

# Commentaire sur la décision R. c. Saeed – Le prélèvement d'un échantillon corporel au moyen d'un écouvillon effectué sans mandat à la suite d'une fouille accessoire à l'arrestation ne contrevient pas aux droits garantis par la Charte canadienne

Kamy PELLETIER KHAMPHINITH \*  
EYB2016REP2099 (approx. 6 pages)

**EYB2016REP2099**

Repères, Décembre, 2016

Kamy PELLETIER KHAMPHINITH \*

Commentaire sur la décision R. c. Saeed – Le prélèvement d'un échantillon corporel au moyen d'un écouvillon effectué sans mandat à la suite d'une fouille accessoire à l'arrestation ne contrevient pas aux droits garantis par la Charte canadienne

**Indexation**

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

## TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I- LES FAITS](#)

[II- LES DÉCISIONS ANTÉRIEURES](#)

[III- LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME](#)

[IV- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE](#)

[CONCLUSION](#)

**Résumé**

*L'auteure commente cette décision dans laquelle la Cour suprême conclut que le prélèvement de substances corporelles effectué sur le sexe de l'accusé au moyen d'un écouvillon en l'absence de mandat n'est pas une fouille abusive et ne viole pas les droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés.*

**INTRODUCTION**

L'écouvillonnage consiste en un prélèvement d'échantillon au moyen d'un écouvillon, soit une petite brosse. Dans l'arrêt R. c. Saeed<sup>1</sup>, la Cour suprême doit se pencher sur cette méthode qui a été employée dans les heures suivant l'arrestation d'un individu suspecté d'agression sexuelle dans le but de recueillir l'ADN de la plaignante. Plus précisément, la Cour doit évaluer si l'utilisation de ce procédé sans avoir préalablement fait l'objet d'une demande de mandat a été effectuée de manière abusive.

Cet arrêt traite principalement de l'étendue du pouvoir que la common law reconnaît aux policiers lors d'une fouille accessoire à l'arrestation.

L'accusé invoque que son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que lui garantit l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé à la suite du prélèvement effectué sur ses parties génitales, et ce, en l'absence de mandat.

La question centrale était celle de l'identité de l'agresseur.

**I- LES FAITS**

Le matin du 22 mai 2011 vers 4 h, une femme est attaquée brutalement et agressée sexuellement. Quelques heures plus tard, un suspect est arrêté et remis en liberté par erreur.

Il est arrêté de nouveau vers 8 h 35. Par suite des informations obtenues de la part de la plaignante, l'agent superviseur a estimé qu'il avait des motifs raisonnables de croire que l'ADN de celle-ci se retrouve sur les organes génitaux du suspect.

Il a alors conclu qu'un prélèvement par écouvillonnage devait être effectué, ce qui n'a pas été fait immédiatement. L'agent n'a pas sollicité de mandat pour procéder au prélèvement, car il s'agissait, à son avis, d'une fouille accessoire à l'arrestation.

Vers 9 h 30, l'accusé a été menotté à un mur dans une cellule sans toilette ni eau courante dans le but de préserver la preuve et y a passé environ 30 à 40 minutes. La perquisition a eu lieu vers 10 h 45 en présence de deux agents de sexe masculin. Ceux-ci ont permis à l'accusé de faire lui-même le prélèvement qui consiste à passer un écouvillon sur toute la longueur du pénis et autour du gland.

L'analyse a permis de révéler la présence de l'ADN de la plaignante.

**II- LES DÉCISIONS ANTÉRIEURES**

Le juge de première instance a conclu que pareil prélèvement contrevient à l'article 8 de la Charte. Elle a cependant permis l'admissibilité de cette preuve en vertu de l'article 24(2).

M. Saeed a été déclaré coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles et de contacts sexuels illégaux.

L'accusé a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Alberta. Les juges majoritaires ont rejeté le pourvoi et en ont conclu que le prélèvement contrevient effectivement aux droits garantis par l'article 8 de la Charte, mais que cette preuve pouvait être utilisée au regard de l'article 24(2) de la Charte.

**III- LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME**

En 1998, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Lamer, a énoncé les trois exigences à respecter afin d'éviter de rendre une fouille abusive et contraire à l'article 8 de la Charte dans l'arrêt *Caslake*<sup>2</sup>.

Pour ne pas être abusive et, par conséquent, être conforme à l'article 8 de la Charte, la fouille doit respecter ces trois exigences : (1) elle doit être autorisée par la loi, (2) la loi l'autorisant doit n'avoir rien d'abusif et (3) la fouille ne doit pas être effectuée d'une manière abusive.

Dans cette affaire, le ministère public invoque le pouvoir de common law permettant aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation.

L'arrêt *Fearon*<sup>3</sup> a récemment réaffirmé le cadre général permettant aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Celui-ci exige que la personne soumise à cette fouille ait été légalement mise en état d'arrestation, que la fouille soit véritablement accessoire à l'arrestation, c'est-à-dire qu'elle vise un objectif d'application de la loi valable, lié aux motifs de l'arrestation, et que la fouille ne soit pas abusive.

Malgré que ce pouvoir puisse être défini en de larges termes, il doit seulement être adapté aux situations en cause et n'être utilisé que si les fouilles demeurent non abusives et conformes à la Charte.

Dans la présente affaire, il s'agit de déterminer si les policiers avaient le droit d'invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation pour effectuer le prélèvement par écouvillonnage de pénis eu égard aux intérêts particuliers en matière de vie privée.

Le ministère public soutient que les policiers étaient en droit de recourir à leur pouvoir de common law. La poursuite fait référence à l'arrêt *Golden*<sup>4</sup> où la Cour a modifié le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation dans le cas des fouilles à nu.

La défense quant à elle accepte les principes énoncés dans l'arrêt *Golden*, mais plaide qu'ils ne s'appliquent pas en l'espèce. Il réfère la Cour aux enseignements de l'arrêt *Stillman* où il était question du prélèvement d'empreintes dentaires. La défense soutient que les policiers auraient dû obtenir soit le consentement de monsieur Saeed, soit un mandat les autorisant à effectuer un tel prélèvement. Dans le cas à l'étude, puisque les policiers n'avaient obtenu ni consentement, ni mandat, ils n'avaient pas le droit de procéder au prélèvement.

La Cour, sous la plume du juge Moldaver, rejette les prétentions de la défense et conclut que les policiers pouvaient procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation s'ils ont des motifs raisonnables de croire que ce prélèvement permettra de découvrir et de préserver une preuve relative à l'infraction, et si cette fouille est effectuée conformément à des lignes directrices conçues pour assurer le respect des intérêts de l'accusé en matière de vie privée et faire en sorte que l'on porte le moins possible atteinte à ceux-ci.

Conséquemment, la Cour en vient à la conclusion que l'arrêt *Stillman* ne s'applique pas quant aux faits en l'espèce.

Dans les faits, la Cour apporte trois distinctions entre le cas de monsieur Saeed et l'arrêt *Stillman*.

Premièrement, dans l'arrêt *Stillman*, il était question de la saisie d'échantillons du propre corps de l'accusé qui constitue une atteinte très importante à la vie privée et à la dignité de l'accusé<sup>5</sup>.

Deuxièmement, la longue durée de la procédure et la façon de prélever les échantillons de cheveux, de poils et la prise des empreintes dentaires dans l'affaire *Stillman* constituent des actes beaucoup plus envahissants<sup>6</sup>.

Troisièmement, l'ADN ou les empreintes corporelles de l'accusé ne risquent pas de changer, de se dégrader ou de disparaître avec le temps<sup>7</sup>.

Bref, puisque le prélèvement par écouvillonnage ne visait pas à recueillir les substances corporelles de l'accusé, mais bien ceux de la plaignante, l'intérêt en matière de respect de la vie privée se retrouve amoindri.

Après avoir clairement énoncé les raisons pour lesquelles le cas de monsieur Saeed ne peut se comparer à l'arrêt *Stillman*, la Cour se pose la question suivante :

Les intérêts de l'accusé en matière de respect de sa vie privée en l'espèce sont-ils élevés au point d'exiger son consentement, un mandat ou l'existence d'une situation d'urgence, ou les policiers peuvent-ils invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation lorsqu'ils prélèvent des échantillons par écouvillonnage du pénis ?

Bien que la Cour puisse admettre que le procédé utilisé constitue indéniablement une atteinte à la vie privée de l'accusé, elle tranche qu'il n'est pas envahissant en soi lorsque l'on tient compte du fait que cela ne dure que quelques minutes, qu'il est effectué sans introduction, que l'écouvillon ne touche que la surface de la peau et qu'il ne représente aucun inconfort ni aucune douleur pour l'accusé.

La Cour mentionne également que le prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à une arrestation permet de réaliser d'importants objectifs tels que la préservation d'éléments de preuve importants.

En conséquence, afin de réduire les fouilles injustifiées, la Cour suprême réitère le principe devant guider les policiers qui s'adonneront à cette méthode d'enquête :

[64] La norme des motifs raisonnables et les lignes directrices sur la manière d'effectuer le prélèvement confèrent ces deux protections. La norme des motifs raisonnables permet de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent (*Golden*, par. 89). Elle assujettit les policiers à un degré de justification plus élevé avant qu'ils puissent procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis, ce qui a pour effet de limiter le nombre de cas où des accusés seront tenus d'exposer leurs organes génitaux aux fins d'un prélèvement. Des lignes directrices détaillées sur la façon de prélever des échantillons par écouvillonnage du pénis garantissent que, lorsqu'un tel prélèvement est effectué, il l'est « d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit à la vie privée et à la dignité de la personne qui y est soumise » (*Golden*, par. 104). Tant la norme des motifs raisonnables que les lignes directrices permettent de protéger la vie privée de l'accusé tout en permettant aux policiers de réaliser l'objectif valide que constitue la préservation de cette preuve d'une très grande valeur probante, mais hautement périssable. Ces deux modifications à la common law font en sorte que les prélèvements de ce type sont conformes à la Charte ou, autrement dit, qu'ils n'ont pas un caractère abusif.

Finalement, la Cour énonce certains facteurs afin de guider les policiers lors de l'obtention d'un prélèvement accessoire à l'arrestation :

1. Le prélèvement par écouvillonnage du pénis devrait, en règle générale, être effectué au poste de police.
2. Le prélèvement devrait être effectué d'une façon qui protège la santé et la sécurité de toutes les personnes en jeu.
3. Le prélèvement devrait être autorisé par un agent de police agissant en qualité d'officier supérieur.
4. L'accusé devrait, peu de temps avant le prélèvement, être informé de la nature de la procédure employée pour le recueillir, du but de celui-ci et du pouvoir autorisant les policiers à l'exiger.
5. L'accusé devrait avoir la possibilité d'enlever ses vêtements et d'effectuer le prélèvement lui-même, et, s'il ne choisit pas cette solution, le prélèvement devrait être effectué ou supervisé par un agent ou un professionnel de la santé qualifié, en ne faisant usage que de la force minimale nécessaire.

6. Le ou les agents de police chargés du prélèvement devraient être du même sexe que la personne qui y est soumise, à moins que les circonstances ne le permettent absolument pas.
7. Le nombre de policiers participant au prélèvement devrait se limiter à ce qui est raisonnablement nécessaire dans les circonstances.
8. Le prélèvement devrait être effectué dans un endroit privé où personne ne pourra l'observer, sauf les personnes chargées d'y procéder.
9. Le prélèvement devrait être effectué le plus rapidement possible et de telle manière que la personne ne soit jamais complètement nue.
10. Un procès-verbal faisant état des motifs et des modalités d'exécution du prélèvement devrait être dressé.

#### IV- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE

Force est de constater que le droit criminel ne fait qu'évoluer au cours des années. La fouille accessoire à l'arrestation en est un bon exemple. La Cour suprême s'était d'ailleurs récemment prononcée sur ce pouvoir en 2014 à l'occasion de l'affaire *Fearon*<sup>8</sup>. Rappelons que cet arrêt traitait de la fouille accessoire du téléphone cellulaire lors de la mise en état d'arrestation.

Nous pouvons sans contredit affirmer que l'évolution de la jurisprudence en matière de fouille accessoire à l'arrestation accorde de plus en plus de pouvoirs aux policiers et vise une fouille beaucoup plus large que ce qui avait été retenu par la Cour suprême dans les arrêts *Stillman* et *Caslake* il y a près de 20 ans.

Les principes quant aux fouilles accessoires à l'arrestation étaient clairs : le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne doit pas aller au-delà de l'objectif de protection des policiers qui effectuent une arrestation contre des suspects armés ou dangereux, ou de préservation des éléments de preuve qui autrement pourraient être détruits ou perdus.

Dans le cas étudié, d'autres éléments de preuve étaient disponibles afin de prouver la culpabilité de monsieur Saeed. La preuve recueillie n'était donc pas d'une importance capitale pour le ministère public.

L'obligation d'avoir recours à un mandat de perquisition afin d'obtenir des échantillons corporels est-elle en voie de devenir l'exception ? La question se pose.

Bien qu'il s'agisse d'un arrêt majoritaire, il est intéressant de lire l'opinion dissidente rédigée par mesdames les juges Karakatsanis et Abella qui sont en désaccord sur plusieurs points avec l'opinion majoritaire, en particulier concernant les distinctions faites avec l'arrêt *Stillman* ainsi que l'application de l'article 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Ces dernières concluent que le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law n'autorise pas les policiers à prélever des échantillons par écouvillonnage génital. Le prélèvement effectué sur le pénis de monsieur Saeed n'étant pas autorisé par une règle de droit, la fouille est donc abusive et contraire à l'article 8 de la Charte.

Contrairement à l'opinion majoritaire, la juge Karakatsanis est d'avis que ce qui rend la perquisition hautement intime est le haut degré d'atteinte à l'intégrité physique, et non l'objectif de la fouille.

Celle-ci affirme que le procédé au moyen d'un écouvillon constitue une atteinte profonde à la vie privée et à la dignité de la personne.

Il est également intéressant de voir les préoccupations de la juge quant à l'évolution future de la jurisprudence et des règles de droit. Celle-ci est interpellée par le fait que l'ADN de l'accusé puisse être recueilli et utilisé de façon inappropriée par les corps policiers.

Finalement, la juge Karakatsanis exprime sa dissidence en ces termes :

[114] Après avoir soupesé les intérêts opposés de l'individu et de l'État, je conclus, comme l'a fait la Cour dans l'arrêt *Stillman*, que c'est le droit de l'individu d'être protégé contre une telle atteinte à la dignité et à la vie privée qui doit l'emporter. Dans *Stillman*, les intérêts individuels en matière de respect de la vie privée que soulèvent les prélèvements buccaux et la prise d'empreintes dentaires et d'échantillons de cheveux et de poils ont été jugés à ce point importants que la Cour a conclu que la common law n'autorisait pas de telles saisies, même s'il n'existait à l'époque aucun autre moyen légal qui aurait permis aux policiers d'obtenir ce type d'éléments de preuve. (Les dispositions du Code criminel relatives au mandat autorisant les prélèvements buccaux ou la prise d'échantillons de cheveux ou de poils ont été édictées postérieurement aux saisies en cause dans *Stillman* (*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médico-légales)*, L.C. 1995, c. 27, art. 1.) À mon avis, les intérêts individuels en matière de respect de la vie privée en jeu dans la présente affaire sont encore plus impérieux : en effet, le type d'examen des organes génitaux en cause ici constitue une atteinte profonde à la vie privée et à la dignité de la personne concernée. Malgré leur importance, les intérêts de l'État en l'espèce ne sont pas plus impérieux qu'ils ne l'étaient dans *Stillman*. Je conclus que le fait d'autoriser les policiers à procéder sans mandat à des prélèvements par écouvillonnage génital en vertu du pouvoir que reconnaît la common law d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation ne permet pas d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts divergents en présence.

Pour sa part, la juge Abella se montre sévère à l'égard du comportement des policiers. Cette dernière fait également mention du principe de la « bonne foi » policière relativement à l'ignorance de la loi ou de la jurisprudence qui peut, dans certains cas, démontrer un mépris flagrant ou une indifférence à l'égard des protections garanties par la *Charte*.

Celle-ci énonce ce qui suit concernant l'analyse en vertu de l'article 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

[166] Mais qu'il existe ou non d'autres éléments de preuve, la considération reconnue au système de justice milite contre l'utilisation de la preuve en l'espèce. Les policiers ont arrêté, remis en liberté puis arrêté de nouveau M. Saeed, ils l'ont menotté à un tuyau dans une cellule sèche et, sans faire aucune démarche afin d'obtenir un mandat ou un télémandat, ils ont procédé à un prélèvement par écouvillonnage génital pour obtenir une preuve génétique. Le droit est clair : une autorisation judiciaire est nécessaire pour pouvoir effectuer des fouilles envahissantes en vue d'obtenir des échantillons de substances corporelles. L'omission non justifiée et inexplicite des policiers de respecter cette exigence milite contre l'utilisation de la preuve, tout comme le fait que ces derniers ont négligé de considérer qu'il puisse même ne pas être possible d'obtenir un mandat pour effectuer de telles fouilles.

[167] Autrement dit, l'omission délibérée d'envisager l'obtention d'un mandat vu l'absence de situation d'urgence constitue, au mieux, de l'insouciance ; le fait d'avoir négligé la possibilité qu'en droit canadien les policiers n'étaient même pas autorisés à obtenir un prélèvement par écouvillonnage du pénis est fatal.

[168] Dans ces circonstances, vu l'importance de maintenir la confiance du public dans l'intégrité du système de justice, j'écarterais les éléments de preuve en cause et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

Les juges dissidentes ne pourraient être plus claires en résumant les critères à considérer lors du remède approprié en cas de violation à un droit constitutionnel. Cette dissidence remet à l'avant-plan les directives établies par l'arrêt *Grant*<sup>9</sup> et *Harrison*<sup>10</sup> concernant les trois critères à soupeser lors de l'analyse de l'article 24(2) de la Charte.

Rappelons que la Cour suprême, dans plusieurs décisions récentes, n'a pas hésité à écarter la preuve lors d'un accroc aux droits constitutionnels d'un accusé, notamment lors d'une violation à l'article [10](#) de la Charte <sup>11</sup>.

## CONCLUSION

Le prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à l'arrestation de M. Saeed n'a pas violé le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que lui garantit l'article [8](#) de la Charte. Les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que le prélèvement fournirait des preuves de l'ADN de la plaignante, et ils ont effectué ce prélèvement de manière non abusive. La preuve provenant du prélèvement par écouvillonnage du pénis a donc été admise à bon droit au procès. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

---

\* M<sup>e</sup> Kamy Pelletier Khamphnith, avocate au sein du cabinet Labrecque, Doyon avocats, concentre sa pratique en droit criminel.

[1.](#) 2016 CSC 24, [EYB 2016-267150](#).

[2.](#) *R. c. Caslake*, [REJB 1998-04272](#) (C.S.C.), [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10.

[3.](#) *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, [EYB 2014-245513](#), par. 27.

[4.](#) *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, [REJB 2001-27031](#).

[5.](#) *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, [REJB 1997-00385](#), par. 42, citant avec approbation *R. c. Dymont*, 1988 CanLII 10 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 417, [EYB 1988-67715](#), p. 431-432.

[6.](#) *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, [REJB 1997-00385](#), par. 44 et 46.

[7.](#) *Stillman*, par. 49.

[8.](#) *R. c. Fearon*, [2014] 3 R.C.S. 621, [EYB 2014-245513](#).

[9.](#) *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, [EYB 2009-161617](#).

[10.](#) *R. c. Harrison*, [2009] 2 R.C.S. 494, [EYB 2009-161618](#).

[11.](#) *R. c. Taylor*, [2014] 2 R.C.S. 495, [EYB 2014-239894](#), *R. c. Mian*, [2014] 2 R.C.S. 689, [EYB 2014-241873](#).

Date de dépôt : 21 décembre 2016

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.  
©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.