exhaustive et équilibrée¹⁰². De plus, sur le plan formel, la loi est un meilleur outil que la jurisprudence pour remplir les exigences posées par le principe de la primauté du droit¹⁰³. Pour ces motifs, qui sont plus amplement développés dans la prochaine partie, nous estimons que la primauté du droit milite en faveur d'une intervention législative, plutôt que judiciaire, lorsqu'il est question d'établir une règle de droit permettant d'empiéter sur les droits fondamentaux des individus.

Que retenir de cet examen de la portée du principe de la primauté du droit au Canada? D'abord, que ce principe exige qu'un ordre de droit positif existe au sein de l'État, que tous y soient soumis, ce qui inclut l'État et ses représentants, et que les rapports entre ces derniers et les citoyens doivent être régis par des règles de droit appliquées de façon uniforme. Mais cela ne suffit pas. Le principe de la primauté du droit exige que les règles de droit en question, tout comme le système dans lequel elles s'inscrivent, respectent certaines exigences. La plupart de ces exigences sont qualifiées de *formelles* en littérature. Nous les avons divisées en trois catégories, soit les exigences relatives à la qualité formelle de la règle de droit, au pouvoir discrétionnaire des représentants de l'État et à l'intervention des tribunaux. Pour se conformer aux exigences de la première catégorie, la règle de droit doit être accessible, claire, prévisible, stable et prospective. Pour se conformer à celles de la seconde catégorie,

¹⁰¹ *R c Mann*, 2004 CSC 52 au para 17 [*Mann*]. Notons sur ce point que dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21 au para 34, alors qu'elle discute de l'octroi de réparations constitutionnelles, la Cour suprême insiste sur le fait que « les tribunaux doivent être conscients de leur rôle d'arbitre judiciaire et s'abstenir d'usurper les fonctions des autres branches du gouvernement en s'arrogeant des tâches pour lesquelles d'autres personnes ou organismes sont mieux qualifiés ». Sur la pertinence et l'importance du processus démocratique d'adoption des lois, voir Terry Skolnik, « Rééquilibrer le rôle de la Cour suprême du Canada en procédure criminelle » (2022) 67:3 RD McGill 259 aux pp 279–80 [Skolnik, « Rééquilibrer »]; Burchill et al, *supra* note 89 aux pp 109–10.

¹⁰² *R c Kang-Brown*, 2008 CSC 18 aux para 15–16 [*Kang-Brown*], juge LeBel; Skolnik, « Perils », *supra* note 11 à la p 434; Skolnik, « Rééquilibrer », *supra* note 101 à la p 279; Alexandre Boucher, François Lacasse et Thierry Nadon, « La création de la détention pour enquête en common law : dérive jurisprudentielle ou évolution nécessaire? Un point de vue pragmatique » (2009) 50:3-4 C de D 771 aux pp 793–94 [Boucher, Lacasse et Nadon]; Antonin Scalia, « The Rule of Law as a Law of Rules » (1989) 56:4 U Chicago L Rev 1175 aux pp 1182–83 [Scalia].

¹⁰³ Voir les pp 28–29 du présent article.

il importe que le pouvoir discrétionnaire des représentants de l'État soit encadré par des règles de droit d'une qualité formelle suffisante et qu'il soit exercé de façon conforme à l'objet de ces règles de droit. Pour respecter les exigences de la troisième catégorie, le système dans lequel s'inscrivent ces règles de droit doit disposer de tribunaux indépendants et accessibles, qui opèrent selon une procédure équitable et qui sont dotés du pouvoir d'intervenir pour assurer le respect de la primauté du droit. À nouveau, le respect de toutes ces exigences ne suffit toutefois pas. Le contenu des règles de droit doit aussi être conforme à la primauté du droit. Ainsi, sur le plan *matériel*, la règle de droit doit respecter la Constitution, ce qui inclut les droits et libertés fondamentaux protégés par la *Charte*. Finalement, pour ce qui est de la source de la règle de droit, la primauté du droit milite en faveur d'une intervention législative, plutôt que judiciaire, lorsqu'il est question d'établir une règle de droit permettant d'empiéter sur les droits fondamentaux des individus.

Sans être exhaustif¹⁰⁴, ce portrait du principe de la primauté du droit dans le système juridique canadien nous permet de passer à la prochaine étape de notre analyse, qui consiste à déterminer quelles contraintes spécifiques il impose à l'encadrement de la conduite policière.

II. La primauté du droit et l'encadrement de l'activité policière

Considérant que les policiers sont des agents de l'État et que l'accomplissement de leurs devoirs implique de restreindre les droits et libertés fondamentaux, la primauté du droit doit être prise en compte dans la définition et l'exercice de leurs pouvoirs¹⁰⁵. En effet, si la primauté du droit exige que tous, même les représentants de l'État, soient soumis au droit et que les rapports entre l'État et les individus soient régis par le droit, il va de soi que le droit doit être au centre des interactions entre les policiers et les citoyens. Les propos de la Cour suprême dans *Fleming* ne laissent aucune place au doute : « Il y a une limite à ne pas franchir et cette limite est établie par la primauté du

¹⁰⁴ En effet, la Cour suprême associe à la primauté du droit d'autres principes et exigences, en plus de ceux dont nous avons discuté. C'est le cas, par exemple, du principe de la publicité des débats judiciaires : *Sherman (Succession) c Donovan*, 2021 CSC 25 au para 39; *Société Radio-Canada c Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2 au para 1; *Société Radio-Canada c Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 RCS 480 au para 22; de la doctrine de l'autorité de la chose jugée : *R c Boudreault*, 2018 CSC 58 au para 105; ou du droit de vote : *Ontario (Procureur général) c Working Families Coalition (Canada) Inc*, 2025 CSC 5 au para 27.

¹⁰⁵ *Fleming*, *supra* note 6 au para 2; *Singer*, *supra* note 7 au para 88; *Kosoian c Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59 au para 38 [*Kosoian*]; Skolnik et MacDonnell, *supra* note 11 à la p 188.

droit. Celle-ci exige que les policiers qui portent atteinte à la liberté d'un individu agissent en conformité avec la loi. »¹⁰⁶

Nous avons vu dans la partie précédente que le principe de la primauté du droit, tel qu'il est interprété par la jurisprudence canadienne, est la source de plusieurs exigences portant tant sur la règle de droit devant fonder l'action de l'État que sur le système au sein duquel s'inscrit cette règle. L'objet de la présente partie est de déterminer comment se traduisent ces prescriptions dans le domaine plus précis de l'encadrement de l'activité policière. En la matière, sept principales exigences découlent du principe de la primauté du droit. Nous pouvons les résumer ainsi :

1. **Fondement** : Toute conduite policière portant atteinte à la liberté individuelle doit être fondée sur une règle de droit. Ainsi, l'individu est libre, sauf si une règle de droit prévoit le contraire (prépondérance de la liberté).
2. **Source** : La règle de droit en question devrait être une loi, plutôt qu'une règle de common law.
3. **Qualité formelle** : La règle de droit doit respecter certaines exigences sur le plan de la forme :
 - (a) **Accessibilité** : Elle doit être accessible, car on exige que le policier et le citoyen en prennent connaissance.
 - (b) **Clarté et prévisibilité** : Elle doit être claire et prévisible, car le policier et le citoyen doivent être en mesure de la comprendre pour raisonnablement prévoir les conséquences juridiques de leurs actions.
 - (c) **Stabilité** : Elle doit être stable, à défaut de quoi cette connaissance et cette compréhension seront remises en doute.
 - (d) **Prospectivité** : Elle doit être prospective, plutôt que rétroactive, à défaut de quoi elle ne saurait guider l'action du citoyen et encadrer la discrétion du policier.
4. **Uniformité** : L'exigence d'égalité devant la loi découlant de la primauté du droit implique une certaine uniformité dans l'application du droit criminel et de la *Charte*.

¹⁰⁶ *Fleming, supra* note 6 au para 2.

5. **Contrôle judiciaire** : Le citoyen doit pouvoir contester la conduite des policiers devant les tribunaux.
6. **Encadrement** : Les conditions d'exercice du pouvoir policier doivent être telles qu'elles encadrent le pouvoir discrétionnaire du policier et permettent un véritable examen judiciaire.
7. **Constitutionnalité** : La règle de droit doit respecter la Constitution, ce qui inclut la *Charte*.

Commençons notre examen par la première exigence, soit celle relative au **fondement** de la conduite policière portant atteinte aux droits et libertés. La Cour y fait directement référence lorsqu'elle indique que la primauté du droit « exige que les policiers qui portent atteinte à la liberté d'un individu agissent en conformité avec la loi »¹⁰⁷. En d'autres termes, « les policiers (et, d'une manière plus générale, l'État) ne peuvent agir que dans la mesure où le droit les autorise à le faire »¹⁰⁸.

Cette exigence de base de la primauté du droit a un impact direct sur la façon dont la jurisprudence interprète les principales dispositions constitutionnelles s'appliquant à la conduite policière. À titre d'exemple, l'article 9 de la *Charte* prévoit une protection contre la détention arbitraire. Dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême précise que « [c]ette garantie exprime une des normes les plus fondamentales de la primauté du droit. L'État ne peut pas détenir une personne arbitrairement. Une personne ne peut être mise en détention qu'en conformité avec le droit »¹⁰⁹. Dans sa jurisprudence postérieure, la Cour suprême confirme qu'une détention non autorisée par une règle de droit contrevient nécessairement à l'article 9 de la *Charte*¹¹⁰. La même conclusion s'impose en ce qui a trait à l'article 8 de la *Charte*, qui protège contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Il ressort clairement de l'arrêt *Collins* qu'une fouille, perquisition ou saisie qui n'est pas autorisée par une règle de droit est nécessairement abusive au sens de cette disposition constitutionnelle¹¹¹.

Ainsi, la primauté du droit impose une première limite à l'activité policière : ce n'est que dans la mesure prévue par la loi que le policier

¹⁰⁷ *Ibid.* Voir aussi *Singer*, *supra* note 7 au para 88.

¹⁰⁸ *Mann*, *supra* note 101 au para 15. Voir aussi *Kosoian*, *supra* note 105 au para 6; *R c Carignan*, 2025 CSC 43 au para 138 [*Carignan*]; *R c McColman*, 2023 CSC 8 au para 63 [*McColman*]; *Dedman*, *supra* note 8 à la p 10, juge en chef Dickson, motifs dissidents, cité avec approbation dans *Fleming*, *supra* note 6 au para 38.

¹⁰⁹ *Charkaoui*, *supra* note 37 au para 88. Voir à ce sujet Tanguay-Renaud, *supra* note 11 à la p 197.

¹¹⁰ Voir *Grant*, *supra* note 40 aux para 54–56; *R c Le*, 2019 CSC 34 au para 124 [*Le*].

¹¹¹ *R c Collins*, [1987] 1 RCS 265 au para 23 [*Collins*].

peut restreindre la liberté individuelle¹¹². Cette limite a un corollaire qu'il importe de souligner : « Sauf règle de droit à l'effet contraire, les gens sont libres d'agir comme ils l'entendent. »¹¹³ Ce dernier principe doit être respecté pour permettre à la primauté du droit de remplir ses objectifs, soit protéger les citoyens contre l'arbitraire de l'État et leur permettre d'organiser leur conduite en connaissance des conséquences juridiques pouvant en découler. En effet, ces objectifs ne peuvent être atteints que si les citoyens peuvent compter sur le fait qu'en l'absence d'une règle de droit restreignant leur liberté d'action, cette dernière demeure entière et qu'ainsi, ils peuvent en jouir sans contraintes ni conséquences. Autrement dit, les règles de droit posent les limites à l'intérieur desquelles l'individu doit pouvoir jouir de sa liberté sans ingérence.

Nous retrouvons des traces de ce principe en jurisprudence. Dans l'arrêt *Grant*, nous pouvons lire que « quiconque est interpellé par un représentant de l'État a habituellement le choix de simplement s'en aller »¹¹⁴, ce choix ne pouvant lui être retiré que sur le fondement d'une règle de droit¹¹⁵. Il s'agit là d'une illustration de ce principe voulant qu'en l'absence d'une règle de droit, la liberté de l'individu ne soit pas restreinte. Selon le juge en chef Laskin, dont les propos ont été repris dans l'arrêt *Fleming*, « le droit d'un individu à vivre en paix, à être libre de contrainte de nature privée ou publique, sauf dispositions contraires de la loi » est au fondement même du droit criminel canadien¹¹⁶. Cela explique d'ailleurs pourquoi notre droit reconnaît, en principe, la légitimité du choix de l'individu de ne pas se conformer à une contrainte étatique imposée sans fondement légal¹¹⁷. À titre d'exemple, la jurisprudence reconnaît que le refus par l'individu de se conformer à un ordre formulé, sans fondement légal, par un agent de la paix ne saurait entraîner une condamnation pour entrave¹¹⁸.

¹¹² *Kosoian*, *supra* note 105 au para 6.

¹¹³ *Mann*, *supra* note 101 au para 15.

¹¹⁴ *Grant*, *supra* note 40 au para 21. Voir aussi *R c Suberu*, 2009 CSC 33 au para 28; *Kosoian*, *supra* note 105 aux para 130–33.

¹¹⁵ *Grant*, *supra* note 40 aux para 21, 54–56.

¹¹⁶ *R c Biron*, [1976] 2 RCS 56 à la p 64, juge en chef Laskin, motifs dissidents, cité dans *Fleming*, *supra* note 6 au para 38.

¹¹⁷ Comme l'indique expressément la Cour dans *Kosoian*, « [d]ans une société libre et démocratique, personne ne devrait accepter — ni s'attendre à subir — les ingérences injustifiées de l'État. » : *Kosoian*, *supra* note 105 au para 139.

¹¹⁸ Pour une présentation de la jurisprudence canadienne pertinente sur cette question, voir *Buckley c R*, 2016 QCCS 4432 au para 11, autorisation de pourvoi à la Qc CA refusée; *Québec (Ville de) c Apurix*, 2007 QCCM 144 aux para 94, 100–7. Ajoutons que le droit va même un peu plus loin en reconnaissant que le citoyen n'a pas à se soumettre aveuglément à une mesure restrictive de liberté. C'est au moins en partie ce qui explique la protection prévue à l'alinéa 10a) de la *Charte*, prévoyant que « [c]haque a le droit,

Cela nous permet de constater que dans un système fondé sur la primauté du droit, le silence du droit n'est pas neutre. Il ne s'agit pas à tout coup d'un vide à combler. C'est plutôt l'espace même où l'individu peut exercer sa liberté. Cette idée a une longue histoire. Dans le *Léviathan*, Hobbes présente une conception de la liberté donnant de la substance aux silences de la loi : « [D]ans tous les domaines d'activité que les lois ont passés sous silence, les gens ont la liberté de faire ce que leur propre raison leur indique comme étant le plus profitable. »¹¹⁹ Une idée similaire peut être retrouvée chez Montesquieu, pour qui « [l]a liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent »¹²⁰, à l'abri de l'arbitraire. C'est en ce sens également que le peuple décrit par Locke vit en sûreté à l'ombre des lois¹²¹. Certes, un silence de la loi peut résulter d'un oubli, sujet sur lequel nous reviendrons, mais il peut également être conforme à une volonté de préserver la liberté des citoyens en omettant de les assujettir à la contrainte. Dans ce dernier cas, une intervention judiciaire pour combler le silence de la loi est susceptible de priver le citoyen de la liberté que le législateur, dans sa sagesse, a décidé de lui laisser¹²². Il s'agit d'un motif supplémentaire au soutien du principe voulant qu'une intervention législative, plutôt que judiciaire, doive être priorisée lorsqu'il est question d'empiéter sur les droits fondamentaux des individus, comme c'est le cas en matière d'encadrement des pouvoirs policiers. Comme l'indique le juge LeBel dans *Kang-Brown*, la prudence est de mise lorsque vient le temps d'« élargir les règles de common law pour combler les lacunes perçues des pouvoirs policiers ou pour dissiper la crainte d'inaction de la part du législateur »¹²³.

Ce principe nous mène directement à la seconde exigence que nous avons identifiée, soit celle relative à la **source** des règles de droit octroyant des pouvoirs aux policiers. Pour respecter la primauté du droit, cette

en cas d'arrestation ou de détention : [...] d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention ». La Cour suprême explique dans *Evans* que cette exigence « découle fondamentalement de la notion que personne n'est tenu de se soumettre à une arrestation dont il ne connaît pas le motif » : *R c Evans*, [1991] 1 RCS 869 aux pp 886–87. Voir aussi *R c Latimer*, [1997] 1 RCS 217 au para 28.

¹¹⁹ Thomas Hobbes, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, traduit par François Tricaud, Paris, Dalloz, 1999 à la p 224.

¹²⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1758, livre XI, ch 3 à la p 308.

¹²¹ Locke, *supra* note 41 à la p 246.

¹²² Pour cette raison, nous ne pouvons adhérer à la position, défendue par certains, selon laquelle les tribunaux devraient parfois intervenir pour combler les vides législatifs, par exemple en matière d'octroi de pouvoirs policiers, et ce, même si les droits fondamentaux des individus seront ainsi affectés. Voir par exemple Tanguay-Renaud, *supra* note 11 aux pp 226–27.

¹²³ *Kang-Brown*, *supra* note 102 au para 6, juge LeBel (nos italiques).

source devrait être le législateur (loi) et non les tribunaux (common law). En effet, les motifs soulevés au soutien d'une intervention législative, plutôt que judiciaire, lorsqu'il est question d'établir une règle de droit permettant d'empiéter sur les droits fondamentaux sont particulièrement convaincants en matière policière. D'abord, la préférence pour une intervention législative se fonde sur les fonctions respectives du législateur et des tribunaux¹²⁴. Or, la confusion des rôles est particulièrement marquée lorsque les tribunaux interviennent pour établir les règles de droit permettant aux policiers d'empiéter sur les droits fondamentaux des individus. Comme le précise la Cour dans *Wong*, « il n'est pas du ressort des tribunaux, à titre de protecteurs de nos droits fondamentaux, d'élargir la possibilité de porter atteinte à ces libertés personnelles »¹²⁵. Ensuite, dans le même ordre d'idées, l'intervention des tribunaux pour combler des « lacunes perçues dans le droit »¹²⁶, notamment en matière de pouvoirs policiers, ne tient pas suffisamment compte du fait que dans un système fondé sur la primauté du droit, le silence de la loi n'est pas neutre. C'est plutôt l'espace où les individus peuvent exercer leur liberté. Dans ce contexte, l'utilisation de la common law pour combler des lacunes perçues dans la loi, en faveur d'une plus grande restriction de la liberté individuelle par les policiers, est difficile à concilier avec le statut de « loi de liberté » qui est généralement reconnu à la common law¹²⁷. Finalement, le législateur est dans une position plus avantageuse que les tribunaux, nous l'avons dit, pour tenir compte de tous les intérêts mis en jeu par la complexe question de l'encadrement de l'activité policière et produire une règle de droit conforme aux exigences de la primauté du droit¹²⁸. En effet, la loi permet de définir des pouvoirs de manière prospective, complète et claire, en incluant des garanties soigneusement réfléchies, le tout grâce à un processus d'adoption qui ne se limite pas à trancher un dossier précis impliquant un accusé pouvant être coupable¹²⁹. Un texte

¹²⁴ À ce sujet, voir aussi Boucher, Lacasse et Nadon, *supra* note 102 à la p 801.

¹²⁵ *R c Wong*, [1990] 3 RCS 36 à la p 57 [*Wong*]. Voir aussi *Fleming*, *supra* note 6 au para 4; *Kang-Brown*, *supra* note 102 au para 10, juge LeBel; *Singer*, *supra* note 7 aux para 259–60, juge Martin, motifs dissidents.

¹²⁶ *Kang-Brown*, *supra* note 102 au para 6, juge LeBel. Voir aussi *Singer*, *supra* note 7 aux para 284–86, 288, juge Martin, motifs dissidents.

¹²⁷ *Kang-Brown*, *supra* note 102 au para 10, juge LeBel; *Renvoi MVA*, *supra* note 87 à la p 513; *Singer*, *supra* note 7 aux para 260–61, juge Martin, motifs dissidents; Allan, *supra* note 25 à la p 119.

¹²⁸ Sur cette posture avantageuse du législateur par rapport aux tribunaux, voir *Singer*, *supra* note 7 aux para 262–68, juge Martin, motifs dissidents.

¹²⁹ Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 aux pp 55, 67; Quigley, *supra* note 11 à la p 141; Steve Coughlan, « The Need for Clarity in Creating Common Law Police Powers » (2014) 7 CR 263 [Coughlan, « Clarity »]; Steven Penney, « Police Questioning in the Charter Era: Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the Problem of False Confessions » (2012) 57 SCLR 263 à la p 270 [Penney]. Voir aussi les commentaires du juge LeBel dans

de loi est également plus accessible pour le citoyen et le policier qu'une série de décisions techniques¹³⁰, en plus de favoriser une uniformité au sein des provinces, et entre elles, dans la définition des pouvoirs policiers. Sur le plan de l'accessibilité, ajoutons qu'il est possible pour le législateur de réunir dans un seul instrument législatif les règles détaillées octroyant des pouvoirs aux policiers. Cela « comporte l'avantage de centraliser les normes applicables dans une source unique, ce qui permet d'informer plus facilement à la fois policiers et citoyens des pouvoirs et des droits des uns et des autres »¹³¹. Au contraire, l'intervention judiciaire pour créer des pouvoirs policiers entraîne une dispersion de l'information à leur sujet, ce qui nuit à l'accessibilité. Comme le souligne Skolnik, « dans l'éventualité où les individus consultent le *Code criminel* afin de comprendre ces pouvoirs, ils auront une mauvaise compréhension de l'étendue de l'autorité des policiers »¹³².

Ainsi, selon le principe de la primauté du droit, toute conduite policière qui empiète sur les droits et libertés fondamentaux doit trouver son assise sur une règle de droit, idéalement une disposition législative. De ce fait, selon la Cour suprême, « [t]oute personne peut [...] légitimement s'attendre à ce que le policier qui intervient auprès d'elle se conforme au droit en vigueur »¹³³. Il est impératif que la réalité soit conforme à cette attente légitime, car comme le souligne le juge Le Dain dans *Therens*, « il est probable que la personne raisonnable pèchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation [d'un policier] en présumant qu'elle est légale »¹³⁴. Pour tendre vers cette adéquation entre l'attente légitime quant au respect du droit en vigueur et la réalité, les autres principes découlant de la primauté du droit doivent toutefois être respectés.

Kang-Brown, *supra* note 102 au para 14 et ceux des juges dissidentes dans *Singer*, *supra* note 7 aux para 195, 263–64. Sur la pertinence et l'importance du processus démocratique d'adoption des lois, voir Skolnik, « Rééquilibrer », *supra* note 101 aux pp 279–80; Burchill et al, *supra* note 89 aux pp 109–10.

¹³⁰ Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 à la p 33; Steve Coughlan, « *R v McKenzie*: Continuing Confusion on Common Law Powers » (2022) 77 CR (7^e) 330; Skolnik, « Perils », *supra* note 11 à la p 461.

¹³¹ Boucher, Lacasse et Nadon, *supra* note 102 à la p 801. Voir aussi *Singer*, *supra* note 7 au para 263, juge Martin, motifs dissidents : « La pratique consistant à reconnaître et à préciser les pouvoirs policiers en common law au fil du temps, au cas par cas, n'est pas en mesure d'offrir le genre de clarté et de prévisibilité que pourrait offrir un régime législatif complet. »

¹³² Skolnik, « Rééquilibrer », *supra* note 101 à la p 267. Sur ce point, voir aussi Burchill et al, *supra* note 89 à la p 175 : « Since Parliament does not codify judicially created powers, the *Criminal Code* fails to inform individuals about what the police can and cannot do lawfully. »

¹³³ *Kosoian*, *supra* note 105 au para 6.

¹³⁴ *R c Therens*, [1985] 1 RCS 613 à la p 644 [*Therens*].

C'est pourquoi à titre de troisième exigence, nous retrouvons celle relative à la **qualité formelle** de la règle de droit. Il ne suffit pas que la conduite policière prenne appui sur une règle de droit, encore faut-il que cette dernière soit accessible, claire, prévisible, stable et prospective, de façon à pouvoir guider le citoyen et encadrer la discrétion du policier.

Sur le plan de l'accessibilité, il ressort de la jurisprudence que les policiers et les citoyens doivent connaître les règles de droit en vigueur et ajuster leur conduite en conséquence. Dans *Kosoian*, la Cour suprême précise que le policier doit connaître la portée de ses pouvoirs et la façon dont ils doivent être exercés¹³⁵. À défaut, sa conduite pourrait être qualifiée de fautive et engager sa responsabilité¹³⁶. De plus, l'ignorance des règles est un facteur militant en faveur de l'exclusion de la preuve dans le cadre d'une analyse fondée sur le paragraphe 24(2) de la *Charte*, précisément parce qu'une telle ignorance est susceptible d'ébranler la confiance du public à l'égard de la primauté du droit¹³⁷. Pour ce qui est du citoyen, il est bien connu qu'il ne peut se fonder sur son ignorance de la loi pour excuser une conduite fautive. Le corollaire de cette exigence de connaissance de la loi par le policier et le citoyen est, bien entendu, l'obligation de l'État de rendre cette loi accessible, généralement par sa publication¹³⁸.

En plus d'être accessible, la règle de droit doit être claire et prévisible, ce qui revêt une importance particulière en matière d'encadrement des pouvoirs policiers, et ce, pour trois raisons.

D'abord, en cette matière, une règle de droit qui n'est pas claire et prévisible met directement à mal la liberté du citoyen. Un des objectifs de la primauté du droit est de permettre à l'individu d'organiser sa conduite en connaissance des conséquences juridiques pouvant en découler. Or, lorsque l'individu est confronté à l'ordre d'un policier, la possibilité *d'organiser sa conduite en connaissance des conséquences juridiques pouvant en découler* dépend directement de sa capacité à évaluer, avec une certitude raisonnable, la conformité au droit de cet ordre. Si l'ordre n'a pas de fondement en droit, l'individu est libre de ne pas s'y conformer, sans que des conséquences juridiques n'en découlent. Au contraire, si l'ordre est fondé en droit, toute désobéissance peut entraîner d'importantes conséquences sur le plan juridique, pouvant aller jusqu'à une sanction criminelle¹³⁹. Dans ce contexte, une règle de droit qui n'est pas claire et prévisible est problématique, puisqu'elle « empêche le citoyen de se

¹³⁵ *Kosoian*, *supra* note 105 au para 55.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Voir *Grant*, *supra* note 40 aux para 72–75.

¹³⁸ Voir à ce sujet *R c Jorgensen*, [1995] 4 RCS 55 aux pp 77–78, juge en chef Lamer, motifs concordants.

¹³⁹ *Kosoian*, *supra* note 105 au para 132.

rendre compte qu'il s'aventure sur un terrain où il s'expose à des sanctions pénales »¹⁴⁰. Certes, nous pouvons nous attendre à ce que le citoyen moyen soit prudent et se conforme aux ordres dont il doute de la légalité¹⁴¹. Nous pouvons également nous attendre « à ce que les individus s'abstiennent d'adopter une conduite qui mette à l'épreuve les lignes de démarcation du droit criminel »¹⁴². Cela ne fait toutefois qu'exacerber l'impact négatif des règles imprécises sur la liberté de l'individu. En effet, plus la ligne de démarcation est floue, plus la prudence sera grande, poussant le citoyen à renoncer à des conduites qui, dans les faits, sont tout à fait légales¹⁴³. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, la juge L'Heureux-Dubé expose cet effet paralysant qu'ont les règles de droit imprécises sur l'exercice des libertés fondamentales :

Les droits et libertés doivent être protégés et non entravés. Les lois imprécises qui entravent les libertés fondamentales créent une voie parsemée d'incertitude sur laquelle les citoyens ont peur de s'engager, craignant des sanctions d'ordre juridique. L'imprécision ne sert qu'à semer la confusion, et la plupart des gens éviteront d'exercer leurs libertés plutôt que de risquer une sanction.¹⁴⁴

Ensuite, l'intelligibilité du droit criminel profite également à ceux qui sont chargés de l'appliquer¹⁴⁵. Comme l'indique la Cour suprême, une règle de droit inintelligible « complique la tâche des responsables de son application »¹⁴⁶, la *souplesse* n'étant ainsi pas à tout coup un gage d'efficacité. Autrement dit, le citoyen n'est pas le seul qui est en droit d'organiser sa conduite en connaissance des conséquences juridiques pouvant en découler. Si nous exigeons du policier qu'il connaisse et comprenne les limites de son autorité, à défaut de quoi il risque d'adopter

¹⁴⁰ *Canadian Foundation for Children*, *supra* note 49 au para 16. Voir aussi *Levkovic*, *supra* note 49 au para 71; *Mabior*, *supra* note 80 au para 14; *Renvoi relatif à l'art 193 et à l'al 195.1(1)c) du Code criminel (Man)*, [1990] 1 RCS 1123 à la p 1152 [*Renvoi sur la prostitution*], juge Lamer, motifs concordants; *Comité pour la République du Canada*, *supra* note 49 à la p 209, juge L'Heureux-Dubé, motifs concordants.

¹⁴¹ *Kosoian*, *supra* note 105 au para 132; *Therens*, *supra* note 134 à la p 644.

¹⁴² *Levkovic*, *supra* note 49 au para 35. Voir aussi *Canadian Foundation for Children*, *supra* note 49 au para 42.

¹⁴³ Voir à ce sujet *Luscher c Sous-ministre, Revenu Canada*, [1985] 1 CF 85 (CA) aux pp 89-90, cité avec approbation par la juge L'Heureux-Dubé dans *Comité pour la République du Canada*, *supra* note 49 aux pp 211-12, et par le juge Lamer dans *Renvoi sur la prostitution*, *supra* note 140 à la p 1155.

¹⁴⁴ *Comité pour la République du Canada*, *supra* note 49 à la p 214. Voir aussi Rawls, *supra* note 48 à la p 210 : « But if the precept of no crime without a law is violated, say by statutes, being vague and imprecise, what we are at liberty to do is likewise vague and imprecise. The boundaries of our liberty are uncertain. And to the extent that this is so, liberty is restricted by a reasonable fear of its exercise. »

¹⁴⁵ *Levkovic*, *supra* note 49 au para 37.

¹⁴⁶ *Canadian Foundation for Children*, *supra* note 49 au para 16.

une conduite illégale et fautive¹⁴⁷, il doit pouvoir s'appuyer sur des règles de droit claires et prévisibles¹⁴⁸.

Finalement, une règle de droit octroyant un pouvoir policier, lorsqu'elle n'est pas claire et prévisible, fait également obstacle à l'autre objectif de la primauté du droit, qui est de protéger les citoyens contre l'arbitraire de l'État. Sur ce point, le défaut de la règle de droit est qu'en raison de son incompréhensibilité, elle n'encadre pas réellement le pouvoir discrétionnaire du policier. Or, selon la primauté du droit, des règles de droit d'une qualité formelle suffisante doivent être en place pour fournir aux représentants de l'État des instructions sur la façon d'exercer leur pouvoir discrétionnaire. S'inscrivant en contravention de ces principes, la règle de droit qui n'est pas claire et prévisible « suscite [...] la crainte que les responsables de son application disposent d'un pouvoir discrétionnaire trop grand, en plus de violer le principe voulant que les citoyens soient régis par la primauté du droit et non par l'arbitraire individuel »¹⁴⁹. Ce n'est plus la règle de droit qui gouverne, mais plutôt le policier, ce qui est contraire au principe de la primauté du droit.

Dans le même ordre d'idées, la règle de droit octroyant un pouvoir aux policiers doit être d'application prospective. À ce sujet, il importe de souligner que selon la Cour suprême, les dispositions législatives qui ont un effet rétroactif ne sont pas nécessairement contraires à la primauté du droit¹⁵⁰. Toutefois, en matière d'octroi de pouvoirs policiers, la rétroactivité est incompatible avec les exigences de la primauté du droit. Dans l'arrêt *Albashir*, la Cour expose la source de cette incompatibilité : « [L]orsqu'une mesure législative a un effet rétroactif, [...] "le contenu de celle-ci ne devient connu que lorsqu'il est trop tard pour faire quoi que ce soit à cet égard". »¹⁵¹ Comme l'indique Fuller, « [v]ouloir orienter ou diriger le comportement humain aujourd'hui à l'aide de règles qui seront adoptées demain est tout simplement vide de sens »¹⁵². Si la règle de droit qui fonde la conduite policière s'applique rétroactivement, alors au moment où le citoyen et le policier interagissent, elle n'existe pas. Elle ne peut donc pas servir de guide pour la conduite des parties ni servir de rempart contre l'arbitraire. Au contraire, elle risque plutôt de prendre le citoyen au piège. En effet, en théorie, le citoyen est libre de s'opposer à la conduite policière

¹⁴⁷ *Kosoian*, *supra* note 105 aux para 38, 55, 58.

¹⁴⁸ Comme le souligne la Cour suprême dans *Fleming*, en raison du contexte dans lequel les policiers remplissent leurs fonctions, il importe de leur fournir des lignes directrices claires au sujet de leurs pouvoirs : *Fleming*, *supra* note 6 au para 52.

¹⁴⁹ *Canadian Foundation for Children*, *supra* note 49 au para 16.

¹⁵⁰ *Albashir*, *supra* note 40 au para 35.

¹⁵¹ *Ibid* (référence omise). Voir aussi *Tran*, *supra* note 57 au para 44; *KRJ*, *supra* note 15 au para 23.

¹⁵² Fuller, *supra* note 48 au ch 2.

n'ayant aucun fondement en droit. Cette opposition risque toutefois de venir le hanter si la conduite policière peut gagner, rétroactivement, un fondement légal. En ce sens, comme l'indique la Cour dans l'arrêt *KRJ*, s'inspirant à ce sujet des travaux de Fuller, la règle de droit d'application rétroactive « compromet aussi la primauté du droit en compromettant l'intégrité des dispositions actuellement en vigueur [...] "parce qu'elle expose ces dernières au risque d'une modification rétrospective" »¹⁵³. La stabilité du droit, autre exigence de la primauté du droit, est directement affectée par une telle modification.

À titre de quatrième exigence, rappelons que le principe d'égalité devant la loi¹⁵⁴ qui découle de la primauté du droit entraîne une exigence d'**uniformité**¹⁵⁵. Sur ce point, la Cour suprême conclut dans l'arrêt *Le* que la primauté du droit milite en faveur d'un « certain niveau d'uniformité dans l'application de la *Charte* à la conduite policière »¹⁵⁶. Cela implique nécessairement une certaine uniformité dans la reconnaissance et la définition des pouvoirs policiers, l'existence même d'un tel pouvoir étant une condition *sine qua non* de la conformité de la conduite policière à la *Charte*. À nouveau, la loi, par rapport à la common law, constitue le meilleur instrument pour atteindre cette uniformité, notamment entre les provinces. Dans un brillant article où il aborde la relation entre le principe de la primauté du droit et la fonction de juger, Antonin Scalia, alors juge à la Cour suprême des États-Unis, expose une réalité importante : une Cour suprême ne peut être saisie que d'une minime portion des affaires qui occupent le système judiciaire du pays au cours d'une année. Dans ce contexte, bien plus que la Cour suprême, ce sont les cours d'appel qui sont en grande partie responsables de l'évolution et de l'affinement du droit. En l'absence de règles générales et claires sur lesquelles s'appuyer, cela risque d'entraîner des enjeux sur le plan de l'uniformité du droit (entre les provinces dans notre système)¹⁵⁷. Si les pouvoirs policiers sont tous prévus par la loi, les tribunaux des différentes provinces ont une base commune avec laquelle travailler. Si, au contraire, ils peuvent créer de nouveaux pouvoirs, en déterminant ce qui est *raisonnablement nécessaire dans les circonstances*, il devient alors probable que des pouvoirs existeront dans une province, mais pas dans une autre, ce qui entraîne un

¹⁵³ *KRJ*, *supra* note 15 au para 24.

¹⁵⁴ Voir notamment *Campbell*, *supra* note 35 au para 18; *Turpin*, *supra* note 35 à la p 1296.

¹⁵⁵ *Ledcor*, *supra* note 36 au para 35; *Restoule*, *supra* note 36 au para 88.

¹⁵⁶ *Le*, *supra* note 110 au para 115.

¹⁵⁷ Scalia, *supra* note 102 aux pp 1178-79.

manque d'uniformité évident¹⁵⁸. Il ne sera plus possible d'affirmer que les situations similaires sont régies par les mêmes règles de droit¹⁵⁹.

Poursuivons avec une exigence découlant de la troisième catégorie de principes exposés par Raz, soit ceux relatifs à l'intervention des tribunaux. Ce qui nous intéresse à ce sujet est bien entendu leur pouvoir de révision. Pour assurer le maintien de la primauté du droit, les citoyens doivent pouvoir contester les conduites policières non conformes à ce principe devant les tribunaux. C'est la cinquième exigence, soit celle relative au **contrôle judiciaire**. Dans *BCGEU*, nous pouvons lire que sans accès aux tribunaux, « [l]es garanties offertes par la *Charte* ne seraient dès lors qu'illusoire et la *Charte* toute entière s'en trouverait minée »¹⁶⁰. Dans ce contexte, il est naturel que la Cour suprême ait insisté à plusieurs reprises sur l'importance du pouvoir de révision des tribunaux à l'égard de la conduite policière. Par exemple, dans *Hunter*, après avoir conclu que les fouilles, perquisitions et saisies doivent en principe être autorisées au préalable par une personne agissant de façon judiciaire¹⁶¹, le juge Dickson, pour la Cour, précise qu'un pouvoir n'étant pas susceptible de révision serait contraire à l'article 8 de la *Charte*¹⁶². La possibilité pour les tribunaux d'examiner la conduite policière « est essentiel[le] pour maintenir la primauté du droit et empêcher l'État de porter atteinte arbitrairement aux droits à la vie privée et aux libertés personnelles des individus »¹⁶³.

L'importance de ce « contrôle judiciaire après le fait »¹⁶⁴ pour la primauté du droit a un impact plus précis sur le contenu attendu d'une règle de droit encadrant l'activité policière. Nous pouvons y voir une exigence matérielle supplémentaire de la primauté du droit, que nous qualifions d'exigence relative à l'**encadrement** de la conduite policière¹⁶⁵. Pour s'y conformer, les conditions d'exercice du pouvoir policier doivent être telles qu'elles encadrent le pouvoir discrétionnaire du policier et permettent un véritable examen judiciaire. Cela ressort notamment clairement de l'arrêt *Ahmad*, où la Cour maintient la norme des soupçons raisonnables

¹⁵⁸ Au sujet du manque d'uniformité risquant de résulter du choix, par une Cour suprême, d'un test fondé sur l'ensemble des circonstances, voir *ibid* à la p 1179.

¹⁵⁹ *Ledcor*, *supra* note 36 au para 35.

¹⁶⁰ *BCGEU*, *supra* note 74 à la p 229.

¹⁶¹ *Hunter et autres c Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 145 aux pp 161–62.

¹⁶² *Ibid* à la p 166. Voir aussi *R c Tse*, 2012 CSC 16 au para 82.

¹⁶³ *R c Ahmad*, 2020 CSC 11 au para 24 [*Ahmad*]. Voir aussi *R c Chehil*, 2013 CSC 49 au para 45 [*Chehil*].

¹⁶⁴ *R c Fearon*, 2014 CSC 77 au para 82.

¹⁶⁵ Pour des propos plus étendus sur la question de l'encadrement, voir Skolnik, « Rééquilibrer », *supra* note 101 aux pp 268–77.

applicable en matière de provocation policière¹⁶⁶. C'est en s'appuyant sur la primauté du droit et ses objectifs que la Cour retient cette norme et rejette la norme de mauvaise foi des policiers proposée à titre d'alternative. Cette dernière norme permettrait aux policiers de fournir une occasion de commettre un crime, même en l'absence de soupçons raisonnables d'une activité criminelle précise, dans la mesure où ils n'agissent pas de mauvaise foi. Pour les juges majoritaires, « les soupçons raisonnables constituent une norme *objective* qui protège les intérêts individuels et préserve la primauté du droit en faisant en sorte que les tribunaux puissent examiner de façon valable la conduite policière »¹⁶⁷. Grâce à l'analyse objective qu'ils requièrent, les soupçons raisonnables « font [...] en sorte que la protection du public contre les intrusions déraisonnables sorte de l'ombre du pouvoir discrétionnaire de la police pour passer à la lumière de l'examen judiciaire »¹⁶⁸. Il s'agit également d'une norme bien connue des policiers et significative pour eux¹⁶⁹. À l'inverse, avec le critère de mauvaise foi, ce sont les affirmations des policiers qui ont priorité, laissant les intrusions déraisonnables dans l'ombre de leur pouvoir discrétionnaire¹⁷⁰. Au surplus, un tel critère ne donne aucune indication utile à l'agent de police sur l'étendue de ses pouvoirs¹⁷¹. Les juges ajoutent que les difficultés de preuve associées au critère de mauvaise foi affecteront particulièrement les personnes marginalisées disposant de ressources limitées, ce qui constitue un obstacle pour la notion d'égalité qui sous-tend la primauté du droit¹⁷². Bref, à nouveau, la primauté du droit n'est pas indifférente au contenu de la règle de droit¹⁷³.

À ce sujet, rappelons qu'en droit canadien, le principe de la primauté du droit a un volet matériel. Pour respecter ce principe, la règle de droit et la conduite policière s'appuyant sur elle doivent être conformes à la Constitution, ce qui inclut la *Charte*. C'est l'exigence de **constitutionnalité**, qui étend naturellement le pouvoir de révision des tribunaux, qui sont chargés de s'assurer de cette conformité à la *Charte*. Cela ressort fort bien du cadre d'analyse mis en place par la Cour suprême pour l'application

¹⁶⁶ « L'offre d'une occasion de commettre un crime doit toujours être fondée sur des soupçons raisonnables d'une activité criminelle précise, que ce soit par une personne, dans un lieu défini avec suffisamment de précision ou une combinaison de ces deux éléments. » : *Ahmad*, *supra* note 163 au para 20.

¹⁶⁷ *Ibid* au para 45 (italiques dans l'original).

¹⁶⁸ *Ibid* au para 29.

¹⁶⁹ *Ibid* au para 30.

¹⁷⁰ *Ibid* au para 29.

¹⁷¹ *Ibid* au para 30.

¹⁷² *Ibid* au para 28.

¹⁷³ Notons que ce n'était d'ailleurs pas la première fois que la Cour favorisait la norme des soupçons raisonnables pour des motifs similaires pouvant être liés à la primauté du droit : voir *Chehil*, *supra* note 163.

des articles 8 et 9 de la *Charte*, principales dispositions constitutionnelles mises en jeu par le travail policier. Pour être conforme à ces dispositions, la conduite policière doit être autorisée par une règle de droit. Cela ne suffit toutefois pas. Tant la règle de droit que l'action policière s'appuyant sur elle doivent pouvoir être qualifiées de *non abusives* (ou *non arbitraires*)¹⁷⁴. À défaut, le principe de la primauté du droit n'est pas respecté¹⁷⁵.

Concluons cette partie en précisant que l'analyse menée jusqu'à présent permet d'affirmer que l'application efficace de la loi criminelle et le respect de la primauté du droit ne sont pas incompatibles. En effet, il importe de nuancer—voire d'écarter—l'idée selon laquelle le recul de la primauté du droit facilite l'activité des autorités répressives et que corrélativement, ce principe ne peut être respecté sans sacrifier la sécurité de la population. Au contraire, l'observation de ce principe fondamental, notamment en ce qui a trait à la qualité formelle de la règle de droit, profite à ceux qui sont chargés de son application. Cela va de soi. Comme l'ont souligné plusieurs auteurs, la situation de l'agent de l'État ne pouvant fonder sa conduite sur aucun guide clair n'est pas idéale¹⁷⁶. Il ne connaît pas les limites de ses pouvoirs, travaillant toujours avec le risque que sa conduite soit déclarée illégale. Ajoutons que divers pouvoirs policiers, comme les pouvoirs d'arrestation, sont prévus par des règles de droit conformes aux exigences de la primauté du droit, sans qu'il en résulte de problématique particulière sur le plan de l'efficacité de la répression¹⁷⁷. Cela suggère que la conciliation nous intéressant, bien que complexe, est possible. C'est à cette question que nous nous attaquons maintenant, le

¹⁷⁴ Pour l'article 8 de la *Charte*, voir *Collins*, *supra* note 111 au para 23. Pour l'article 9 de la *Charte*, voir *Grant*, *supra* note 40 aux para 54–56.

¹⁷⁵ *Grant*, *supra* note 40 aux para 72–73. Voir aussi *R c Zacharias*, 2023 CSC 30 au para 118, juges Martin et Kasirer, motifs conjoints dissidents : « Tous les actes de l'État qui violent la *Charte* s'écarteront forcément du principe de la primauté du droit. »

¹⁷⁶ James Stribopoulos, « The Limits of Judicially Created Police Powers: Investigative Detention after Mann » (2007) 52:3–4 *Crim LQ* 299 à la p 315 [Stribopoulos, « Limits »]; Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 aux pp 25, 54; Coughlan, « Clarity », *supra* note 129; Don Stuart, « Charter Standards for Investigative Powers: Have the Courts Got the Balance Right? » (2008) 40 *SCLR* (2^e) 3 aux pp 13, 26 [Stuart]; Skolnik et MacDonald, *supra* note 11 à la p 203; Jane Bailey, « Across the Rubicon and into the Appennines: Privacy and Common Law Police Powers after *A.M.* and *Kang-Brown* » (2009) 55 *Crim LQ* 239 à la p 276 [Bailey].

¹⁷⁷ En matière d'arrestation, voir *Fleming*, *supra* note 6 aux para 94–95. Voir aussi les exemples présentés dans la sous-partie IV(i). Comme l'indique le juge Binnie dans l'arrêt *Clayton*, les législateurs « de nombreux autres ressorts de common law » ont « régl[é] de manière exhaustive le problème des pouvoirs policiers » : *R c Clayton*, 2007 CSC 32 au para 95 [Clayton]. Des auteurs soulignent à cet égard que « [l']exemple britannique marque le souci du législateur de clarifier et de centraliser l'ensemble des normes régissant les pouvoirs policiers » : Boucher, Lacasse et Nadon, *supra* note 102 à la p 793. Voir aussi Burchill et al, *supra* note 89 à la p 49.

caractère fondamental du principe de la primauté du droit étant établi et ses exigences cernées précisément.

III. Le recul de la primauté du droit dans l'encadrement de l'activité policière

Si nous entendons démontrer qu'il est possible de respecter le principe de la primauté du droit dans l'encadrement de l'activité policière, il faut identifier les lacunes dans l'état actuel du droit. En effet, si l'analyse ne révèle aucun défaut, il faudra conclure que la conformité à la primauté du droit est non seulement possible, mais aussi atteinte. Au contraire, si des lacunes existent, notre démonstration devra porter sur leur possible résolution, ce qui implique de bien les cerner et d'en identifier la source. C'est ce qui justifie l'examen mené dans la présente partie, au cours duquel nous verrons que le non-respect de la séparation des fonctions entre les tribunaux et le législateur entraîne la violation, à divers degrés, de l'ensemble des exigences du principe de la primauté du droit identifiées dans la partie précédente. Plus précisément, c'est le recours par les tribunaux à la doctrine des pouvoirs accessoires pour créer eux-mêmes de nouveaux pouvoirs policiers qui engendre une confusion des rôles entre les pouvoirs judiciaire et législatif, entraînant un recul significatif de la primauté du droit.

i) La doctrine des pouvoirs accessoires : source de pouvoirs policiers de common law

À ce sujet, il faut d'abord rappeler qu'en droit canadien, les pouvoirs policiers ne sont pas tous définis par la loi¹⁷⁸. La Cour suprême reconnaît depuis longtemps que « [d]ans des circonstances particulières, la common law peut aussi constituer un fondement juridique à des pouvoirs soigneusement définis »¹⁷⁹. En soi, l'existence de pouvoirs fondés sur la common law n'est pas problématique sur le plan de la primauté du droit. En effet, certains des pouvoirs exercés par les policiers—comme le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation¹⁸⁰—ont des racines lointaines en common law et des contours bien définis, ce qui peut répondre aux impératifs de la primauté du droit¹⁸¹. Les pouvoirs policiers de common law devraient toutefois demeurer rares, une intervention législative devant être privilégiée. Pourtant, et bien qu'elle souligne dans l'arrêt *Ahmad* « l'approche prudente du droit canadien à l'égard de l'élargissement

¹⁷⁸ *Fleming*, *supra* note 6 au para 3; *Clayton*, *supra* note 177 au para 23.

¹⁷⁹ *Fleming*, *supra* note 6 au para 39.

¹⁸⁰ *Quigley*, *supra* note 11 à la p 140. Voir aussi *R c Stillman*, [1997] 1 RCS 607 au para 33 [*Stillman*].

¹⁸¹ « Before the *Charter*, police powers at common law were considered relatively well-settled. » : *Stribopoulos*, « Dialogue », *supra* note 11 à la p 18.

des pouvoirs policiers »¹⁸², la production normative de la Cour s'est accélérée en cette matière depuis l'adoption de la *Charte*¹⁸³, de sorte que la common law n'est plus un fondement de l'activité policière réservé aux « circonstances particulières »¹⁸⁴ et donne lieu à des pouvoirs qui ne sont pas « soigneusement définis »¹⁸⁵.

C'est dans l'arrêt *Dedman*¹⁸⁶ que la doctrine des pouvoirs accessoires fait officiellement son entrée en droit canadien à titre de règle permettant « aux tribunaux de reconnaître de nouveaux pouvoirs policiers en common law »¹⁸⁷. Dans cette affaire, la Cour doit déterminer si les policiers ont le pouvoir d'intercepter des conducteurs de véhicules au hasard pour vérifier leur sobriété. Après avoir conclu que la loi ne confère pas un tel pouvoir aux policiers, le juge Le Dain, pour la majorité, estime que la conduite de ces derniers peut néanmoins être légale si elle « découle de leurs fonctions par l'effet de la common law »¹⁸⁸. Pour déterminer si c'est le cas, se fondant sur l'arrêt anglais *Waterfield*¹⁸⁹, il développe le test en deux étapes qui est toujours utilisé aujourd'hui pour juger de l'existence, ou non, d'un pouvoir policier en common law¹⁹⁰. Dans un premier temps, le tribunal doit déterminer « si la conduite s'inscrit dans le cadre général d'un devoir incombant aux policiers aux termes d'un texte de loi ou de la common law »¹⁹¹, ce qui inclut les devoirs « de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens »¹⁹². Si ce n'est pas le cas, l'analyse est terminée. Il n'existe pas de pouvoir en common law permettant aux policiers de l'adopter. Dans le cas contraire, l'analyse se poursuit. Dans un second temps, « le tribunal doit se demander si la conduite des policiers est raisonnablement nécessaire pour accomplir le devoir »¹⁹³. Dans l'affirmative, il conclura qu'il existe un pouvoir en common law permettant aux policiers de l'adopter. Ainsi, bien qu'aucune

¹⁸² *Ahmad*, *supra* note 163 au para 26.

¹⁸³ Burchill et al, *supra* note 89 aux pp 108, 110, 127, 176.

¹⁸⁴ Bailey, *supra* note 176 à la p 276.

¹⁸⁵ Fleming, *supra* note 6 au para 39.

¹⁸⁶ *Dedman*, *supra* note 8.

¹⁸⁷ Fleming, *supra* note 6 au para 4.

¹⁸⁸ *Dedman*, *supra* note 8 à la p 28.

¹⁸⁹ *R v Waterfield*, [1963] 3 All ER 659. Fait intéressant, l'arrêt *Waterfield* « ne portait pas sur la reconnaissance d'un nouveau pouvoir policier en common law ». Il est malgré tout utilisé à cette fin au Canada. À ce sujet, voir Fleming, *supra* note 6 au para 43; *R c MacDonald*, 2014 CSC 3 au para 33 [MacDonald].

¹⁹⁰ Notons que les juges dissidents dans *Dedman*, sous la plume du juge en chef Dickson, soulignent l'entorse à la primauté du droit qui résulte de l'application de cette doctrine : *Dedman*, *supra* note 8 à la p 15, juge en chef Dickson, motifs dissidents.

¹⁹¹ MacDonald, *supra* note 189 au para 35; Fleming, *supra* note 6 au para 46.

¹⁹² Fleming, *supra* note 6 au para 69.

¹⁹³ *Ibid* au para 47; MacDonald, *supra* note 189 au para 36.

règle de droit ne permît initialement aux policiers d'agir comme ils l'ont fait, le nouveau pouvoir forgé par le tribunal en vertu de la common law rend leur conduite légalement justifiée¹⁹⁴. Ce nouveau pouvoir continuera ensuite d'exister et pourra être utilisé dans le futur par les policiers¹⁹⁵.

Au fil des années, la Cour suprême s'est fondée sur cette doctrine pour créer de nombreux pouvoirs policiers, parmi lesquels nous retrouvons les suivants : intercepter des véhicules automobiles au hasard dans le cadre d'un programme structuré¹⁹⁶, entrer par la force dans un domicile à la suite d'un appel au 911 interrompu¹⁹⁷, détenir une personne aux fins d'enquête et la fouiller à des fins de sécurité¹⁹⁸ et mener une enquête à l'aide d'un chien renifleur¹⁹⁹. Les pouvoirs reconnus sont parfois définis largement, la Cour ayant notamment déterminé que les policiers ont le pouvoir en common law de détenir une personne lorsque cela est « raisonnablement nécessaire dans les circonstances » et de la fouiller à des fins de sécurité²⁰⁰.

ii) La doctrine des pouvoirs accessoires : source de lacunes sur le plan de la primauté du droit

Plusieurs auteurs ont avancé que cette doctrine est responsable d'un recul important de la primauté du droit en matière de définition des pouvoirs policiers au Canada²⁰¹. Nous sommes également de cet avis. Nous le démontrerons en soulignant les lacunes, en lien avec les principes d'encadrement de l'activité policière énoncés dans la partie précédente, des règles de droit créées par le biais de la doctrine des pouvoirs accessoires. Cela nous permettra de cibler la source précise de ces lacunes, soit la confusion des rôles entre les pouvoirs judiciaire et législatif.

Intéressons-nous d'abord aux problématiques spécifiques découlant de l'application, dans le dossier dont le tribunal est saisi, de la règle de droit nouvellement créée sur le fondement de la doctrine des pouvoirs

¹⁹⁴ Skolnik, « Perils », *supra* note 11 à la p 430.

¹⁹⁵ Skolnik et MacDonnell, *supra* note 11 à la p 196.

¹⁹⁶ *Dedman*, *supra* note 8.

¹⁹⁷ *R c Godoy*, [1999] 1 RCS 311.

¹⁹⁸ *Mann*, *supra* note 101.

¹⁹⁹ *Chihil*, *supra* note 163; *R c MacKenzie*, 2013 CSC 50; *Kang-Brown*, *supra* note 102; *R c AM*, 2008 CSC 19 [AM].

²⁰⁰ *R c Aucoin*, 2012 CSC 66 [Aucoin]; *Clayton*, *supra* note 177.

²⁰¹ Voir notamment Skolnik et MacDonnell, *supra* note 11 à la p 203; Skolnik, « Perils », *supra* note 11 à la p 430; Jochelson et al, *supra* note 5 à la p 122; Jochelson, *supra* note 11 à la p 371; Quigley, *supra* note 11 à la p 140; Coughlan, « Rule of Law », *supra* note 11; Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 à la p 4; Tanguay-Renaud, *supra* note 11 aux pp 224–25.

accessoires²⁰². En effet, lorsque le tribunal reconnaît un nouveau pouvoir policier en common law, il l'applique à l'affaire dont il est saisi. Autrement dit, le tribunal valide rétroactivement une conduite policière qui, au moment où elle a été adoptée, ne se fondait sur aucune règle de droit connue²⁰³. Lors de leur interaction, le policier et le citoyen se trouvaient donc dans une situation de vide juridique, où il leur était impossible de connaître la portée des pouvoirs du policier et ainsi de juger de la légalité de sa conduite²⁰⁴. Ils ne disposaient d'aucune règle de droit leur permettant raisonnablement d'organiser leur conduite, tout exercice de pouvoir et toute désobéissance se faisant à leurs risques et périls²⁰⁵. Ainsi, le principal défaut de la règle de droit créée par le tribunal se trouve sur le plan de la qualité formelle : la règle est rétroactive, plutôt que prospective²⁰⁶. De ce fait, elle n'existe pas au moment de l'interaction qu'elle est censée encadrer. Cette lacune découle directement du fait que la doctrine des pouvoirs accessoires implique une mobilisation de la common law, plutôt que de la loi. Comme le souligne la Cour dans *Imperial Tobacco*, « la jurisprudence en common law a toujours eu un effet à la fois rétroactif et rétrospectif »²⁰⁷.

Cela entraîne le non-respect d'au moins cinq des exigences identifiées dans la partie II. Premièrement, toutes les autres exigences liées à la qualité formelle de la règle de droit sont bafouées. La règle de droit n'existant pas au moment opportun, elle ne saurait être qualifiée d'accessible, de claire et de prévisible. Son application rétroactive met également sérieusement en jeu la stabilité du droit, exposant le fait que le droit peut changer à tout moment, même après que les faits auxquels il s'applique soient survenus²⁰⁸. Deuxièmement, l'exigence relative au fondement de la conduite policière n'est pas respectée. Selon cette exigence, toute conduite policière portant atteinte à la liberté individuelle doit être fondée sur une règle de droit. Ainsi, sauf si une règle de droit prévoit le contraire, l'individu est libre d'agir comme il le souhaite. Cela n'est plus vrai lorsque la doctrine des pouvoirs accessoires est susceptible de recevoir application. Le policier

²⁰² La juge Martin a récemment abordé directement cette question dans l'arrêt *Singer*, *supra* note 7 au para 256.

²⁰³ Jochelson, *supra* note 11 aux pp 373–74; Skolnik, « Perils », *supra* note 11 à la p 434; Coughlan, « Rule of Law », *supra* note 11; Quigley, *supra* note 11 à la p 140; Jochelson et al, *supra* note 5 à la p 122.

²⁰⁴ Jochelson, *supra* note 11 aux pp 373–74; Skolnik, « Perils », *supra* note 11 à la p 434; Coughlan, « Rule of Law », *supra* note 11; Quigley, *supra* note 11 à la p 140; Jochelson et al, *supra* note 5 à la p 122; Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 à la p 54; Skolnik et MacDonnell, *supra* note 11 à la p 203.

²⁰⁵ Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 à la p 54; Coughlan, « Clarity », *supra* note 129.

²⁰⁶ Voir à ce sujet Tanguay-Renaud, *supra* note 11 aux pp 224–25.

²⁰⁷ *Imperial Tobacco*, *supra* note 12 au para 72.

²⁰⁸ Voir à ce sujet Fuller, *supra* note 48 au ch 2.

peut adopter une conduite portant atteinte aux droits et libertés sans se fonder sur une règle de droit connue, car il est toujours possible qu'un fondement légal soit attribué à sa conduite *a posteriori* par le tribunal²⁰⁹. La question pour le policier n'est plus de savoir si sa conduite est autorisée par une règle de droit, mais plutôt s'il est raisonnablement nécessaire d'adopter une telle conduite²¹⁰. Pourtant, nous l'avons vu, il est problématique sur le plan de la primauté du droit de confier au policier « le soin de régler, de façon ponctuelle et subjective, des questions de politique générale fondamentales »²¹¹. Pour sa part, le citoyen, même en l'absence d'une règle de droit prévoyant le contraire, ne peut pas se considérer comme étant à l'abri de la contrainte. En effet, l'absence de fondement légal de la conduite policière n'est plus un guide suffisant pour juger de sa légalité, puisqu'il existe toujours un risque que le tribunal intervienne pour corriger rétroactivement ce défaut. Pour éviter d'être pris au piège, le citoyen doit se soumettre à l'ordre du policier, même si celui-ci limite ses droits et libertés sans qu'aucune règle de droit connue ne l'appuie. Ainsi, bien que la Cour suprême ait souligné dans l'arrêt *McColman* qu'« [e]n cas d'incertitude juridique, “la police ferait bien de pécher par excès de prudence” »²¹², c'est plutôt le citoyen qui doit faire preuve de prudence, au détriment de sa liberté. Troisièmement, cette absence de fondement légal de la conduite policière au moment de l'adopter remet sérieusement en doute sa conformité à la *Charte*, minant l'exigence de constitutionnalité. Quatrièmement, lorsque les tribunaux refusent de condamner les atteintes portées par les policiers aux droits et libertés des citoyens sans fondement légal, préférant corriger eux-mêmes le défaut, ils privent les individus du droit qu'ils ont d'obtenir l'intervention d'un organe indépendant pour assurer le respect, par l'État, du principe de la primauté du droit²¹³. Cela « alt[ère] l'équilibre entre le pouvoir de l'État de faire et d'appliquer des lois et la responsabilité des tribunaux de statuer sur les contestations de ces lois par des citoyens », équilibre nécessaire à la primauté du droit²¹⁴. Cinquièmement, l'exigence d'encadrement, selon laquelle les conditions d'exercice du pouvoir policier doivent être telles qu'elles encadrent le pouvoir discrétionnaire du policier et permettent un véritable examen

²⁰⁹ Comme l'indique un auteur, dans ce contexte, « police officers [...] may not feel as compelled to act as authorized by existing law » : voir Tanguay-Renaud, *supra* note 11 à la p 224.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Canadian Foundation for Children*, *supra* note 49 au para 16, citant *Grayned*, *supra* note 62 à la p 109.

²¹² *McColman*, *supra* note 108 au para 60, citant un passage de l'arrêt *R c Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16 au para 80. Sur la place de l'arrêt *McColman* dans la jurisprudence de la Cour suprême sur la création de pouvoirs policiers par les tribunaux, voir Burchill et al, *supra* note 89 aux pp 134–35.

²¹³ Raz, *supra* note 22 aux pp 200–1.

²¹⁴ Voir *Trial Lawyers Association of British Columbia*, *supra* note 73 au para 40.

judiciaire, est également bafouée. Inutile d'insister sur le fait que si la règle de droit octroyant le pouvoir au policier n'existe pas au moment de l'interaction avec le citoyen, ses conditions d'exercice ne sauraient être une source d'encadrement du pouvoir discrétionnaire du policier.

Les problématiques sur le plan de la primauté du droit ne se limitent toutefois pas à ces lacunes spécifiques découlant de l'application rétroactive de la nouvelle règle de droit au dossier dont le tribunal est saisi. Le pouvoir policier créé avec la doctrine des pouvoirs accessoires ne s'applique pas seulement à ce dossier. Il continue ensuite d'exister et peut être utilisé dans le futur par les policiers²¹⁵. Au-delà des enjeux que nous venons d'étudier, d'autres exigences du principe de la primauté du droit sont mises à mal par la création d'un tel pouvoir par un tribunal.

D'abord, sur le plan de la source de la règle de droit octroyant un pouvoir policier, la primauté du droit milite en faveur de la loi, plutôt que de la common law. La création de pouvoirs policiers par les tribunaux va bien entendu à l'encontre de ce principe. Peu respectueuse des fonctions respectives du législateur et des tribunaux²¹⁶, cette intervention judiciaire survient généralement pour combler des « lacunes perçues dans le droit »²¹⁷. Or, dans bien des cas, cela est susceptible de priver le citoyen de la liberté que le législateur, dans sa sagesse, a décidé de lui laisser²¹⁸. Sur ce point, la mise en application des mesures sanitaires au Québec dans le contexte de la pandémie de COVID-19 constitue un exemple pertinent²¹⁹. Au cours de cette période, s'appuyant sur la *Loi sur la santé publique*²²⁰ (ci-après « LSP »), le gouvernement du Québec et le ministre de la Santé et des Services sociaux ont mis en place diverses mesures restrictives de liberté par le biais de décrets et d'arrêtés ministériels, mesures dont le non-respect constituait une infraction²²¹. Plusieurs de ces mesures visant des activités se déroulant en privé, comme l'interdiction de se rassembler dans les

²¹⁵ Skolnik et MacDonnell, *supra* note 11 à la p 196.

²¹⁶ Voir à ce sujet Wong, *supra* note 125 à la p 57; Fleming, *supra* note 6 au para 4; Kang-Brown, *supra* note 102 au para 10, juge LeBel; Skolnik, « Rééquilibrer », *supra* note 101 aux pp 261, 263, 286.

²¹⁷ Kang-Brown, *supra* note 102 au para 6, juge LeBel.

²¹⁸ La juge Martin aborde le sujet dans Singer, *supra* note 7 au para 284.

²¹⁹ Pour une analyse plus détaillée de la question des pouvoirs octroyés aux policiers dans le contexte de la mise en application des mesures sanitaires liées à la pandémie de COVID-19, voir Vincent Anglehart, « Les effets de la pandémie de COVID-19 sur la procédure pénale canadienne » dans Jean-Paul Céré et Alexandre Stylios, dir, *Le droit pénal en temps de crise*, Paris, L'Harmattan, 2025, 27 [Anglehart].

²²⁰ RLRQ c S-2.2, art 123.

²²¹ *Ibid*, art 139.

domiciles²²², la question des pouvoirs dont disposaient les policiers pour s'assurer de leur respect s'est posée. Plus précisément, pour ce qui est des interdictions visant le domicile, il a été question du pouvoir des policiers d'entrer sans mandat dans un lieu privé pour enquêter sur un potentiel rassemblement contraire aux interdictions gouvernementales. Puisqu'un tel pouvoir pouvait difficilement trouver appui dans la LSP ou le *Code de procédure pénale*²²³, l'opportunité d'adopter une règle de droit l'octroyant expressément a fait l'objet de discussions dans la sphère politique. Après avoir considéré l'idée, le gouvernement y a renoncé, s'en remettant plutôt à l'obtention, par les policiers, de télémandats généraux pour entrer dans les domiciles en présence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction aux mesures sanitaires y est commise²²⁴. Autrement dit, après avoir considéré les intérêts en présence, le gouvernement a choisi une solution se voulant plus respectueuse du droit à la vie privée du citoyen. Malgré cela, au moins un juge a conclu, dans un *obiter dictum*, que les policiers disposaient en vertu de la common law du pouvoir d'entrer sans mandat dans un domicile pour s'assurer du respect des mesures sanitaires à la suite d'un appel au 911 dénonçant un rassemblement vraisemblablement interdit²²⁵. Ainsi, un tel pouvoir, jugé trop restrictif sur le plan des droits et libertés par le gouvernement, est fourni aux policiers par le tribunal. Le renversement des rôles est flagrant et prive le citoyen de la liberté que le gouvernement a expressément décidé, par son silence, de lui réserver.

Ensuite, la production par les tribunaux, plutôt que par le législateur, de règles de droit octroyant des pouvoirs aux policiers provoque des enjeux supplémentaires sur le plan de la qualité formelle de ces règles, en raison des contraintes inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire. Au niveau de la clarté, de la prévisibilité et de l'accessibilité, les critères formulés par la Cour suprême sont parfois visiblement insuffisants pour respecter le principe de la primauté du droit. Citons deux exemples. Premièrement, dans les arrêts *Clayton* et *Aucoin*, la Cour conclut que les policiers ont le pouvoir de détenir un individu lorsque cela est « raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances »²²⁶. Comme l'ont souligné des auteurs, ce critère ne fournit aucun guide aux policiers et aux citoyens, le mieux qu'ils puissent faire étant de s'en remettre au hasard pour déterminer si une conduite policière est permise par la common

²²² Voir par exemple l'interdiction prévue par le décret no 222-2020 du 20 mars 2020.

²²³ RLRQ c C-25.1. Voir à ce sujet Anglehart, *supra* note 219 aux pp 36-7.

²²⁴ Anglehart, *supra* note 219 à la p 37.

²²⁵ Voir *Directeur des poursuites criminelles et pénales c Vella*, 2022 QCCQ 8842 aux para 19-33 [*Vella*].

²²⁶ *Aucoin*, *supra* note 200 au para 36, interprétant l'arrêt *Clayton*, *supra* note 177.

law²²⁷. Les lacunes sur le plan de la primauté du droit sont évidentes. Deuxièmement, comme le professeur Coughlan, nous ne pouvons passer à côté de l'exemple qu'est l'arrêt *MacDonald*²²⁸. Dans cet arrêt, les juges majoritaires et les juges dissidents ne s'entendent pas sur la norme qui a été posée par la Cour suprême dix ans plus tôt, en matière de fouille de sécurité, dans l'arrêt *Mann*²²⁹. Cette mésentente découle de la rédaction de l'arrêt, différents passages suggérant des réponses contradictoires. Si les juges peuvent entretenir de tels doutes sur la formulation même de la règle, la situation est intenable pour les citoyens et les policiers²³⁰.

De plus, la création de pouvoirs policiers par les tribunaux entraîne des difficultés sur le plan de l'uniformité dans l'application du droit criminel et de la *Charte*, non seulement entre les provinces, mais également au sein d'une même province. Revenons à l'exemple des mesures sanitaires mises en place pour contrer la pandémie de COVID-19. Nous avons mentionné qu'un juge, dans l'affaire *Vella*, a conclu dans un *obiter dictum* que les policiers disposaient en vertu de la common law du pouvoir d'entrer sans mandat dans le domicile pour s'assurer du respect des mesures sanitaires à la suite d'un appel au 911 dénonçant un rassemblement vraisemblablement interdit²³¹. M. Vella n'est pas le seul membre du rassemblement à avoir été poursuivi. M. Vernhes, également présent sur les lieux, a lui aussi été poursuivi. Ils ont subi des procès séparés. Tout comme l'affaire *Vella*, l'affaire *Vernhes*²³² soulève entre autres la question de la conformité à la *Charte* de l'entrée sans mandat des policiers dans le domicile où se déroulait le rassemblement. Contrairement au juge dans *Vella*, la juge siégeant dans *Vernhes* conclut que les policiers ne disposaient pas du pouvoir, que ce soit en vertu de la loi ou de la common law, de pénétrer sans mandat dans le domicile comme ils l'ont fait²³³. Ainsi, pour le même rassemblement, les policiers avaient le pouvoir d'entrer sans mandat dans le domicile et, en même temps, n'avaient pas le pouvoir de le faire. Certes, dans notre système, des décisions contradictoires peuvent survenir sur

²²⁷ Coughlan, « Rule of Law », *supra* note 11; Stuart, *supra* note 176 à la p 26; Tanguay-Renaud, *supra* note 11 aux pp 222, 224. Voir aussi plus généralement Vanessa MacDonnell, « Assessing the Impact of the Ancillary Powers Doctrine on Three Decades of Charter Jurisprudence » (2012) 57 SCLR (2^e) 225 à la p 237 [MacDonnell].

²²⁸ Coughlan, « Clarity », *supra* note 129; *MacDonald*, *supra* note 189.

²²⁹ *Mann*, *supra* note 101; Coughlan, « Clarity », *supra* note 129.

²³⁰ Coughlan, « Clarity », *supra* note 129. Comme l'indique la Cour suprême dans un autre contexte dans l'arrêt *Mabior*, *supra* note 80 au para 16 : « [D]ans la mesure où ni les poursuivants, ni les avocats de la défense, ni les juges ne sont fixés sur ce point, comment le citoyen canadien ordinaire peut-il s'y retrouver? »

²³¹ *Vella*, *supra* note 225.

²³² *Directeur des poursuites criminelles et pénales c Vernhes*, 2021 QCCQ 7996 [Vernhes].

²³³ *Vella*, *supra* note 225 au para 65.

diverses questions, surtout lorsque des *complices* sont accusés séparément. Néanmoins, une décision contradictoire sur l'existence même du pouvoir policier pouvait et devait ici être évitée. S'ils avaient mis fin à leur analyse en constatant l'absence de disposition législative autorisant les policiers à agir comme ils l'ont fait²³⁴, les juges auraient atteint la même conclusion : la conduite policière n'était pas autorisée par une règle de droit. C'est lors du recours à la doctrine des pouvoirs accessoires que la contradiction survient. Comme le souligne le juge Scalia, un tel manque d'uniformité n'a rien de surprenant lorsque la norme mise en place n'est pas une règle moins précise, mais plutôt un test fondé sur l'évaluation de *l'ensemble des circonstances*²³⁵.

Finalement, l'état actuel du droit en matière de définition des pouvoirs policiers soulève des difficultés sur le plan du contrôle judiciaire, de l'encadrement et de la constitutionnalité, trois autres exigences du principe de la primauté du droit. En vertu des deux premières, le citoyen doit pouvoir contester la conduite des policiers devant les tribunaux (contrôle judiciaire), ce qui implique notamment que les conditions d'exercice du pouvoir policier soient telles qu'elles encadrent le pouvoir discrétionnaire du policier et permettent un véritable examen judiciaire (encadrement). Pour reprendre cet exemple, il est aisé de voir que le pouvoir policier mis en place dans les arrêts *Clayton* et *Aucoin*, permettant de détenir un individu lorsque cela est « raisonnablement nécessaire eu égard à l'ensemble des circonstances », ne respecte pas ces exigences. Une telle norme ne possède pas de qualités similaires à celles qu'attribue la Cour suprême à la norme des soupçons raisonnables dans l'arrêt *Ahmad*²³⁶, qualités produisant de nombreux bienfaits sur le plan du respect de la primauté du droit. Au contraire, elle partage divers défauts de la norme de la mauvaise foi rejetée dans cet arrêt, notamment en ce qu'elle ne donne aucune indication utile à l'agent de police sur l'étendue de ses pouvoirs²³⁷. Pour ce qui est de l'exigence de constitutionnalité, comme le soulignait récemment le juge Martin dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Singer*, « [l]a méthode devant être utilisée pour que les pouvoirs policiers créés par les tribunaux soient conformes à la *Charte* n'est pas [...] claire »²³⁸. L'examen de la conformité à la *Charte* des pouvoirs policiers de common law, mené indirectement à même les conditions d'application de la doctrine des pouvoirs accessoires, est « nettement diminué » par rapport à l'examen auquel sont soumises les dispositions législatives²³⁹.

²³⁴ Vernhes, *supra* note 232 au para 65; Vella, *supra* note 225 aux para 10, 32.

²³⁵ Scalia, *supra* note 102 à la p 1179.

²³⁶ Ahmad, *supra* note 163.

²³⁷ Ibid au para 30.

²³⁸ Singer, *supra* note 7 au para 273, juge Martin, motifs dissidents.

²³⁹ Ibid au para 278, juge Martin, motifs dissidents.

À la lumière de ce qui précède, nous sommes d'avis que l'utilisation de la doctrine des pouvoirs accessoires met en péril la primauté du droit en matière d'encadrement de l'activité policière. Inspirée notamment par les nécessités de la répression²⁴⁰, il semble que la Cour suprême ait choisi de favoriser la souplesse par rapport à la certitude²⁴¹, se substituant au législateur qu'elle ne juge pas suffisamment actif²⁴². Un tel constat ne nous réduit toutefois pas au fatalisme. Au contraire, les lacunes dans l'état actuel du droit et leur source étant soulignées, la solution s'impose : le législateur et les tribunaux doivent remplir, avec sérieux et sans empiètement, leurs fonctions respectives. S'ils le font, il sera possible de prévoir un encadrement juridique de l'activité policière conforme aux exigences de la primauté du droit. C'est à cette ultime étape de notre démonstration qu'est dédiée la dernière partie.

IV. Le possible respect de la primauté du droit dans l'encadrement de l'activité policière

L'intervention des tribunaux pour créer des règles de droit octroyant des pouvoirs aux policiers est à l'origine des lacunes identifiées dans la partie précédente. Malgré cela, la doctrine des pouvoirs accessoires continue de faire partie du paysage juridique canadien. Pourquoi? Les propos du juge Binnie dans l'arrêt *Clayton* expriment bien l'idée qui permet à cette doctrine de perdurer : la création de pouvoirs policiers par les tribunaux « n'est pas l'idéal, mais à défaut de mesures législatives, c'est un moindre mal »²⁴³. Or, ce qui est occulté en décrivant la situation de la sorte, c'est la présence d'un cercle vicieux dont il faut se défaire. En définissant les pouvoirs policiers pour combler des vides législatifs perçus, la Cour suprême permet au législateur de demeurer inactif²⁴⁴, ce qui renforce son propre besoin d'intervenir²⁴⁵, avec tous les enjeux que cela soulève sur le plan du respect de la primauté du droit. En fait, elle encourage le législateur à agir ainsi. Lorsque les tribunaux créent un pouvoir policier, ils le prémunissent du même coup contre des contestations futures, qu'ils seront eux-mêmes chargés de trancher. Il est en effet difficile d'imaginer que le tribunal, créateur du pouvoir, interviendra pour le déclarer insuffisant

²⁴⁰ Jochelson et al, *supra* note 5 à la p 122.

²⁴¹ Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 à la p 25.

²⁴² *Fleming*, *supra* note 6 au para 42, référant aux arrêts *Mann*, *supra* note 101 au para 17; *Kang-Brown*, *supra* note 102 aux para 6, 10, 50–51, 61.

²⁴³ *Clayton*, *supra* note 177 au para 76, juge Binnie, motifs concordants.

²⁴⁴ Burchill et al, *supra* note 89 aux pp 176–77, 188; Skolnik, « Rééquilibrer », *supra* note 101 aux pp 262, 280; *Singer*, *supra* note 7 au para 268, juge Martin, motifs dissidents.

²⁴⁵ Coughlan, « Clarity », *supra* note 129; Stribopoulos, « Limits », *supra* note 176 à la p 316; MacDonnell, *supra* note 227 à la p 237.

sur le plan des principes fondamentaux²⁴⁶. Il est alors peu surprenant que le législateur ne s'empresse pas d'intervenir, les tribunaux produisant à sa place des pouvoirs à l'abri des reproches²⁴⁷. L'enjeu est qu'en plus de *forcer* les tribunaux à intervenir, cela empêche la mise en place du dialogue essentiel au développement de règles de droit respectant les impératifs du principe de la primauté du droit. Le tribunal se trouve plutôt dans un monologue, définissant les pouvoirs policiers et approuvant ensuite sa propre définition²⁴⁸.

Par le terme *dialogue*, nous entendons la dynamique découlant de la création d'une règle de droit par le législateur, de l'examen subséquent par les tribunaux de sa conformité à divers principes—incluant la primauté du droit—et, le cas échéant, de la réponse du législateur aux lacunes identifiées par les tribunaux²⁴⁹. C'est à travers une telle dynamique qu'un encadrement de l'activité policière respectant le principe de la primauté du droit peut émerger. Dans un premier temps, les lacunes liées à la production de la règle de droit par le tribunal sont évitées, puisque c'est le législateur qui la formule. Dans un second temps, le tribunal peut s'assurer que la règle de droit formulée par le législateur respecte les exigences découlant du principe de la primauté du droit en matière d'encadrement de l'activité policière. Cela est parfaitement conforme à son rôle de « veille[r] [...] à ce que l'exercice du pouvoir étatique respecte la primauté du droit »²⁵⁰. N'étant plus le créateur de la règle de droit, le tribunal se trouve d'ailleurs en meilleure posture pour remplir ce rôle « de façon objective et impartiale »²⁵¹. S'il constate le non-respect d'une des exigences, cela doit mener à l'invalidation du texte de loi, le tribunal indiquant alors au législateur que s'il désire maintenir le pouvoir en vigueur, il devra le corriger²⁵². En définissant lui-même le pouvoir, le tribunal court-circuite ce processus.

²⁴⁶ Jochelson, *supra* note 11 à la p 365. Voir aussi *R c Orbanski*; *R c Elias*, 2005 CSC 37 aux para 80–81, juge LeBel, motifs dissidents.

²⁴⁷ Comme le soulignait récemment la juge Martin, dissidente, dans l'arrêt *Singer*, *supra* note 7 au para 268, « [l]orsque les tribunaux comblent les lacunes législatives, les législateurs n'ont guère avantage à s'engager dans le travail difficile d'élaboration de cadres législatifs complets ».

²⁴⁸ Jochelson, *supra* note 11 à la p 373. Voir aussi *Kang-Brown*, *supra* note 102 au para 14, juge LeBel.

²⁴⁹ Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 aux pp 63–69; Peter W Hogg et Allison A Bushell, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures » (1997) 35:1 *Osgoode Hall LJ* 75; Jochelson et al, *supra* note 5 à la p 122; Skolnik, « Perils », *supra* note 11 à la p 461; Burchill et al, *supra* note 89 à la p 188.

²⁵⁰ *Ell*, *supra* note 70 au para 22.

²⁵¹ Voir *RJR-MacDonald*, *supra* note 100 à la p 332, juge McLachlin, cité avec approbation dans *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21 au para 36.

²⁵² Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 aux pp 65–66.

Ainsi, pour mettre en place un encadrement juridique de l'activité policière conforme aux exigences de la primauté du droit, il faut éliminer la confusion des rôles découlant de la création de pouvoirs policiers par les tribunaux, ce qui permettra aux pouvoirs législatif et judiciaire de remplir leurs fonctions respectives, avec sérieux et sans empiètement. Le dialogue entre les deux pouvoirs pourra ainsi être réinstauré. Cette solution passe en premier lieu par l'action des tribunaux qui, en tant que gardiens de la Constitution, ont la responsabilité de remédier au recul de la primauté du droit observé actuellement. Pour ce faire, il faut d'abord qu'ils renoncent à la doctrine des pouvoirs accessoires pour inciter le législateur à intervenir (i). Après avoir renoncé à créer de nouveaux pouvoirs policiers, les tribunaux doivent évaluer avec sérieux la conformité à la primauté du droit de ceux octroyés par le législateur (ii). Les exigences précises cernées dans le présent article devraient faciliter l'exercice.

i) La mise en place d'un dialogue : renoncer à la doctrine des pouvoirs accessoires

Dans un premier temps, les tribunaux doivent donc renoncer à la doctrine des pouvoirs accessoires. En effet, plutôt que d'y avoir recours, ils doivent invalider les actes des autorités répressives qui ne sont pas fondés sur une règle de droit respectant les exigences découlant de la primauté du droit. Ils doivent envoyer clairement le signal qu'ils cesseront d'offrir un fondement légal à ces actes et qu'ainsi, sans intervention du législateur, ils continueront d'être déclarés invalides²⁵³. Les avantages pouvant découler d'une telle conduite sont importants. Si l'absence de règle de droit permettant d'asseoir la conduite adoptée par les policiers résulte d'un oubli ou d'une attitude négligente du législateur, l'avertissement transmis par les tribunaux—surtout lorsqu'il s'agit de la Cour suprême—pourra lui faire constater la lacune et le pousser à y remédier. Si, malgré un tel avertissement, le législateur n'intervient pas, il faut alors considérer que cette absence d'intervention est volontaire et respecter ce choix en préservant la liberté du citoyen.

Une telle solution n'est pas une simple vue de l'esprit. Un regard vers l'arrière montre que c'est souvent en réaction à une condamnation de la part de la Cour suprême que le législateur canadien est intervenu en matière de définition des pouvoirs policiers²⁵⁴. En ont découlé des régimes législatifs qui sont accessibles et raisonnablement clairs et prévisibles pour

²⁵³ Skolnik, « Perils », *supra* note 11 aux pp 459–62; Skolnik, « Rééquilibrer », *supra* note 101 à la p 286; Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 à la p 70; Penney, *supra* note 129 à la p 271; Burchill et al, *supra* note 89 à la p 190.

²⁵⁴ Quigley, *supra* note 11 aux pp 130–31; Stribopoulos, « Limits », *supra* note 176 à la p 316; Penney, *supra* note 129 à la p 260; Skolnik, « Perils », *supra* note 11 à la p 456.

les citoyens et les autorités répressives, en plus d'encadrer adéquatement le pouvoir discrétionnaire de ces dernières et de respecter la *Charte*.

Les premières années d'application de la *Charte* regorgent d'exemples de tels dialogues entre le législateur et la Cour suprême²⁵⁵. En effet, comme l'indique Stribopoulos, dans les années ayant suivi l'adoption de la *Charte*, la Cour suprême était généralement réticente à intervenir pour fournir aux policiers des pouvoirs non prévus par la loi²⁵⁶. Ainsi, elle a souvent conclu à l'illégalité (et à l'inconstitutionnalité) de conduites policières, poussant le législateur à intervenir pour octroyer expressément aux policiers le pouvoir d'adopter ces conduites et pour s'assurer que les régimes mis en place contiennent des garanties suffisantes²⁵⁷. Nous pouvons citer quelques exemples²⁵⁸. D'abord, dans *Duarte*, la Cour suprême conclut que les policiers ne peuvent pas, sans autorisation judiciaire préalable, enregistrer subrepticement des conversations entre un individu et un agent d'infiltration²⁵⁹. Pour la Cour, « il est inadmissible dans une société libre que les organes de l'État puissent se servir de cette technologie à leur seule discrétion »²⁶⁰. Elle précise que la raison pour laquelle les dispositions du *Code criminel* régissant l'écoute électronique sont constitutionnelles, c'est qu'elles prévoient des garanties qui « empêchent la police de procéder à de recherches à l'aveuglette »²⁶¹. La conduite reprochée se situant en marge de ce régime législatif, elle contrevient à l'article 8 de la *Charte*. Le législateur a répondu en adoptant l'article 184.2 du *Code criminel*, qui encadre la délivrance de mandats permettant d'utiliser la méthode d'enquête qui avait été sanctionnée dans *Duarte*²⁶². Ensuite, dans *Wise*, la Cour décide que l'installation d'une balise de surveillance sur le véhicule d'un individu, sans fondement légal ni autorisation judiciaire préalable, porte atteinte à l'article 8 de la *Charte* et ainsi n'est pas permise²⁶³. Elle en profite pour interpellier le législateur et lui fournir des indications au sujet des garanties que devrait prévoir un régime législatif encadrant l'utilisation de telles balises²⁶⁴. Le législateur a réagi en adoptant l'article 492.1 du *Code criminel*,

²⁵⁵ Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 aux pp 63–69; MacDonnell, *supra* note 227 à la p 225.

²⁵⁶ Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 à la p 65. Voir aussi Singer, *supra* note 7 au para 246, juge Martin, motifs dissidents.

²⁵⁷ Quigley, *supra* note 11 aux pp 130–31; MacDonnell, *supra* note 227 à la p 225.

²⁵⁸ Certains auteurs ont produit des listes complètes. Nous avons consulté Penney, *supra* note 129 à la p 268; Stribopoulos, « Dialogue », *supra* note 11 aux pp 66–67; Quigley, *supra* note 11 aux pp 131–32.

²⁵⁹ *R c Duarte*, [1990] 1 RCS 30 à la p 57.

²⁶⁰ *Ibid* à la p 45.

²⁶¹ *Ibid* à la p 55.

²⁶² Penney, *supra* note 129 à la p 268.

²⁶³ *R c Wise*, [1992] 1 RCS 527 à la p 538.

²⁶⁴ *Ibid* aux pp 548–49.

permettant aux policiers d'obtenir un mandat pour installer un dispositif de localisation sur un véhicule²⁶⁵. Finalement, dans *Stillman*, les policiers ont notamment procédé à la prise d'empreintes dentaires de l'accusé lors de son interrogatoire au poste de police. Aucune disposition législative n'autorisant une telle opération, la Cour suprême décide qu'elle a eu lieu sans autorisation légale, refusant d'élargir la portée du pouvoir de fouille accessoire à une arrestation, issu de la common law, pour permettre de tels actes²⁶⁶. Le législateur a réagi en adoptant l'actuel article 487.092 du *Code criminel*, une disposition législative prévoyant un régime d'octroi de mandats permettant d'« obtenir les empreintes des mains, des doigts, des pieds ou des dents d'une personne »²⁶⁷.

Dans toutes ces affaires, il est raisonnable de croire que si la Cour avait décidé de valider les actes des policiers, par exemple en se fondant sur la doctrine des pouvoirs accessoires²⁶⁸, les dispositions législatives n'auraient pas vu le jour. Cela appuie la solution suggérée, soit l'intransigeance des tribunaux, pour pousser le législateur à intervenir et ainsi à ouvrir le dialogue. Ce n'est toutefois que la première étape du travail des tribunaux. Ils doivent encore évaluer le travail du législateur.

ii) L'effet escompté du dialogue : assujettir l'activité policière à la primauté du droit

En soi, le *monopole* du législateur dans l'octroi de pouvoirs aux policiers permet de remédier à une grande partie des lacunes identifiées dans la partie précédente. À elle seule toutefois, l'adoption de la règle de droit par le législateur ne protège pas contre toute atteinte au principe de la primauté du droit. Certes, à titre d'exemple, nous avons souligné que la loi est un meilleur outil que la common law pour créer une règle de droit d'une qualité formelle suffisante. Cela n'empêche toutefois en rien qu'une loi d'une qualité formelle insuffisante soit adoptée par le législateur. Le régime législatif peut aussi être défaillant sur le plan de l'encadrement ou sur celui de la constitutionnalité. Prenons à nouveau l'exemple de la règle de droit posée par la Cour suprême dans les arrêts *Clayton* et *Aucoin*, selon laquelle les policiers ont le pouvoir de détenir une personne lorsque cela est « raisonnablement nécessaire dans les circonstances »²⁶⁹. Qu'elle soit adoptée par le législateur ou par la Cour suprême, une telle règle demeure défaillante sur le plan de la qualité formelle et de l'encadrement, ce qui est

²⁶⁵ Quigley, *supra* note 11 à la p 131.

²⁶⁶ *Stillman*, *supra* note 180 aux para 26, 49, 50.

²⁶⁷ Voir à ce sujet James A Fontana et David Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada*, 12^e éd, Toronto, LexisNexis, 2022 au ch 13.

²⁶⁸ Comme elle l'a notamment fait pour l'utilisation des chiens renifleurs : voir *Kang-Brown*, *supra* note 102; *AM*, *supra* note 199.

²⁶⁹ *Aucoin*, *supra* note 200; *Clayton*, *supra* note 177.

d'ailleurs susceptible de causer des difficultés au niveau de l'uniformité et du contrôle judiciaire. Si la création de la règle de droit par le législateur lui permet de remplir son rôle, soit de « choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution », le respect de la primauté du droit exige que les tribunaux remplissent eux aussi leur rôle, qui est de « déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution »²⁷⁰. Il ressort clairement du présent article qu'en droit canadien, pour que la conduite policière respecte la primauté du droit, il ne suffit pas qu'elle trouve son fondement dans une règle de droit. La règle de droit en question doit respecter plusieurs exigences, tant sur le plan formel que matériel, pour être considérée conforme à ce principe. Il appartient aux tribunaux de prendre ces exigences au sérieux et d'intervenir lorsqu'elles ne sont pas respectées par le législateur. Après tout, ce sont eux qui doivent « veille[r] [...] à ce que l'exercice du pouvoir étatique respecte la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution »²⁷¹. Les deux premières parties du présent article nous convainquent que la jurisprudence de la Cour suprême contient tous les outils nécessaires pour que les tribunaux puissent remplir ce rôle.

iii) Notre réponse à certaines objections potentielles

En terminant, deux points, pouvant être qualifiés d'éventuelles critiques des solutions proposées, doivent être abordés. Premièrement, dans l'arrêt *Kang-Brown*, le juge Binnie, commentant « l'attitude non interventionniste ou consistant à laisser au législateur le soin d'agir » en matière d'octroi de pouvoirs policiers, préconisée par le juge LeBel, se dit d'avis que la Cour a « franchi le Rubicon » dans les arrêts *Mann*²⁷² et *Clayton*²⁷³ en retenant plutôt « une attitude de capacité d'agir »²⁷⁴. En utilisant cette expression bien connue, le juge Binnie signale que la Cour doit maintenir cette dernière attitude. Il explique qu'à défaut, les parties se présentant devant la Cour suprême se trouveront dans une situation imprévisible : « Comment les parties pourront-elles prévoir que la Cour aura une attitude de capacité d'agir ou une attitude consistant à laisser au législateur le soin d'agir, lorsqu'elles se présenteront devant elle? »²⁷⁵ Avec égards, il nous semble erroné de parler de franchissement du Rubicon, comme si la Cour s'était condamnée de façon irréversible à justifier, par le biais de la common law, les conduites policières non fondées en

²⁷⁰ *RJR-MacDonald*, *supra* note 100 à la p 332, juge McLachlin, passage cité avec approbation dans *Doucet-Boudreau*, *supra* note 21 au para 36.

²⁷¹ *Ell*, *supra* note 70 au para 22.

²⁷² *Mann*, *supra* note 101.

²⁷³ *Clayton*, *supra* note 177.

²⁷⁴ *Kang-Brown*, *supra* note 102 au para 22.

²⁷⁵ *Ibid.*

droit, sans quoi les justiciables seront soumis à l'incertitude. D'une part, l'analyse qui précède rend difficilement concevable que le recours à la doctrine des pouvoirs accessoires soit une source de certitude pour les justiciables. D'autre part, nous estimons qu'il est inexact d'affirmer que la Cour s'est résolument engagée sur la voie de l'intervention, retirant toute incertitude à cet égard²⁷⁶. Certes, la Cour est fréquemment intervenue pour reconnaître de nouveaux pouvoirs policiers. Malgré cela, le malaise découlant de la mobilisation de la common law à cette fin se fait toujours sentir dans les arrêts de la Cour²⁷⁷. Par exemple, dans *Fleming*, bien qu'elle ne remette pas en cause la doctrine des pouvoirs accessoires, la Cour rappelle néanmoins les propos du juge La Forest dans *Wong*, voulant qu'« il [ne soit] pas du ressort des tribunaux, à titre de protecteurs de nos droits fondamentaux, d'élargir la possibilité de porter atteinte à ces libertés personnelles »²⁷⁸. L'arrêt *Singer*²⁷⁹ s'inscrit dans la même veine, les motifs des différents groupes de juges faisant état, à des degrés différents, de réserves relativement à la création de pouvoirs policiers par le biais de la doctrine des pouvoirs accessoires. À notre avis, la certitude et la prévisibilité à cet égard peuvent être atteintes par une déclaration claire de la Cour, fondée sur le principe de la primauté du droit, qu'elle refusera à l'avenir d'intervenir à la place du législateur en la matière.

Deuxièmement, puisque, selon nous, le respect de la primauté du droit passe par une intervention législative, nous ne pouvons passer sous silence la question de l'inflation législative et de son impact négatif sur ce principe fondamental²⁸⁰. L'enjeu porte principalement sur la connaissance de la règle de droit par le justiciable. Rappelons que dans la mesure où la règle de droit est accessible, sa connaissance est présumée en vertu de la maxime selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi ». Or, plus le nombre de dispositions législatives augmente, plus cette maxime tient de l'utopie²⁸¹. Et si les individus ne peuvent pas acquérir une connaissance adéquate des règles de droit applicables, ces dernières ne sauraient influencer directement leur conduite. Les solutions proposées dans la présente partie devraient-elles être rejetées parce qu'elles contribuent à cette problématique? À notre avis, ce n'est pas le cas. Au début de la partie II, nous avons insisté sur un principe qui n'est pas controversé : « [L]es

²⁷⁶ À ce sujet, comme l'indiquent des auteurs, l'arrêt *Kang-Brown* lui-même « illustre bien les tensions au sein de la Cour suprême quant à savoir si elle devrait créer ou avaliser des pouvoirs policiers » : voir Boucher, Lacasse et Nadon, *supra* note 102 à la p 794.

²⁷⁷ À ce sujet, voir l'analyse menée dans Burchill et al, *supra* note 89 aux pp 83–84, 112–13, 124–27.

²⁷⁸ *Fleming*, *supra* note 6 au para 4.

²⁷⁹ *Singer*, *supra* note 7.

²⁸⁰ Voir notamment Lord Bingham, *supra* note 24 à la p 70 qui souligne cet enjeu.

²⁸¹ Voir à ce sujet Gisèle Côté-Harper, Jean Turgeon et Pierre Rainville, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd ref et augm, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1998 à la p 1099.

policiers (et, d'une manière plus générale, l'État) ne peuvent agir que dans la mesure où le droit les autorise à le faire. »²⁸² Ainsi, des règles de droit doivent exister si nous désirons que les policiers puissent adopter des conduites empiétant sur les droits et libertés fondamentaux des individus. C'est le prix de base à payer pour maintenir une société fondée sur la primauté du droit. Ce principe demeure, même si les solutions que nous proposons ne sont pas mises en place et que le *statu quo* est maintenu. Nos solutions ne portent pas sur l'existence des règles de droit, mais plutôt sur leur source et leur qualité. En soi, exiger que le législateur, plutôt que les tribunaux, crée les règles de droit fournissant des pouvoirs aux policiers ne demande pas la création de règles supplémentaires.

Il faut toutefois reconnaître que les exigences portant sur la qualité de la règle de droit peuvent entraîner une augmentation du nombre de règles de droit en vigueur. Une règle prévoyant que les policiers peuvent déténir une personne lorsque cela est « raisonnablement nécessaire dans les circonstances » a assurément l'avantage d'éviter l'adoption de règles de droit plus précises, et ainsi plus nombreuses, pour régir les pouvoirs de détention des policiers. En résulte-t-il nécessairement un gain sur le plan du respect de la primauté du droit? Il nous semble évident que non, et ce, pour au moins deux raisons. D'une part, l'adoption d'une règle imprécise ne fait que déplacer le problème. En effet, il serait absurde de prétendre qu'en consultant uniquement la règle énoncée ci-dessus, le policier et le citoyen disposeront de toutes les informations dont ils ont besoin pour orienter leur conduite. Pour connaître la portée de ce pouvoir, même dans les grandes lignes, ils devront nécessairement faire une analyse de l'état de la jurisprudence sur la question. Ainsi, les gains sur le plan de l'accessibilité du droit ne sont qu'apparents. Il serait plus avantageux, en ce qui a trait à l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité, de pouvoir plutôt consulter un seul instrument législatif réunissant les règles détaillées octroyant des pouvoirs aux policiers²⁸³. D'autre part, le fait de rendre accessibles à tous des règles de droit d'une qualité suffisante favorise le respect de la primauté du droit, et ce, même si la population dans son ensemble n'en connaît pas les moindres détails. Comme l'indique Fuller, « [l']exigence selon laquelle les lois doivent être publiées ne repose pas sur l'attente absurde que le citoyen consciencieux prenne le temps de toutes les lire »²⁸⁴. Toujours selon ce dernier, « il existe de nombreuses activités dans lesquelles les hommes respectent la loi, non parce qu'ils la connaissent directement, mais parce

²⁸² Mann, *supra* note 101 au para 15. Voir aussi Kosoian, *supra* note 105 au para 6; Carignan, *supra* note 108 au para 138; McColman, *supra* note 108 au para 63; Dedman, *supra* note 8 à la p 10, juge en chef Dickson, motifs dissidents, cité avec approbation dans Fleming, *supra* note 6 au para 38.

²⁸³ Boucher, Lacasse et Nadon, *supra* note 102 à la p 801; Singer, *supra* note 7 au para 263, juge Martin, motifs dissidents.

²⁸⁴ Fuller, *supra* note 48 au ch 2.

qu'ils suivent l'exemple de ceux qu'ils savent être mieux informés. De cette façon, la connaissance du droit par quelques-uns influence souvent, de façon indirecte, les actions de beaucoup d'autres »²⁸⁵. Encore faut-il toutefois qu'il soit possible, au moins pour ceux qui le désirent, d'être bien informé. Les règles plus précises ont l'avantage d'offrir à ceux qui les consultent—par exemple les policiers eux-mêmes—de réelles indications sur les pouvoirs policiers. Ce n'est qu'à cette condition que leur conduite peut alors servir de guide pour les autres.

Bref, bien que la question de l'impact de l'inflation législative sur la primauté du droit mérite assurément l'attention, elle ne justifie pas, à notre avis, le rejet des solutions proposées, qui favorisent le respect de ce principe. Dans la mesure où nous cherchons à assurer la conformité à la primauté du droit en matière d'encadrement de l'activité policière, l'adoption de dispositions législatives claires et prévisibles demeure la solution la plus avantageuse.

Conclusion

Le titre de la présente étude invite à s'interroger sur la possibilité de concilier l'importance et la complexité de la mission policière avec un encadrement juridique conforme aux exigences du principe de la primauté du droit. Notre argument central à cet égard est que cette conciliation est souhaitable, possible et nécessaire.

Au soutien de cet argument, nous avons d'abord dégagé, grâce à une analyse de la littérature et de la jurisprudence, un portrait de l'importance et de la portée du principe de la primauté du droit en droit canadien. L'analyse menée dans la partie I a montré que les mots *primauté du droit* sont loin de n'être qu'une formule magique à prononcer par le plaideur ou le décideur lorsque tout le reste a échoué. Ils désignent un principe fondamental pour notre société, duquel la Cour suprême tire plusieurs exigences spécifiques, tant formelles et matérielles qu'institutionnelles, auxquelles elle assujettit l'action étatique. C'est d'ailleurs en prenant appui dans la jurisprudence du plus haut tribunal du pays que nous avons pu, dans la partie II, identifier les sept principales exigences découlant du principe de la primauté du droit en matière d'encadrement de l'activité policière. Selon ces prescriptions, une conduite policière portant atteinte à la liberté individuelle doit être fondée sur une règle de droit (**fondement**), d'origine législative (**source**), d'une **qualité formelle suffisante** (ce qui implique qu'elle soit accessible, claire, prévisible, stable et prospective), appliquée avec une certaine **uniformité**, prévoyant des conditions d'exercice permettant d'encadrer le pouvoir discrétionnaire du policier et

²⁸⁵ *Ibid.*

de mener un véritable examen judiciaire (**encadrement**) et respectant la Constitution, ce qui inclut la *Charte* (**constitutionnalité**). Il doit aussi être possible pour le citoyen de contester devant les tribunaux les conduites policières non conformes à ces prescriptions (**contrôle judiciaire**).

L'identification de ces exigences ne met toutefois pas fin à la démonstration. La question demeure : le mariage entre activité policière et primauté du droit est-il possible? Pour répondre à cette question, nous avons procédé, dans la partie III, à l'évaluation du respect de ces sept exigences dans l'état actuel du droit canadien. Si elles sont respectées, alors la question doit recevoir une réponse affirmative. À défaut, il importe d'identifier précisément les lacunes et leur source, de façon à évaluer la possibilité d'y remédier. Notre analyse a permis de conclure à l'existence d'un recul important du principe de la primauté du droit dans la gestion de l'activité policière au Canada et d'en identifier la source, soit le non-respect de la séparation des fonctions entre les tribunaux et le législateur.

Ce n'est toutefois que dans la mesure où les problématiques sont irrémédiables qu'il faut conclure à l'impossibilité du mariage entre l'activité policière et la primauté du droit. C'est pourquoi, dans la partie IV, nous avons discuté des solutions pouvant être apportées aux lacunes identifiées dans la partie précédente. Ces solutions s'adressent aux fondements communs de ces lacunes, soit l'empiétement des tribunaux sur les fonctions du législateur et le délaissement corrélatif de ces fonctions par ce dernier. À notre avis, le respect de la primauté du droit en matière d'encadrement de l'activité policière passe, en premier lieu, par une stricte adhésion au principe voulant que ce soit le législateur, et non les tribunaux, qui doit fournir un fondement aux conduites policières portant atteinte à la liberté individuelle. Les tribunaux doivent ainsi renoncer à la doctrine des pouvoirs accessoires et considérer illégales les conduites policières non fondées sur une règle de droit connue, le tout pour envoyer au législateur le message qu'en l'absence d'intervention de sa part, ces conduites ne seront pas tolérées. Notons qu'une intervention plus soutenue du législateur permettrait aussi la mise en place d'un dialogue avec les autorités répressives. Dans ce dialogue, ces dernières pourraient interpellier le législateur lorsqu'elles développent une nouvelle technique d'enquête pour que son utilisation soit légalisée et encadrée rapidement et qu'ainsi, elle bénéficie d'un fondement plus certain et prévisible qu'une potentielle souplesse des tribunaux. Cela n'est toutefois que la moitié de la réponse, puisqu'il demeure entièrement possible qu'une règle adoptée par le législateur soit déficiente sur le plan de la primauté du droit. Il ne suffit donc pas que le pouvoir législatif joue son rôle. Le pouvoir judiciaire doit également jouer le sien, qui implique notamment d'agir comme gardien de la Constitution et de ses principes fondamentaux, comme la primauté du droit. Les tribunaux doivent examiner avec sérieux les arguments

selon lesquels une conduite policière—ou la règle de droit l'autorisant—ne respecte pas la primauté du droit et intervenir en cas de besoin pour signaler les lacunes au pouvoir étatique concerné. L'analyse menée dans les deux premières parties démontre que la jurisprudence canadienne contient tous les outils nécessaires pour ce faire.

Ainsi, à la question suggérée par le titre de la présente contribution—le mariage entre l'activité policière et la primauté du droit est-il possible?—, nous répondons par l'affirmative. Le respect de la primauté du droit est d'ailleurs à l'avantage tant du public en général et des citoyens que des autorités répressives elles-mêmes. La concrétisation pratique d'un tel mariage dépend toutefois de l'attitude du législateur et des tribunaux, qui doivent prendre leurs rôles respectifs au sérieux. Les impacts positifs d'une telle attitude s'étendront d'ailleurs bien au-delà de l'encadrement de la conduite policière, le caractère fondamental du principe de la primauté du droit n'étant plus à démontrer. Reste à voir si les tribunaux, gardiens de ce principe, le protégeront des assauts de l'idéologie sécuritaire. Nous pouvons assurément l'espérer.