

Richard Langlois and Jean-Pierre Bédard
Appellants

v.

Pierre Cloutier Respondent

INDEXED AS: CLOUTIER V. LANGLOIS

File No.: 20519.

1989: November 1; 1990: February 1.

Present: Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
 QUEBEC**

Criminal law — Assault — Searches — Police officers accused of assault for having searched respondent after his arrest — Whether search of respondent justified — Existence and scope of police power to search a person who has been lawfully arrested — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(b).

Criminal law — Police powers — Search incidental to an arrest — Existence and scope of police power to search a person who has been lawfully arrested.

Criminal law — Appeals before appellate court — Question of law — Legality of search carried out at time of arrest — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 771(1)(a).

This appeal raises the question of the existence and scope of the power of the police to search a person who has been lawfully arrested. The appellants, both officers with the Montreal Urban Community Police Department, stopped the vehicle driven by the respondent after the latter had violated a municipal by-law. They proceeded to arrest him upon being informed by police headquarters that a warrant of committal for unpaid traffic fines had been issued against him in Municipal Court. Highly agitated and abusive, the respondent accompanied the officers to their car, where they carried out a "frisk" search; with the respondent's hands on the hood of the car and his legs spread, the officers patted him down. The respondent was then taken to the police station, where he filed an information against each of the police officers for common assault. At trial, the respondent argued that the police officers were not authorized to search him and that the search was an assault within the meaning of s. 245(b) of the *Criminal Code*. The Summary Convictions Court judge dismissed the informations and this judgment was upheld by the

Richard Langlois et Jean-Pierre Bédard
Appelants

c.

Pierre Cloutier Intimé

RÉPERTORIÉ: CLOUTIER c. LANGLOIS

Nº du greffe: 20519.

b 1989: 1^{er} novembre; 1990: 1^{er} février.

Présents: Les juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC
 c

Droit criminel — Voies de fait — Fouilles — Policiers accusés de voies de fait pour avoir fouillé l'intimé après son arrestation — La fouille de l'intimé était-elle justifiée? — Existence et étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245b).

Droit criminel — Pouvoirs des policiers — Fouille accessoire à l'arrestation — Existence et étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation.

Droit criminel — Pourvois devant la cour d'appel — Question de droit — Légalité d'une fouille effectuée au moment de l'arrestation — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 771(1)a).

Le présent pourvoi soulève la question de l'existence et de l'étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation. Les ^g appétants, deux agents du Service de la police de la Communauté urbaine de Montréal, ont intercepté le véhicule conduit par l'intimé à la suite d'une infraction à un règlement municipal. Ils ont procédé à son arrestation après avoir été informés par la centrale de police ^h qu'un mandat d'emprisonnement pour contraventions impayées avait été délivré contre lui en Cour municipale. L'intimé, furieux et grossier, a accompagné les policiers jusqu'à leur voiture où ils ont procédé à une fouille sommaire: les mains de l'intimé posées sur le capot de la voiture et les jambes écartées, les policiers ont palpé l'extérieur de ses vêtements. L'intimé a par la suite été conduit au poste de police où il a déposé contre chacun des policiers une dénonciation pour voies de fait simples. Au procès, l'intimé a prétendu que les policiers n'étaient pas autorisés à le fouiller et que la fouille constituait des voies de fait au sens de l'al. 245b) du *Code criminel*. Le juge de la Cour des poursuites som-

Superior Court. The Court of Appeal in a majority judgment allowed the respondent's appeal and entered a verdict of guilty. Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not invoked by the parties.

Held: The appeal should be allowed.

Determining the legality of the search in this case is strictly a question of law within the meaning of s. 771(1)(a) of the *Criminal Code*. The resolution of the dispute as to the basis of the power to carry out a search after an arrest is not dependent on the facts, since it concerns the exact scope of the legal rule.

At common law a police officer may carry out a "frisk" search of a person who has been lawfully arrested and the existence of reasonable and probable grounds is not a prerequisite to the existence of such a power. A "frisk" search incidental to a lawful arrest reconciles the public's interest in the effective and safe enforcement of the law and its interest in ensuring the freedom and dignity of individuals since it constitutes a minimal intrusion on individual rights which is necessary to ensure that criminal justice is properly administered.

The exercise of the power to search is not, however, unlimited. First, this power does not impose a duty. The police have some discretion and, if satisfied that the law can be effectively and safely applied, they may see fit not to conduct a search. They must also be in a position to assess the circumstances of each case so as to determine whether a search meets the underlying objectives forming the basis of the right to search. Second, as regards these objectives, the search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice — such as the discovery of an object that may be a threat to the safety of the police, the accused or the public, or that may facilitate escape or act as evidence against the accused — and the purpose of the search must not be unrelated to the objectives of the proper administration of justice. Third, the search must not be conducted in an abusive fashion, and in particular, the use of physical or psychological constraint should be proportionate to the objectives sought and the other circumstances of the situation. A search which does not meet these objectives could be characterized as unreasonable and unjustified at common law.

In this case, the frisk search of the respondent was justified. The evidence showed that the police carried out the search taking into account all the circumstances

maires a rejeté les dénonciations et le jugement a été confirmé par la Cour supérieure. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel de l'intimé et consigné un verdict de culpabilité. L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a pas été invoqué par les parties.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La détermination de la légalité de la fouille en l'espèce est une pure question de droit au sens de l'al. 771(1)a du *Code criminel*. La résolution de la controverse entourant le fondement du pouvoir d'effectuer une fouille après une arrestation n'est aucunement tributaire des faits car elle concerne la portée exacte de la règle de droit.

En vertu de la common law, un policier peut procéder à la fouille sommaire d'une personne légalement mise en état d'arrestation et la présence de motifs raisonnables et probables n'est pas un prérequis à l'existence de ce pouvoir. La fouille sommaire accessoire à une arrestation légale concilie l'intérêt public dans l'application efficace et sécuritaire de la loi et l'intérêt public d'assurer le respect de la liberté et de la dignité des individus, puisqu'elle constitue une atteinte minimale aux droits individuels qui est nécessaire pour assurer une saine administration de la justice criminelle.

L'exercice du pouvoir relatif à la fouille n'est toutefois pas sans limites. Premièrement, ce pouvoir n'impose pas un devoir. Les policiers jouissent d'une discrétion et ils peuvent, s'ils sont convaincus que l'application de la loi peut s'effectuer d'une façon efficace et sécuritaire, juger opportun de ne pas procéder à une fouille. Ils doivent aussi être en mesure d'apprécier les circonstances de chaque cas afin de déterminer si la fouille répond aux objectifs sous-jacents à l'existence de ce droit de fouille. Deuxièmement, quant à ces derniers, la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle — telle la découverte d'un objet pouvant menacer la sécurité des policiers, du prévenu ou du public, faciliter l'évasion ou constituer une preuve contre le prévenu — et son but ne doit pas être étranger aux fins d'une saine administration de la justice. Troisièmement, la fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive et, en particulier, l'usage de contrainte physique ou psychologique ne doit pas être hors de proportion avec les objectifs poursuivis et les autres circonstances de l'espèce. Une fouille qui ne répondrait pas à ces objectifs pourrait être tenue pour abusive et non justifiée en vertu de la common law.

En l'espèce, la fouille sommaire de l'intimé était justifiée. La preuve indique que les policiers ont procédé à la fouille en tenant compte de toutes les circonstances

and the desired objectives, that they searched the respondent in pursuit of a valid objective, i.e. police safety in making a lawful arrest, and that the search was conducted without excessive constraint. Therefore the Summary Convictions Court judge made no error in dismissing the informations for assault brought against the appellants.

Cases Cited

Applied: *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230; *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252; *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; **referred to:** *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518, 17 J.P. 52; *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *R. v. Barnett* (1829), 3 Car. & P. 600, 172 E.R. 563; *R. v. Jones* (1834), 6 Car. & P. 343, 172 E.R. 1269; *R. v. Kinsey* (1836), 7 Car. & P. 447, 173 E.R. 198; *R. v. O'Donnell* (1835), 7 Car. & P. 138, 173 E.R. 61; *Dillon v. O'Brien* (1887), 16 Cox C.C. 245; *R. v. Lushington*, [1894] 1 Q.B. 420; *Elias v. Pasmore*, [1934] 2 K.B. 164; *R. v. Naylor*, [1979] Crim. L.R. 532; *Lindley v. Rutter*, [1981] Q.B. 128; *Brazil v. Chief Constable of Surrey*, [1983] 3 All E.R. 537; *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Spalding v. Preston*, 21 Vt. 9 (1848); *Closson v. Morrison*, 47 N.H. 482 (1867); *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979); *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981); *Gottschalk v. Hutton* (1921), 66 D.L.R. 499; *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56; *Gordon v. Denison* (1895), 22 O.A.R. 315; *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179; *Welch v. Gilmour* (1955), 111 C.C.C. 221; *Laporte v. Laganière* (1972), 18 C.R.N.S. 357; *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Rousseau*, [1985] R.L. 108; *R. v. Lerke* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 1; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Debott*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194; *Eleko v. Officer Administering the Government of Nigeria*, [1931] A.C. 662; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 29, 245(b) [rep. & sub. 1972, c. 13, s. 21; am. 1974-75-76, c. 93, s. 22; 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 744, 771(1)(a).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, s. 32.

et des objectifs poursuivis, qu'ils ont fouillé l'intimé dans la poursuite d'un objectif valable, soit la sécurité des policiers lors d'une arrestation légale, et que la fouille a été effectuée sans contrainte abusive. Le juge de la Cour des poursuites sommaires n'a donc pas commis d'erreur en rejetant les dénonciations pour voies de fait portées contre les appellants.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230; *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252; *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; **arrêts mentionnés:** *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518, 17 J.P. 52; *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *R. v. Barnett* (1829), 3 Car. & P. 600, 172 E.R. 563; *R. v. Jones* (1834), 6 Car. & P. 343, 172 E.R. 1269; *R. v. Kinsey* (1836), 7 Car. & P. 447, 173 E.R. 198; *R. v. O'Donnell* (1835), 7 Car. & P. 138, 173 E.R. 61; *Dillon v. O'Brien* (1887), 16 Cox C.C. 245; *R. v. Lushington*, [1894] 1 Q.B. 420; *Elias v. Pasmore*, [1934] 2 K.B. 164; *R. v. Naylor*, [1979] Crim. L.R. 532; *Lindley v. Rutter*, [1981] Q.B. 128; *Brazil v. Chief Constable of Surrey*, [1983] 3 All E.R. 537; *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Spalding v. Preston*, 21 Vt. 9 (1848); *Closson v. Morrison*, 47 N.H. 482 (1867); *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979); *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981); *Gottschalk v. Hutton* (1921), 66 D.L.R. 499; *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56; *Gordon v. Denison* (1895), 22 O.A.R. 315; *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179; *Welch v. Gilmour* (1955), 111 C.C.C. 221; *Laporte v. Laganière* (1972), 18 C.R.N.S. 357; *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Rousseau*, [1985] R.L. 108; *R. v. Lerke* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 1; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Debott*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194; *Eleko v. Officer Administering the Government of Nigeria*, [1931] A.C. 662; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 25, 29, 245b) [abr. & rempl. 1972, ch. 13, art. 21; mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 22; 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], 744, 771(1)(a).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 32.

Authors Cited

- Archibald, Bruce P. "The Law of Arrest". In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada*. Toronto: Butterworths, 1982.
- Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. *On Criminal Procedure*. Translated by Josef Muskatel. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1982.
- Canada. Law Reform Commission. Report 32. *Our Criminal Procedure*. Ottawa: Law Reform Commission, 1988.
- Feldman, David. *The Law Relating to Entry, Search and Seizure*. London: Butterworths, 1986.
- Hampton, Celia. *Criminal Procedure*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure*, vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.
- Leigh, L. H. *Police Powers in England and Wales*. London: Butterworths, 1975.
- McCalla, Winston. *Search and Seizure in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1984.
- Paikin, Lee. "The Standard of "Reasonableness" in the Law of Search and Seizure". In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada*. Toronto: Butterworths, 1982.
- Robilliard, St John Anthony and Jenny McEwan. *Police Powers and the Individual*. Oxford: Basil Blackwell Ltd., 1986.
- Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure and Interrogation*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1986.
- Wharton's *Criminal Procedure*, vol. 1, 12th ed. By Charles E. Torcia. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Ltd., 1974.
- Whitebread, Charles H. *Criminal Procedure: An analysis of Constitutional Cases and Concepts*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1980.
- a** Archibald, Bruce P. «Le droit relatif à l'arrestation». Dans Vincent M. Del Buono, éd., *Procédure pénale au Canada*. Traduit par Ethel Groffier. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1983.
- b** Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. *Traité de procédure pénale*, t. 1. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1981.
- c** Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 32. *Notre procédure pénale*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1988.
- d** Feldman, David. *The Law Relating to Entry, Search and Seizure*. London: Butterworths, 1986.
- e** Hampton, Celia. *Criminal Procedure*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- f** LaFave, Wayne R. *Search and Seizure*, vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.
- g** Leigh, L. H. *Police Powers in England and Wales*. London: Butterworths, 1975.
- h** McCalla, Winston. *Search and Seizure in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 1984.
- i** Paikin, Lee. «La norme du «caractère raisonnable» dans le droit de la perquisition et de la saisie». Dans Vincent M. Del Buono, éd., *Procédure pénale au Canada*. Traduit par Ethel Groffier. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1983.
- Robilliard, St John Anthony and Jenny McEwan. *Police Powers and the Individual*. Oxford: Basil Blackwell Ltd., 1986.
- j** Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure and Interrogation*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1986.
- k** Wharton's *Criminal Procedure*, vol. 1, 12th ed. By Charles E. Torcia. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Ltd., 1974.
- l** Whitebread, Charles H. *Criminal Procedure: An analysis of Constitutional Cases and Concepts*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1980.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1479, 7 Q.A.C. 169, allowing an appeal by respondent from a judgment of the Superior Court¹, dismissing respondent's appeal from the acquittals of the appellants pronounced by a judge of the Court of Sessions of the Peace², on informations for common assault laid by respondent. Appeal allowed.

Doctrine citée

- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1479, 7 Q.A.C. 169, qui a accueilli l'appel de l'intimé à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure¹, qui avait rejeté l'appel de l'intimé à l'encontre des acquittements des appellants prononcés par un juge de la Cour des sessions de la paix², relativement à des dénonciations pour voies de fait simples déposées par l'intimé. Pourvoi accueilli..

¹ S.C. Mtl., no. 500-36-000221-849, December 7, 1984.

² S.P. Mtl., no. 12939-838 and 12940-836, May 22, 1984.

Richard Mongeau and Guy Lafrance, for the appellants.

Pierre Cloutier, for himself.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal raises squarely, for the first time in this Court the question of the existence and scope of the power of the police to search a person who has been lawfully arrested.

Facts

The facts out of which this issue arose are not in dispute and may be summarized as follows. The appellants Langlois and Bédard are constables employed by the police department of the Montreal Urban Community. The respondent Cloutier is a lawyer practising in that city. On November 3, 1983, early in the evening, the respondent made a right turn from the centre lane of St-Denis Street in Montréal. In so doing, the respondent's vehicle passed directly in front of a police vehicle parked at the street corner. The constables decided that the respondent's turn was in breach of a municipal by-law, stopped him and asked for his driver's licence and other documents for identification purposes. As conceded by the respondent in this Court, [TRANSLATION] "the tone became somewhat heated" during this exchange.

While constable Langlois was writing up a notice of violation, officer Bédard learned by radio contact with police headquarters that a warrant of committal had been issued against the respondent in the Municipal Court for unpaid traffic fines. The constables informed the respondent and asked him to accompany them to the police station. When they asked the respondent to get into the patrol car, the constables carried out a "frisk" search: the hands of the accused were placed on the hood of the car, his legs spread and the constables patted him down. The respondent was then taken to the police station.

Subsequent to these events the respondent, relying on the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C.

Richard Mongeau et Guy Lafrance, pour les appellants.

Pierre Cloutier, en personne.

a Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le présent pourvoi soulève pour la première fois devant notre Cour la question de l'existence et de l'étendue du pouvoir des policiers de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation.

Les faits

Les faits à l'origine du présent litige ne sont pas contestés et peuvent se résumer brièvement comme suit. Les appellants Langlois et Bédard sont des constables au service de la police de la Communauté urbaine de Montréal. L'intimé Cloutier exerce comme avocat dans la même ville. Le 3 novembre 1983, tôt dans la soirée, l'intimé effectue un virage à droite à partir de la voie du centre de la rue St-Denis à Montréal. Ce faisant, le véhicule de l'intimé passe juste devant le véhicule de police stationné au coin de la rue. Jugeant que la manœuvre de l'intimé constitue une infraction à un règlement municipal, les constables interceptent l'intimé et lui demandent de leur remettre son permis de conduire et d'autres documents pour fins d'identification. Tel que reconnu par l'intimé lors de sa plaidoirie devant nous, «le ton a monté un peu» durant ces événements.

Pendant que le constable Langlois rédige un avis de contravention à l'intention de l'intimé, l'agent Bédard apprend par communication radio de la centrale de police qu'un mandat d'emprisonnement pour contraventions impayées avait été émis en Cour municipale contre l'intimé. Les constables transmettent cette information à l'intimé et le prient de les accompagner dans leur voiture jusqu'au poste de police. Au moment d'inviter l'intimé à monter dans l'auto-patrouille, les constables procèdent à une fouille sommaire: les mains du prévenu posées sur le capot de la voiture et les jambes écartées, les constables palpent l'extérieur de ses vêtements. L'intimé est alors conduit au poste de police.

j Suite à ces événements, se prévalant des dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, sur

1970, c. C-34, dealing with summary convictions, filed an information against each of the police officers for common assault, contrary to s. 245(b) of the *Criminal Code*.

The primary allegation made by the respondent in his pleading was that the arrest was illegal, since the police officers had no power to arrest him unless they had actual possession of the arrest warrant issued by the Municipal Court. The respondent also argued incidentally that the police officers were not authorized to search him. He contended that the arrest and the search constituted assaults within the meaning of the *Criminal Code*. However, in the course of events, the respondent's incidental submission became his principal argument.

Decisions of Quebec Courts

Summary Convictions Court

Judge Choquette dismissed the informations laid against each of the two constables. First, he found that the arrest was lawful in light of ss. 25 and 29 of the *Criminal Code*, even though the police did not have in their possession at the time of the search the arrest warrant issued by the Municipal Court. The judge further concluded that the Canadian law on the subject granted to the police officers the power to search a lawfully arrested person. He added that in the case at bar the constables had reasonable grounds to conduct the search and the force used was neither excessive nor disproportionate. Though it is not clear from the reasons of Judge Choquette, it appears that he relied on the common law, not s. 25 of the *Criminal Code*, in concluding that a defence existed against the information for assault.

Superior Court

Barrette-Joncas J., who heard the appeal brought by the respondent, dismissed it on the ground that the trial judge had committed no manifest error.

Court of Appeal

The Court of Appeal, which granted leave to appeal [TRANSLATION] "on questions of law only", in a majority judgment (Kaufman and

les déclarations sommaires de culpabilité, l'intimé dépose lui-même contre chacun des policiers une dénonciation pour voies de fait simples, contrairement à l'al. 245b) du *Code criminel*.

^a Dans ses procédures, l'intimé allègue principalement que l'arrestation est illégale. Selon lui, les policiers n'avaient pas le pouvoir de le mettre en état d'arrestation sans avoir en mains propres le

^b mandat d'arrestation émis par la Cour municipale. L'intimé prétend également, mais de façon subsidiaire, que les policiers n'étaient pas autorisés à le fouiller. Il conclut que l'arrestation, la fouille, ou les deux ensemble, constituent des voies de fait au sens du *Code criminel*. En cours de route, toutefois, l'argument accessoire est devenu le principal moyen de l'intimé.

Décisions des tribunaux du Québec

Cour des poursuites sommaires

Le juge Choquette a rejeté les dénonciations portées contre chacun des deux constables. Il a d'abord conclu que l'arrestation était légale, eu égard aux art. 25 et 29 du *Code criminel*, même si les policiers n'avaient pas en leur possession le mandat d'arrestation émis par la Cour municipale. Le juge a en outre estimé que le pouvoir de fouiller

^c une personne légalement mise en état d'arrestation existait en droit canadien. Il a ajouté qu'en l'espèce, les constables avaient des motifs raisonnables pour effectuer la fouille et que la force utilisée lors de la fouille n'était ni excessive ni disproportionnée. Quoique cela ne ressorte pas clairement des motifs du juge Choquette, il semble qu'il se soit inspiré de la common law, et non de l'art. 25 du *Code criminel*, pour conclure à une défense contre la dénonciation pour voies de fait.

Cour supérieure

Saisie de l'appel interjeté par l'intimé, le juge Barrette-Joncas a rejeté l'appel, au motif que le ⁱ juge de première instance n'avait pas commis d'erreur manifeste.

Cour d'appel

^j La Cour d'appel, ayant accordé la permission d'en appeler «sur les questions de droit seulement», dans un jugement majoritaire (les juges Kaufman

McCarthy JJ.A.) allowed the appeal and entered a verdict of guilty on the informations laid against each of the police officers, Rothman J.A. dissenting: [1987] R.J.Q. 1479. However, the court ruled unanimously that the arrest was lawful and justified by s. 25 of the *Criminal Code*. It was divided on the question of whether the search was lawful, the majority concluding that in the circumstances the search was illegal and therefore constituted an assault. Kaufman J.A. was of the opinion that the police officers did not have the power to search the accused and that the search was a "technical assault" (p. 1481). McCarthy J.A. also expressed the view that s. 25 of the *Criminal Code* did not protect the constables against an information for assault in connection with the search (at pp. 1481-82):

[TRANSLATION] Although opinion is divided it seems to be generally accepted that there is no common law right to automatically search a person who has been arrested [Del Buono, *Criminal Procedure in Canada* (1982), at p. 157, note 136]. The right only exists if the circumstances make such a search necessary to preserve evidence or to prevent escape or the commission of another offence by the person arrested. It is clear in the case at bar that the respondents could not rely on any of these grounds as reasonable or probable. Cloutier was arrested only because he had failed to pay a fine imposed "for a traffic offence".

In my view, s. 25 Cr. C. did not protect the respondents. Though the force they used in searching Cloutier was minimal, they were guilty of assault.

Rothman J.A. was of a different opinion. In his view, the police officers were justified in conducting the search. He also appears to have concluded that the legality of the search is a defence at common law against an information for assault. He wrote (at pp. 1484-85):

The reasonableness of a search made as an incident to a lawful arrest is, of course, a function of all the circumstances that existed at the time of the arrest. Often enough, these decisions must be made in difficult circumstances and with little time for reflection. For this reason, while police officers have no automatic right to conduct a personal search on making an arrest, I believe

et McCarthy), a accueilli l'appel et consigné un verdict de culpabilité sur les dénonciations portées contre chacun des policiers, le juge Rothman étant dissident: [1987] R.J.Q. 1479. La Cour a cependant jugé unanimement que l'arrestation était légale et justifiée par l'art. 25 du *Code criminel*. Elle s'est divisée sur la question de la légalité de la fouille, la majorité concluant qu'en l'espèce, la fouille était illégale et constituait des voies de fait.

b Le juge Kaufman a conclu à cet égard que les policiers n'avaient pas le pouvoir de fouiller le prévenu et que la fouille constituait techniquement des voies de fait (p. 1481). Le juge McCarthy a lui aussi exprimé l'opinion que l'art. 25 du *Code criminel* ne protégeait pas les constables contre la dénonciation pour voies de fait en rapport avec la fouille (aux pp. 1481 et 1482):

Bien que les avis soient partagés, il semble être généralement admis qu'il n'existe pas de droit de *common law* de fouiller automatiquement une personne qui a été arrêtée [Del Buono, *Procédure pénale au Canada* (1983), à la p. 180, note 136]. Le droit n'existe que si les circonstances rendent telle fouille appropriée dans le but de conserver un élément de preuve, ou d'empêcher l'évasion ou une autre infraction de la part de la personne arrêtée. En l'occurrence, il est manifeste que les intimés ne pouvaient s'appuyer sur aucun de ces motifs comme raisonnable ou probable: Cloutier était arrêté uniquement parce qu'il avait négligé de payer une amende imposée «pour une infraction de la circulation».

g A mon avis, l'article 25 C. Cr. ne protégeait pas les intimés. Même si la force qu'ils ont employée en foulant Cloutier était minime, ils se sont rendus coupables d'assaut.

h Le juge Rothman a été d'un avis différent. Selon lui, les policiers étaient justifiés dans les circonstances de procéder à la fouille. Il semble aussi avoir conclu que la légalité de la fouille constitue une défense de *common law* opposable à une dénonciation pour voies de fait. Il écrit (aux pp. 1484 et 1485):

[TRADUCTION] Le caractère raisonnable d'une fouille effectuée dans le cadre d'une arrestation légale dépend évidemment de toutes les circonstances qui existaient à ce moment-là. Bien souvent, ces décisions doivent être prises dans des circonstances difficiles et avec peu de temps de réflexion. Pour cette raison, bien que les agents de police n'aient pas automatiquement le droit de fouil-

they must be accorded some latitude in deciding whether or not it would be prudent to search and, if so, the nature of the search that should be done.

In my respectful opinion, the personal search conducted by the police officers may have been unnecessary but, in the circumstances, it was not unreasonable.

The Court of Appeal accordingly appears to have unanimously held that at common law, in Canada, the power to search a person lawfully arrested is not incidental to the arrest but requires the existence of reasonable grounds, which in turn depends on the circumstances of the particular case, circumstances which the majority and the dissenting judge interpreted differently. This Court granted leave to appeal in order to determine the existence and scope of the police power of search at the time of a lawful arrest.

Arguments

Besides the legality of the search, the parties raised two other issues, namely the jurisdiction of the Court of Appeal and costs.

Appellants

As to the legality of the search, the appellants contend that if the power to search is not expressly conferred by specific legislation such power has its origin in common law. The appellants submit that, at the time of arrest, the police may make a [TRANSLATION] "related or incidental" search of the individual, for safety reasons, in order to transport the person arrested or to preserve evidence, provided of course that the search is not wrongful in the circumstances.

So far as jurisdiction is concerned, the appellants argue that the legality of the search is a mixed question of law and fact. They submit that the Court of Appeal had undertaken a reassessment of the facts, though leave to appeal was granted on questions of law only, in accordance with s. 771(1)(a) of the *Criminal Code*.

ler une personne lors d'une arrestation, je suis d'avis qu'ils doivent jouir d'une certaine latitude pour décider s'il est prudent d'effectuer la fouille et, dans l'affirmative, de la nature de la fouille qui doit être effectuée.

a À mon humble avis, il est possible que la fouille effectuée par les agents de police n'ait pas été nécessaire mais, dans les circonstances, elle n'était pas déraisonnable.

b La Cour d'appel semble donc unanime à conclure qu'au Canada, en vertu de la common law, le pouvoir de fouiller sommairement une personne légalement mise en état d'arrestation n'est pas accessoire à l'arrestation mais nécessite l'existence de motifs raisonnables qui dépendent des circonstances de l'espèce, circonstances que la majorité et le juge dissident ont appréciées différemment. Notre Cour a accordé la permission d'en appeler pour déterminer l'existence et l'étendue du pouvoir de fouille des policiers lors d'une arrestation légale.

Les arguments

c Outre la légalité de la fouille, les parties ont soulevé deux autres points, soit la compétence de la Cour d'appel et les dépens.

Les appelants

f En ce qui concerne la légalité de la fouille, les appelants soutiennent que si le pouvoir de fouiller n'est pas expressément conféré par une législation spécifique, il tire son origine de la common law. Selon eux, au moment de l'arrestation, les policiers peuvent procéder de façon «accessoire ou incidente» à la fouille de l'individu, en autant que cette fouille ne soit pas abusive compte tenu des circonstances de l'espèce, pour fins de sécurité lors de l'arrestation et du transport de la personne arrêtée, ainsi que de conservation des éléments de preuve.

i En ce qui concerne la compétence, les appelants prétendent que la légalité de la fouille est une question mixte de droit et de fait. Ils reprochent à la Cour d'appel de s'être livrée à une nouvelle appréciation des faits alors que la permission d'en appeler n'a été accordée que sur les questions de droit, conformément à l'al. 771(1)a) du *Code criminel*.

Respondent

The respondent, who represented himself throughout the proceedings, did not file a brief in this Court and confined his oral argument to the legality of the search. He contended that the power to search is not automatic but instead depends upon the existence of reasonable grounds, especially in cases where the arrest is made in connection with a penal rather than criminal offence. In his view, the search seriously compromised his human integrity and dignity. He added that the search, which occurred in public, in the neighbourhood where he lives and practices his profession, had an adverse effect on his professional reputation.

In the event that the appeal is allowed however, the respondent asked not to be ordered to pay costs. He stated that he brought the action [TRANSLATION] "for the sake of human justice and freedom, not through any desire for vengeance or in bad faith".

Neither of the parties pleaded s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Jurisdiction

I do not think that it is necessary to deal with this matter at any length. The respondent's principal argument was not that the search was wrongful in the circumstances, but rather that there was no legal basis for it. Precedent and scholarly opinion are not unanimous as to the basis of the power to search. According to one view, the power to carry out a search flows automatically from the arrest of an individual, while another view feels that the existence of reasonable grounds is a prerequisite. The resolution of this dispute is not dependent on the facts, since it concerns the exact scope of the legal rule, a rule essentially derived from a series of common law precedents. In this context, determining the legality of the search seems to me to be strictly a question of law within the meaning of s. 771(1)(a) of the *Criminal Code*. The appellants' argument therefore fails.

L'intimé

L'intimé, qui s'est représenté lui-même tout au long des procédures, n'a pas produit de mémoire devant nous et il a plaidé uniquement sur la légalité de la fouille. Il prétend à cette enseigne que le *a* pouvoir de fouiller n'est pas automatique mais dépend de l'existence de motifs raisonnables, particulièrement dans les cas où l'arrestation fait suite à une infraction pénale plutôt que criminelle. La fouille qu'il a subie constitue, à son avis, une grave *b* violation de son intégrité et de sa dignité humaine. Il ajoute que la fouille, qui a eu lieu en public dans le quartier où il habite et exerce son métier, a eu un effet fort préjudiciable sur sa réputation *c* professionnelle.

Si l'appel était toutefois accueilli, l'intimé demande de ne pas être condamné aux dépens. Il allègue qu'il a entamé les procédures «pour la *d* cause de la justice et de la liberté humaine et non pas par souci de vengeance ou de mauvaise foi».

Ni l'une ni l'autre des parties n'invoque l'art. 8 *e* de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La compétence

f Je ne crois pas qu'il faille s'attarder longuement sur cet aspect du litige. L'argument principal de l'intimé n'est pas que la fouille était abusive dans les circonstances, mais plutôt qu'elle était sans fondement légal. La jurisprudence et la doctrine ne *g* sont pas unanimes quant au fondement du pouvoir de fouille. Selon une certaine interprétation, ce pouvoir d'effectuer une fouille procède automatiquement de la mise en état d'arrestation d'une personne, et selon une autre, l'existence de motifs *h* raisonnables en constitue une condition préliminaire. La résolution de cette controverse n'est aucunement tributaire des faits car elle concerne la portée exacte de la règle de droit, règle qui se dégage pour l'essentiel d'une série de précédents de common law. Dans ce contexte, la détermination de la légalité de la fouille dans le présent appel *i* m'apparaît être une pure question de droit au sens de l'al. 771(1)a du *Code criminel*. Ce moyen des *j* appétants doit donc être écarté.

Legality of Search

In the absence of any specific Canadian legislation, it is necessary to review the origin and evolution of the common law rule. It will also be instructive in my view to see how the rule, originally developed by the English courts, has been treated in the U.S., whose law is also derived from the common law and whose criminal procedure is, in many areas, similar to that applicable in Canada.

British Precedent and Academic Opinion

The first common law cases dealing with the right to "frisk" search a lawfully arrested person date from the last century, though it appears that the practice has a much longer history. In *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518, 17 J.P. 52 (Q.B.), an arrest warrant was issued against the defendant requiring him to explain to the court the reason for his failure to pay a fine which a court had ordered him to pay. Upon arresting the defendant under this warrant, the constable conducted a search. The court in analyzing the power to search observed (1 El. & Bl., at p. 492):

He was apprehended by the police force for the city of London, and, upon being put into custody, was searched; which, it was stated, was the invariable practice of the city police. Lord Campbell C.J., upon the motion for the rule mentioned in the text, very strongly reprobated the application of the practice to such a case.

Lord Campbell C.J. was not so much concerned with the existence of the power as he was with the decision of the police to search the accused on the facts of the case, and in this regard stated (17 J.P., at p. 52):

... I wish to take this opportunity of correcting a misapprehension as to what is my opinion with respect to the practice of searching persons who are charged with offences. At the conclusion of the trial of this case, I expressed my disapprobation of the manner in which the plaintiff had been searched when taken to the station house. I repeat the disapprobation which I then expressed, for there is no right in a case of this kind to inflict the indignity to which the plaintiff had been subjected. But I have been informed that an erroneous

La légalité de la fouille

En l'absence de législation spécifique en droit canadien, j'estime nécessaire de retracer l'origine de la règle en common law et son évolution jusqu'à nos jours. Il sera aussi instructif, à mon avis, de voir comment la règle, issue originellement des tribunaux d'Angleterre, a été reçue aux États-Unis, dont le droit est aussi tributaire de la common law et dont la procédure criminelle dans bien des domaines s'apparente à celle qui prévaut au Canada.

Jurisprudence et doctrine britanniques

Les premiers arrêts de common law qui s'intéressent au droit de fouiller sommairement une personne légalement arrêtée datent du siècle dernier, bien qu'il semble que la pratique ait eu cours depuis plus longtemps encore. Dans *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518, 17 J.P. 52 (Q.B.), un mandat d'arrêt avait été émis contre le défendeur pour qu'il vienne expliquer à la cour les motifs de son défaut de payer une amende qu'un tribunal l'avait condamné à payer. Lorsqu'il mit le défendeur en état d'arrestation en vertu du mandat, le constable procéda à une fouille ce qui a donné lieu à certaines remarques du tribunal (1 El. & Bl., à la p. 492):

[TRADUCTION] Il a été arrêté par la police de la ville de Londres et a été fouillé après avoir été mis en état d'arrestation; ce qui, a-t-on souligné, était la pratique courante de la police municipale. Le lord juge en chef Campbell a, à l'égard de la requête portant sur la règle mentionnée dans le texte, réprouvé avec force l'application de la pratique dans un tel cas.

Ce n'est pas tant l'existence du pouvoir que mettait en doute le lord juge en chef Campbell, mais uniquement la décision du policier de fouiller le prévenu dans les circonstances de l'espèce, comme il l'explique d'ailleurs lui-même (17 J.P., à la p. 52):

[TRADUCTION] ... je tiens à profiter de cette occasion pour corriger une mauvaise interprétation de mon opinion en ce qui a trait à la pratique de la fouille des inculpés. À la fin de l'audience en l'espèce, j'ai exprimé ma désapprobation à l'égard de la manière dont le demandeur a été fouillé lorsqu'il a été amené au poste de police. Je tiens à répéter la désapprobation que j'ai alors exprimée, car il n'est pas justifié dans une affaire de ce genre de porter une telle atteinte à la dignité du demandeur. Toutefois, j'ai été informé qu'une impression erro-

impression of what I said has gone abroad. It was supposed that I had said that there was no right in any one to search a prisoner at any time. I have not said so. It is often the duty of an officer to search a prisoner. If for instance, a man is taken in [for] the commission of a felony, he may be searched to see whether the stolen articles are in his possession, or whether he has any instruments of violence about him, and, in like manner, if he be taken on a charge of arson, he may be searched to see whether he has any fire-boxes or matches about his person . . . It may be highly satisfactory, and indeed necessary that the prisoner should be searched. I have never said that searching a prisoner was always a forbidden act. What I said applied to circumstances such as existed in this case. [Emphasis added.]

Leigh v. Cole (1853), 6 Cox C.C. 329, concerned a civil action for unjustified arrest and assault brought against a police officer following the arrest of the plaintiff. The police officer arrested the plaintiff for disturbing the peace and then searched him and seized a tobacco-box and a piece of paper that were on his person. The court decided that the arrest was justified. In his charge to the jury Williams J. made the following comments on the search (at p. 332):

With respect to searching a prisoner, there is no doubt that a man when in custody may so conduct himself, by reason of violence of language or conduct, that a police officer may reasonably think it prudent and right to search him, in order to ascertain whether he has any weapon with which he might do mischief to the person or commit a breach of the peace; but at the same time it is quite wrong to suppose that any general rule can be applied to such a case. Even when a man is confined for being drunk and disorderly, it is not correct to say that he must submit to the degradation of being searched, as the searching of such a person must depend upon all the circumstances of the case. [Emphasis added.]

In Williams J.'s mind, the power to search a lawfully arrested person does not flow automatically from the fact of the arrest.

In another series of cases, it was held that police officers are authorized to seize from a lawfully arrested person evidence that can be used against that person. These cases are relevant in as much as the power to seize imports that of search.

née s'était dégagée de ce que j'avais dit. On a pensé que j'avais dit que personne, à aucun moment, n'avait le droit de fouiller un détenu. Ce n'est pas ce que j'ai dit. Un policier est souvent obligé de fouiller un détenu. Si par exemple, une personne est arrêtée parce qu'elle a commis une infraction majeure, on peut la fouiller pour voir si elle est en possession des objets volés ou si elle porte des instruments qui ont servi à la perpétration du crime; de même si elle est arrêtée sous une accusation de crime d'incendie, on peut la fouiller pour voir si elle porte un briquet ou des allumettes . . . Il peut être très souhaitable voire nécessaire que le détenu soit fouillé. Je n'ai jamais dit que la fouille d'un détenu était toujours un acte interdit. Ce que j'ai dit s'appliquait aux circonstances de l'espèce. [Je souligne.]

Dans *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, il s'agissait d'une action civile pour arrestation injustifiée et voies de fait intentées contre un policier suite à l'arrestation du demandeur. Le policier, ayant arrêté ce dernier pour avoir troublé la paix publique, a ensuite procédé à une fouille et a saisi une boîte de tabac et un morceau de papier qui se trouvaient sur lui. La cour a décidé que l'arrestation était justifiée. En ce qui concerne la fouille, dans son exposé au jury, le juge Williams a fait les commentaires suivants (à la p. 332):

[TRADUCTION] Quant au droit de fouiller un prisonnier, il arrivera sans doute qu'un détenu se conduise de façon telle, par son langage ou son comportement violent, qu'un agent de police pense raisonnablement qu'il est utile et juste de le fouiller afin de s'assurer qu'il ne porte pas d'arme avec laquelle il pourrait blesser une personne ou perturber l'ordre public; toutefois, il est tout à fait erroné de supposer qu'une règle générale peut s'appliquer à un tel cas. Même lorsqu'une personne est arrêtée parce qu'elle est en état d'ébriété et se conduit mal, il n'est pas juste de dire qu'elle doive se soumettre à la déchéance d'être fouillée, étant donné que la fouille d'une telle personne doit dépendre de toutes les circonstances de l'espèce. [Je souligne.]

Dans l'esprit du juge Williams, le pouvoir de fouiller la personne légalement arrêtée ne semble pas être automatique.

Dans une autre série d'arrêts, on a jugé que les policiers sont autorisés à saisir sur une personne légalement mise en état d'arrestation les objets pouvant servir de preuve contre elle. Ces arrêts sont pertinents dans la mesure où le pouvoir de saisir emporte celui de fouiller.

R. v. Barnett (1829), 3 Car. & P. 600, 172 E.R. 563; *R. v. Jones* (1834), 6 Car. & P. 343, 172 E.R. 1269; *R. v. Kinsey* (1836), 7 Car. & P. 447, 173 E.R. 198, and *R. v. O'Donnell* (1835), 7 Car. & P. 138, 173 E.R. 61, hold that police officers have no right to seize property from the arrested person unless it is connected with the charge against him. These cases implicitly recognize a right to seize property which may be used as evidence. This right was expressly acknowledged in the Irish case *Dillon v. O'Brien* (1887), 16 Cox C.C. 245 (Exch.), a civil action for unjustified arrest and seizure, trespass and assault (at p. 249):

I, therefore, think that it is clear, and beyond doubt, that, at least in cases of treason and felony, constables (and probably also private persons) are entitled, upon a lawful arrest by them of one charged with treason or felony, to take and detain property found in his possession which will form material evidence in his prosecution for that crime . . . [Emphasis added.]

In that case, the plaintiff was apprehended under an arrest warrant issued in connection with the commission of an offence punishable on summary conviction. Palles C.B., speaking for the court, dismissed the civil action and observed that the common law authorized the seizure of evidence in such a case. The judgment is silent however as to the requirement of grounds in order to seize the plaintiff's money and documents. It does not appear, at least at this stage in the evolution of the common law, that reasonable grounds had to exist. Rather, the opposite would appear from *Dillon v. O'Brien*.

The power of seizure was later affirmed by the British courts in *R. v. Lushington*, [1894] 1 Q.B. 420, at p. 423:

In this country I take it that it is undoubted law that it is within the power of, and is the duty of, constables to retain for use in Court things which may be evidences of crime, and which have come into the possession of the constables without wrong on their part.

Selon les arrêts *R. v. Barnett* (1829), 3 Car. & P. 600, 172 E.R. 563, *R. v. Jones* (1834), 6 Car. & P. 343, 172 E.R. 1269, *R. v. Kinsey* (1836), 7 Car. & P. 447, 173 E.R. 198, et *R. v. O'Donnell* (1835),

- a 7 Car. & P. 138, 173 E.R. 61, les policiers n'ont pas le droit de saisir des objets sur la personne arrêtée à moins que ceux-ci ne soient reliés à l'accusation contre cette personne. Ces arrêts reconnaissent implicitement le droit de saisir des objets pouvant servir de preuve, ce qui sera reconnu expressément dans l'affaire irlandaise *Dillon v. O'Brien* (1887), 16 Cox C.C. 245 (Exch.), une action civile pour arrestation et saisie injustifiées, *trespass* et assaut (à la p. 249):

[TRADUCTION] Par conséquent, je suis d'avis qu'il est évident et hors de tout doute que, du moins dans les cas de trahison et d'infraction majeure, les agents (et probablement aussi d'autres personnes) ont le droit, lorsqu'ils procèdent à l'arrestation légale d'une personne accusée de trahison ou d'une infraction majeure, de prendre et de garder des biens trouvés en sa possession qui constituerait des éléments de preuve importante dans la poursuite de celle-ci à l'égard de ce crime . . . [Je souligne.]

Dans cette affaire, le demandeur avait été arrêté en vertu d'un mandat d'arrestation émis en rapport avec la commission d'une infraction punissable par voie de procédure sommaire. Le baron en chef Palles, qui a rejeté l'action civile au nom de la cour, a déclaré que la common law autorisait la saisie d'éléments de preuve dans un tel cas. L'arrêt est silencieux quant à la nécessité de motifs pour procéder à la saisie des pièces de monnaies et des documents du demandeur. Il ne semble pas, du moins à cette étape de l'évolution de la common law, qu'il doive exister des motifs raisonnables.

- b C'est plutôt le contraire qui ressort de l'arrêt *Dillon v. O'Brien*.

Le pouvoir de saisie a par la suite été confirmé par les tribunaux britanniques, dans *R. v. Lushington*, [1894] 1 Q.B. 420, à la p. 423:

[TRADUCTION] Je considère que, dans ce pays, il est incontestable que les agents de police ont le pouvoir, et même l'obligation, de garder les objets qui peuvent, en cours, constituer la preuve d'une infraction et qui sont tombés en possession des agents de police sans que ces derniers aient commis de faute.

In *Elias v. Pasmore*, [1934] 2 K.B. 164, constables who entered premises to arrest a suspect seized documents belonging to other persons. Although it was held that the scope of the right did not justify the particular seizure in this case, the power of search was upheld (at p. 169):

As to the right to search on arrest. This right seems to be clearly established by the footnote to *Bessell v. Wilson* in the report in the *Law Times*, where Lord Campbell clearly lays down that this right exists, but this right does not seem to me to authorize what was done in this case, namely, to seize and take away large quantities of documents and other property found on premises occupied by persons other than the person of whom the arrest was made.

In two recent cases the British courts again ruled on the power of police officers to seize property in the possession of a person lawfully in custody in circumstances where that property is likely to threaten the safety of either the prisoner or the police officers. In *R. v. Naylor*, [1979] Crim. L.R. 532, the court held that the seizure of a necklace and other jewellery owned by a woman charged with obstructing justice was unjustified, and in *Lindley v. Rutter*, [1981] Q.B. 128, the seizure of the brassiere of a woman charged with disturbing the peace was also found to be illegal. Though the seizures in these judgments were found to be illegal, the power of search itself was not disputed. It was held that the interference with individual rights was disproportionate to the importance of the objective sought. These cases are exceptions that prove the rule. They confirmed and set limits on the power to search and seize in the context of a lawful arrest. In *Lindley*, Donaldson L.J. said the following on the power to search a lawfully arrested person (at pp. 134-35):

It is the duty of the courts to be ever zealous to protect the personal freedom, privacy and dignity of all who live in these islands. Any claim to be entitled to take action which infringes these rights is to be examined with great care. But such rights are not absolute. They have to be weighed against the rights and duties of police officers, acting on behalf of society as a whole. It is the duty of any constable who lawfully has a prisoner in his charge to take all reasonable measures to ensure

Dans *Elias v. Pasmore*, [1934] 2 K.B. 164, des constables, entrés dans un local pour effectuer l'arrestation d'un suspect, ont saisi des documents appartenant à d'autres personnes. Le pouvoir de fouille a été confirmé, même si la portée du droit ne justifiait pas la saisie de ces documents (à la p. 169):

[TRADUCTION] En ce qui a trait au droit d'effectuer une fouille lors d'une arrestation. Ce droit semble être clairement établi par la note en bas de page de l'arrêt *Bessell v. Wilson* dans le *Law Times*, où lord Campbell exprime clairement l'existence de ce droit, toutefois, ce droit ne me semble pas autoriser ce qui a été fait en l'espèce, savoir, de saisir et de prendre de grandes quantités de documents et d'autres objets trouvés dans les locaux occupés par des personnes autres que la personne qui a été arrêtée.

Dans deux arrêts récents, les tribunaux britanniques se sont à nouveau prononcés sur le pouvoir des policiers de saisir des objets sur une personne légalement détenue au poste de police si ces objets sont susceptibles de menacer la sécurité du prisonnier ou des policiers. Dans *R. v. Naylor*, [1979] Crim. L.R. 532, on a déclaré que la saisie d'un collier et d'autres bijoux appartenant à la femme accusée d'obstruction à la justice était injustifiée, et dans *Lindley v. Rutter*, [1981] Q.B. 128, la saisie du soutien-gorge d'une femme accusée de troubler la paix publique a été pareillement déclarée illégale. Même si dans ces décisions les saisies ont été déclarées illégales, le pouvoir de fouille n'a pas été mis en doute, mais on a jugé que la validité de l'objectif poursuivi était hors de proportion avec l'atteinte aux droits individuels. Ces arrêts confirment la règle par l'exception tout en fixant les limites du pouvoir de fouille et de saisie des personnes légalement arrêtées. Dans *Lindley*, le lord juge Donaldson se prononce comme suit sur le droit de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation (aux pp. 134 et 135):

[TRADUCTION] Les tribunaux sont toujours tenus d'être diligents pour protéger la liberté, la vie privée et la dignité de toutes les personnes qui vivent dans ces îles. Toute prétention au droit d'accomplir des actes qui portent atteinte à ces droits doit être examinée avec beaucoup de soin. Toutefois, ces droits ne sont pas absolus. Ils doivent être évalués par rapport aux droits et aux obligations des agents de police agissant pour le compte de la société dans son ensemble. L'agent qui

that the prisoner does not escape or assist others to do so, does not injure himself or others, does not destroy or dispose of evidence and does not commit further crime such as, for example, malicious damage to property. This list is not exhaustive, but it is sufficient for present purposes. What measures are reasonable in the discharge of this duty will depend upon the likelihood that the particular prisoner will do any of these things unless prevented. That in turn will involve the constable in considering the known or apparent disposition and sobriety of the prisoner. What can never be justified is the adoption of any particular measures without regard to all the circumstances of the particular case.

This is not to say there can be no standing instructions. Although there may always be special features in any individual case, the circumstances in which people are taken into custody are capable of being categorised and experience may show that certain measures, including searches, are *prima facie* reasonable and necessary in a particular category of case. The fruits of this experience may be passed on to officers in the form of standing instructions. But the officer having custody of the prisoner must always consider, and be allowed and encouraged to consider, whether the special circumstances of the particular case justify or demand a departure from the standard procedure either by omitting what would otherwise be done or by taking additional measures. So far as searches are concerned, he should appreciate that they involve an affront to the dignity and privacy of the individual. Furthermore, there are degrees of affront involved in such a search. Clearly going through someone's pockets or handbag is less an affront than a body search. In every case a police officer ordering a search or depriving a prisoner of property should have a very good reason for doing so. [Emphasis added.]

This case was recently affirmed: *Brazil v. Chief Constable of Surrey*, [1983] 3 All E.R. 537 (Q.B.)

Under the common law as it has evolved in England, the existence of reasonable grounds does not appear to be a prerequisite to searching a lawfully arrested person. In *Lindley, supra*, the court could simply have found that the police officers lacked reasonable grounds, but instead, it

garde légalement une personne est tenu de prendre toutes les mesures raisonnables pour veiller à ce que le détenu ne s'évade pas ou n'aide pas d'autres personnes à le faire, ne se blesse lui-même ni ne blesse d'autres personnes, ne détruisse ou ne fasse disparaître des éléments de preuve et ne commette pas d'autres crimes comme, par exemple, causer des dommages à des biens avec l'intention de nuire. Cette liste n'est pas exhaustive, mais elle est suffisante pour les fins de l'espèce. Pour déterminer si une mesure est raisonnable pour respecter cette obligation il faudra tenir compte de la possibilité que le détenu accomplisse l'un de ces actes à moins qu'on ne l'empêche. En outre, cela obligera l'agent à tenir compte de l'état connu ou apparent du détenu et de sa sobriété. L'adoption de mesures particulières sans tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce ne peut jamais être justifiée.

Cela ne veut pas dire qu'il ne doit pas y avoir de directives permanentes. Bien qu'il puisse toujours y avoir des caractéristiques spéciales dans un cas particulier, les circonstances dans lesquelles les personnes sont arrêtées peuvent être classées en catégories et l'expérience peut démontrer que certaines mesures, y compris les fouilles, sont à première vue raisonnables et nécessaires dans une catégorie particulière d'affaires. Cette expérience peut être transmise à des agents sous forme de directives permanentes. Toutefois, l'agent qui a la garde d'un détenu doit toujours vérifier, et être autorisé et encouragé à vérifier, si les circonstances spécifiques de l'espèce justifient ou exigent un écart par rapport à la procédure normale soit, en omettant ce qui serait normalement fait, soit en prenant des mesures additionnelles. En ce qui a trait aux fouilles, il devrait examiner si elles comportent une atteinte à la dignité et à la vie privée de la personne. En outre, une telle fouille comporte certains degrés d'atteinte. De toute évidence, la fouille des poches ou du sac à main d'une personne est une moins grande atteinte qu'une fouille corporelle. Dans tous les cas, un agent de police qui ordonne une fouille ou qui prive un détenu d'un bien devrait avoir une très bonne raison pour le faire. [Je souligne.]

Cet arrêt a récemment été confirmé: *Brazil v. Chief Constable of Surrey*, [1983] 3 All E.R. 537 (Q.B.)

En vertu de la common law telle qu'elle a évolué en Angleterre, l'existence de motifs raisonnables de procéder à une fouille ou à une saisie ne semble pas être une condition préalable à la fouille de la personne légalement mise en état d'arrestation. Dans *Lindley*, précité, même si la cour pouvait se

left the door open to a wider "justification" for searches (at p. 135):

... a search would have been justified if, bearing in mind the defendant's condition, including her reaction to being in custody, W.P.C. Fry or the station officer had had any reason for thinking that the defendant might have some object on her with which she might accidentally or intentionally injure herself or others.

The forcible removal of her brassiere was understandably regarded by the defendant as peculiarly offensive. Such conduct would require considerable justification [T]here would have had to have been some evidence that young female drunks in general were liable to injure themselves with their brassieres or that the defendant had shown a peculiar disposition to do so. It would obviously be a justification if the defendant had by words or conduct threatened to do so. But that is not this case. [Emphasis added.]

The "some evidence" standard applied by Donaldson L.J. is a considerably different threshold than that of "reasonable grounds". This is significant in view of the seriousness of the invasion of human dignity which occurred in *Lindley*, as compared to the "frisk" search which occurred in the case before us.

This line of authority has been the subject of considerable scholarly comment. To a large degree it appears to be recognized that the common law authorizes the incidental search of a lawfully arrested person. Opinions differ mainly as to the extent of this power. L. H. Leigh, *Police Powers in England and Wales* (1975), at p. 50, writes:

A constable has a common law power to search a person on arrest and to take into custody articles in possession of the prisoner which the constable believes to be connected with the offence charged, or which may be used in evidence against him, or which may give a clue to the commission of the crime or the identification of the criminal, or any weapon or implement which might enable the prisoner to commit an act of violence or effect his escape.

limiter à reprocher aux policiers l'absence de motifs raisonnables, qui n'existaient pas en l'espèce, elle a laissé la porte ouverte à une «justification» beaucoup plus large pour la fouille (à la p. 135):

[TRADUCTION] ... une fouille aurait été justifiée si, compte tenu de l'état de la défenderesse, y compris sa réaction au fait d'être détenue, W.P.C. Fry ou l'agent du poste avait une raison quelconque de croire que la défenderesse aurait pu porter un objet avec lequel elle aurait pu accidentellement ou intentionnellement se blesser ou blesser d'autres personnes.

La défenderesse pouvait à juste titre considérer que le fait de lui avoir enlevé son soutien-gorge par la force était particulièrement choquant. Une telle conduite devrait faire l'objet d'une justification solide. [...] [I]l aurait dû y avoir certaines éléments de preuve selon lesquels les jeunes femmes en état d'ébriété sont généralement portées à se blesser avec leur soutien-gorge ou que la défenderesse avait démontré une disposition particulière à cet égard. L'acte aurait de toute évidence été justifié si la défenderesse avait verbalement ou par sa conduite menacé de le faire. Mais ce n'est pas le cas. [Je souligne.]

Ce critère retenu par le lord juge Donaldson (le critère d'une «certaine preuve») se démarque considérablement du critère du «motif raisonnable», ce qui est significatif, vu la gravité de l'atteinte à la dignité humaine qui, dans *Lindley*, était sensiblement plus important que dans le cas d'une fouille sommaire.

Cette jurisprudence a fait l'objet de nombreux commentaires en doctrine. Dans une très large mesure, on semble reconnaître que la common law autorise de façon accessoire la fouille d'une personne légalement mise en état d'arrestation. Les différences d'opinions portent principalement sur l'étendue de ce pouvoir. L. H. Leigh, *Police Powers in England and Wales* (1975), à la p. 50, écrit:

[TRADUCTION] En vertu de la common law, un agent a le pouvoir de fouiller une personne lors de son arrestation et de garder les objets en possession du détenu que l'agent croit liés à l'infraction reprochée ou qui peuvent être utilisés à titre d'éléments de preuve contre elle ou qui peuvent fournir un indice sur la perpétration du crime ou l'identification du criminel, ou toute arme ou objet qui pourrait lui permettre de commettre un acte violent ou de s'enfuir.

C. Hampton, *Criminal Procedure* (3rd ed. 1982), at p. 41, essentially shares this view:

The police have further powers at common law. Firstly, they may search a person who has been lawfully arrested and they may take and keep any property found in his possession which may form material evidence of the offence for which he is arrested or of any other serious offence which they reasonably believe he has committed.

St John A. Robilliard and J. McEwan, *Police Powers and the Individual* (1986), at pp. 133-34, for their part, expressed the view that:

At common law it has long been recognised that the arrest of a suspect may justify searching him and his immediate vicinity, although originally a search had to be justifiable according to the overall circumstances; viz., the search of an arsonist for matches was justified, as was the search of a person arrested for acting in a disorderly way in order to ascertain whether he had on him a weapon which could be used to harm himself or another. However, as the twentieth century progressed this has become seen as a general right to search on arrest. [Emphasis added.]

See also the discussion by D. Feldman, *The Law Relating to Entry, Search and Seizure* (1986), at pp. 227-48.

The scope of the common law rule has lost much of its importance in England since the adoption of the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60. In particular, s. 32 authorizes the search of a lawfully arrested person if "the constable has reasonable grounds for believing that the arrested person may present a danger to himself or others" (s. 32(1)) or reasonable grounds for believing that the person has anything on him which he might use to escape or which might be evidence (s. 32(1) and (5)).

U.S. Case Law and Scholarly Opinion

The appellants based their argument in part on the U.S. rule, which reached its zenith in *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973), and *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973). In the United States the power to search is recognized as

C. Hampton, *Criminal Procedure* (3^e éd. 1982), à la p. 41, partage en substance cette opinion:

[TRADUCTION] La common law confère d'autres pouvoirs à la police. Premièrement, les policiers peuvent fouiller une personne qui a légalement été arrêtée et peuvent prendre et conserver tous les objets trouvés en sa possession qui sont susceptibles d'offrir une preuve de l'infraction pour laquelle elle est arrêtée ou de toute autre infraction grave qu'ils croient raisonnablement qu'elle a commise.

Pour leur part, St John A. Robilliard et J. McEwan, *Police Powers and the Individual* (1986), aux pp. 133 et 134, expriment l'avis que:

[TRADUCTION] La common law a depuis longtemps reconnu que l'arrestation d'un suspect peut justifier qu'il soit fouillé ainsi que les environs immédiats, bien que, initialement, une fouille ait dû être justifiable selon les circonstances générales; par exemple, la fouille d'un incendiaire pour trouver des allumettes était justifiée ainsi que la fouille d'une personne arrêtée pour avoir troublé l'ordre public pour vérifier si elle portait une arme susceptible d'être utilisée pour se blesser ou blesser d'autres personnes. Toutefois, au cours du vingtième siècle cette justification a été considérée comme un *droit général* d'effectuer une fouille lors d'une arrestation. [Je souligne.]

Voir aussi la discussion de D. Feldman, *The Law Relating to Entry, Search and Seizure* (1986), aux pp. 227 à 248.

La portée de la règle de common law a perdu beaucoup de son importance en Angleterre depuis l'adoption de la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60. En particulier, l'art. 32 autorise la fouille d'une personne légalement mise en état d'arrestation si [TRADUCTION] «le constable a des motifs raisonnables de croire que la personne arrêtée présente un danger pour elle-même ou pour les autres» (par. 32(1)) ou des motifs raisonnables de croire que la personne a sur elle des objets pouvant l'aider à s'échapper ou pouvant servir de preuve (par. 32(2) et (5)).

Jurisprudence et doctrine américaines

Les appellants fondent leur argumentation en partie sur la règle américaine, dont l'évolution a connu son apogée dans *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973), et *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973). Aux États-Unis, la fouille accès-

being incidental to arrest and the police are not required to have reasonable grounds for searching a lawfully arrested person.

In *Robinson*, the police arrested the accused for driving without a licence, searched his clothing and found a quantity of heroin on him. A majority of the judges of the Supreme Court held that this search did not contravene the Fourth Amendment to the Constitution. The court had to decide whether the police had the power to conduct such a search. The court exhaustively reviewed the U.S. precedents and concluded that since the decision in *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), it has been recognized that the search of a lawfully arrested person is incident to arrest. Two older cases, *Spalding v. Preston*, 21 Vt. 9 (1848), and *Closson v. Morrison*, 47 N.H. 482 (1867), in the view of the majority, illustrated that this power of search was well rooted in the U.S. legal tradition. In *Robinson* the majority left no doubt as to their view that a search is incident to arrest and does not have to be justified each time a police officer makes an arrest (at p. 235):

The authority to search the person incident to a lawful custodial arrest, while based upon the need to disarm and to discover evidence, does not depend on what a court may later decide was the probability in a particular arrest situation that weapons or evidence would in fact be found upon the person of the suspect. A custodial arrest of a suspect based on probable cause is a reasonable intrusion under the Fourth Amendment; that intrusion being lawful, a search incident to the arrest requires no additional justification. It is the fact of the lawful arrest which establishes the authority to search, and we hold that in the case of a lawful custodial arrest a full search of the person is not only an exception to the warrant requirement under the Fourth Amendment, but is also a "reasonable" search under that Amendment. [Emphasis added.]

Similarly, in *Gustafson* the majority clearly established that it was not necessary for the police

soire à l'arrestation est bien reconnue et les policiers ne sont pas requis d'avoir des motifs raisonnables pour procéder à la fouille de la personne légalement mise en état d'arrestation.

^a Dans *Robinson*, suite à une arrestation légale pour conduite d'une automobile sans permis, les policiers ont fouillé les vêtements du prévenu et y ont trouvé une certaine quantité d'héroïne. Une majorité des juges de la Cour suprême a décidé que cette fouille ne contreviendrait pas au Quatrième amendement de la Constitution. Dans leur analyse, les juges ont eu à se prononcer sur la question de savoir si les policiers avaient le pouvoir de procéder à une telle fouille. Ils ont revu de façon exhaustive la jurisprudence américaine pour conclure que depuis *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), la Cour suprême reconnaît la fouille de la personne légalement arrêtée comme un accessoire de l'arrestation. Deux anciens arrêts, *Spalding v. Preston*, 21 Vt. 9 (1848), et *Closson v. Morrison*, 47 N.H. 482 (1867), illustrent, selon la majorité, que ce pouvoir de fouille est bien ancré dans la tradition juridique américaine. Dans *Robinson*, les juges de la majorité ne laissent aucun doute quant à leur opinion que la fouille est un accessoire de l'arrestation et n'a pas à être justifiée chaque fois qu'un policier procède à une arrestation (à la p. 235):

^b [TRADUCTION] Le pouvoir de fouiller une personne accessoirement à une arrestation légitime, bien que fondé sur le besoin de chercher des armes et des éléments de preuve, ne dépend pas de la décision subséquente d'un tribunal relativement à la probabilité que lors d'une arrestation en particulier, des armes ou des éléments de preuve puissent en fait être trouvés sur la personne du suspect. L'arrestation d'un suspect fondée sur des motifs probables constitue une atteinte raisonnable selon le Quatrième amendement; cette intrusion étant légitime, une fouille accessoire à l'arrestation n'exige aucune justification supplémentaire. Le pouvoir de fouiller est fondé sur l'arrestation légitime et nous sommes d'avis que, dans le cas d'une arrestation légitime, la fouille complète d'une personne ne constitue pas seulement une exception à l'exigence relative au mandat aux termes du Quatrième amendement, mais constitue également une fouille «raisonnable» aux termes de cet amendement. [Je souligne.]

^c De même, dans *Gustafson*, les juges de la majorité ont clairement établi qu'il n'était pas néces-

to believe on reasonable grounds that their safety was threatened prior to searching the person arrested for weapons.

These two cases were subsequently followed by the Supreme Court in *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979), at p. 35, and in *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981), at p. 461.

The conclusions that emerge from this line of authority have been commented on and accepted in scholarly analysis recognizing that a power of search exists as an incident of arrest: *Wharton's Criminal Procedure* (12th ed. 1974), vol. 1, No. 180, at pp. 363-73, and C. H. Whitebread, *Criminal Procedure* (1980), at p. 133. The only controversy in the U.S. concerns the extent of this power: W. R. LaFave, *Search and Seizure* (2nd ed. 1987), vol. 2, No. 5.2.

However, U.S. law is of limited assistance since Canadian public law is derived primarily from British common law, which, in the absence of specific legislation or modification by our courts, continues to be relevant.

Having completed this review of relevant British and American authorities I now turn to the law as it has been recognized and developed in Canada.

Canadian Case Law and Scholarly Opinion

Canadian courts have sometimes thought it useful to consider the U.S. rule in their analysis of the power to search a lawfully arrested person: *Gottschalk v. Hutton* (1921), 66 D.L.R. 499 (Alta. S.C., App. Div.); *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56 (Alta. S.C., App. Div.); *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230 and *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252 (Ont. C.A.) However, the Canadian courts have more often turned to British common law in this area.

Leigh v. Cole, supra, was considered in Canada for the first time in *Gordon v. Denison* (1895), 22 O.A.R. 315. Though dissenting on another point,

saire pour les policiers d'avoir des motifs de croire que leur sécurité était menacée avant de procéder à une fouille pour découvrir la présence d'armes sur la personne arrêtée.

^a Ces deux arrêts ont subséquemment été suivis par la Cour suprême dans *Michigan v. DeFillippo*, 443 U.S. 31 (1979), à la p. 35, ainsi que dans *New York v. Belton*, 453 U.S. 454 (1981), à la p. 461.

^b Les conclusions qui se dégagent de cette jurisprudence ont été commentées par la doctrine qui reconnaît l'existence du pouvoir de fouille en tant qu'accessoire de l'arrestation: *Wharton's Criminal Procedure* (12^e éd. 1974), vol. 1, n° 180, aux pp. 363 à 373, et C. H. Whitebread, *Criminal Procedure* (1980), à la p. 133. La controverse, aux États-Unis, porte uniquement sur la question de savoir jusqu'où ce pouvoir s'étend: W. R. LaFave, *Search and Seizure* (2^e éd. 1987), vol. 2, n° 5.2.

^c Le droit américain ne peut toutefois qu'apporter l'éclairage du droit comparé, le droit public au Canada ressortissant principalement de la common law d'Angleterre, qui continue d'être pertinente en l'absence de législation spécifique et dans la mesure où elle n'est pas contraire aux principes développés par nos propres tribunaux.

^f Ce tour d'horizon complété, je passe maintenant à l'étude de la règle telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada.

Jurisprudence et doctrine canadiennes

^g Les tribunaux canadiens ont parfois jugé opportun de considérer la règle américaine dans leur analyse du pouvoir de fouille d'une personne légalement mise en état d'arrestation: *Gottschalk v. Hutton* (1921), 66 D.L.R. 499 (C.S. Alb., Div. app.); *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56 (C.S. Alb., Div. app.); *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230 et *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252 (C.A. Ont.) Mais, de façon plus constante, c'est vers la common law britannique que les tribunaux canadiens se sont tournés en cette matière.

^j Les principes énoncés dans *Leigh v. Cole*, précité, ont été examinés pour la première fois au Canada dans *Gordon v. Denison* (1895), 22 O.A.R. 315 où le juge MacLennan, dissident mais non sur ce point, a noté, à propos de cet arrêt:

MacLennan J.A. noted about *Leigh* that "there can be no question of its correctness" (p. 327).

The British case *Leigh v. Cole* was again applied in Canadian case law in *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179 (Man. K.B.) which stated (at p. 181): "It is well established that when a prisoner is in custody the right to search his person exists". In *Yakimishyn*, a prisoner was searched when he arrived at the penitentiary and his money was seized. The court held that a creditor of the prisoner had no right to the money. I note here that in *Welch v. Gilmour* (1955), 111 C.C.C. 221 (B.C.S.C.), the principles put forward in *Yakimishyn* were approved.

The power to search received additional support in *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (Ont. C.A.), a case involving the prosecution of a police officer for assault. The accused was arrested for the possession of narcotics. When the police officer tried to search inside his mouth he resisted and hit the officer. Robertson C.J. wrote (at p. 101):

It is important to observe that the search that was made is justifiable as an incident of the arrest. The constable who makes an arrest has important duties, such as to see that the prisoner does not escape by reason of being armed, and to see if any evidence of the offence for which he was arrested is to be found upon him. A constable may not always find his suspicions to be justified by the result of a search. It is sufficient if the circumstances are such as to justify the search as a reasonable precaution. [Emphasis added.]

These comments are all the more forceful as they were made in connection with a considerably more intensive search than that conducted in the case at bar.

The legality of a search at the time of an arrest was again the subject of a judgment in *Laporte v. Laganière* (1972), 18 C.R.N.S. 357 (Que. S.C.). Hugessen J. noted that the power to search could not be extended so as to authorize surgery several months after the arrest to obtain a bullet lodged in the body of the arrested person. On the other hand, in *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (Alta. S.C.), it was held that, in the

[TRADUCTION] «on ne peut douter qu'il est bien fondé» (p. 327).

L'arrêt britannique *Leigh v. Cole* est de nouveau repris dans la jurisprudence canadienne dans *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179 (B.R. Man.) où l'on peut lire (à la p. 181): [TRADUCTION] «Il est bien établi que quand un détenu est en état d'arrestation on a le droit de le fouiller».

Dans Yakimishyn, un prisonnier avait été fouillé lors de son arrivée au pénitencier et on avait saisi son argent. La cour a décidé qu'un créancier du prisonnier n'avait pas de droit sur cet argent. Je note ici que dans *Welch v. Gilmour* (1955), 111 C.C.C. 221 (C.S.C.-B.), les principes mis de l'avant dans *Yakimishyn*, ont été approuvés.

Le pouvoir de fouille a reçu une consécration additionnelle dans *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (C.A. Ont.), une poursuite pour voies de fait intentées contre un policier. L'accusé avait été arrêté pour possession de stupéfiants. Lorsque le policier tenta de fouiller l'intérieur de sa bouche il résista et frappa l'agent. Le juge en chef Robertson écrit (à la p. 101):

[TRADUCTION] Il est important de souligner que la fouille qui a été effectuée est justifiable en ce qu'elle était accessoire à l'arrestation. L'agent qui effectue l'arrestation a des obligations importantes, comme celles de veiller à ce que le détenu ne s'échappe pas parce qu'il est armé et de voir si on peut trouver sur lui un élément de preuve de l'infraction pour laquelle il a été arrêté. Les soupçons d'un agent ne sont pas toujours justifiés par les résultats d'une fouille. Il suffit que les circonstances puissent justifier la fouille comme une précaution raisonnable. [Je souligne.]

Ces commentaires ont d'autant plus de portée qu'ils ont été faits dans le contexte d'une fouille considérablement plus sérieuse qu'une simple fouille sommaire des vêtements.

La légalité de la fouille accessoire à l'arrestation a de nouveau fait l'objet d'une décision dans *Laporte v. Laganière* (1972), 18 C.R.N.S. 357 (C.S. Qué.), où le juge Hugessen a toutefois noté que le pouvoir de fouille ne s'étendait pas jusqu'à autoriser, plusieurs mois après l'arrestation, une intervention chirurgicale pour saisir une balle logée dans le corps de la personne arrêtée. Dans *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342

circumstances, the right of search authorized a rectal search of the accused.

In *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), Martin J.A. speaking for the court summarized the Canadian law on this point as follows (at p. 110):

At common law there is no power to search premises without a warrant (or with a warrant except for stolen goods) save as incident to lawful arrest. After making a lawful arrest, an officer has the right to search the person arrested and take from his person any property which he reasonably believes is connected with the offence charged, or which may be used as evidence against the person arrested on the charge, or any weapon or instrument that might enable the arrested person to commit an act of violence or effect his escape . . . The power to search the person of the arrestee has generally been considered to extend to the premises where he is arrested and which are under his control . . . Thus, where a person has been arrested in his house, it seems that his house may be searched for evidence of the crime with which he is charged . . . [Emphasis added — references omitted.]

Though that case involved the power to search the premises where the arrest was made, which is not the case here, these comments are relevant in so far as they discuss the existence of the right to search a lawfully arrested person.

The power to search has also been recognized in *R. v. Rousseau*, [1985] R.L. 108 (S.P.). In *R. v. Lerke* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 1, the Alberta Court of Appeal extended this right to cover arrests carried out by ordinary citizens. In *Morrison, supra*, a woman was arrested for theft, and when she arrived at the police station she was asked to remove her clothing so that a search could be made. As she was removing her clothing a quantity of narcotics fell out, which resulted in a charge of possession. The police argued that the strip search was necessary to locate all the money reported as stolen. Dubin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, wrote (at p. 232):

(C.S. Alb.), par contre, il a été décidé que le droit de fouille autorisait dans les circonstances une fouille rectale du prévenu.

- a Dans *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), le juge Martin, rendant les motifs de la cour, a résumé l'état du droit canadien en ces termes (à la p. 110):
 - b [TRADUCTION] En common law, il n'y a pas de pouvoir de perquisitionner des locaux sans mandat (ou avec un mandat sauf pour des biens volés) sauf accessoirement à une arrestation légitime. Après avoir effectué une arrestation légitime, un agent a le droit de fouiller le détenu et de lui enlever tout objet qu'il croit raisonnablement relié à l'infraction reprochée ou qui peut être utilisé à titre d'élément de preuve contre le détenu relativement à l'accusation, ou tout instrument ou arme susceptible de permettre au détenu de commettre un acte violent ou de s'évader [. . .] Le pouvoir de fouiller la personne du détenu a généralement été considéré comme s'étendant aux locaux où il a été arrêté et qui sont sous sa garde [. . .] par conséquent, lorsqu'une personne a été arrêtée dans sa maison, il semble que sa maison puisse être fouillée pour trouver des éléments de preuve du crime qui lui est reproché . . . [Je souligne; références omises.]

f Même si dans cette affaire il s'agissait du pouvoir de fouiller les lieux où s'est effectuée l'arrestation, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, ces propos sont pertinents dans la mesure où ils discutent de l'existence du droit de fouiller la personne légalement arrêtée.

- g Le pouvoir de fouiller a par ailleurs été reconnu dans *R. c. Rousseau*, [1985] R.L. 108 (C.S.P.). Dans *R. v. Lerke* (1986), 43 Alta. L.R. (2d) 1, la Cour d'appel de l'Alberta a étendu ce droit aux arrestations effectuées par de simples citoyens. Dans *Morrison*, précité, une femme avait été arrêtée pour vol et, une fois arrivée au poste de police, l'on demanda à la prévenue de retirer ses vêtements pour procéder à une fouille. En enlevant ses vêtements, une certaine quantité de stupéfiants s'est échappée, ce qui entraîna une accusation de possession. Les policiers invoquaient la nécessité de la fouille à nu pour trouver tout l'argent qu'on avait rapporté comme étant volé. Le juge Dubin, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, écrit (à la p. 232):
 - i

At common law, as incident to a lawful arrest, an officer has the right to search the person arrested. The proposition is an old one and has never been seriously challenged.

With respect, the right of a peace officer to search the person under arrest with a view of determining whether that person has on his or her person any property which may be connected to the offence charged or any weapon is not dependent upon his belief that the person arrested has in fact such property or weapons on his or her person. [Emphasis added.]

And at p. 233:

As incident to a lawful arrest, a peace officer has the right to search the person arrested and take from his person any property which he reasonably believes is connected with the offence charged, or may be used as evidence against the person arrested, or any weapon or instrument found upon the person arrested, but he need not have reasonable grounds to believe that either such weapons or evidence will be found. It is the fact that the search of the person is made as incident to a lawful arrest which gives the peace officer the authority to search the person arrested. [Emphasis added.]

Morrison rejected in the clearest possible terms the theory that reasonable grounds are a prerequisite to the existence of the power to search a lawfully arrested person. This case was recently applied by the Ontario Court of Appeal in *Miller, supra*.

To conclude this review of Canadian case law, two recent judgments of this Court have discussed in *obiter* the power of search. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 403-4, La Forest J. alluded to the power to fingerprint a lawfully arrested person:

It should be observed that the common law permitted a number of other, in my view more serious, intrusions on the dignity of an individual or persons in custody in the interest of law enforcement. As an incident to a lawful arrest, a peace officer has a right to search the person arrested and to take any property the officer reasonably believes is connected with the offence charged, or any weapon found upon such person; see *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. This authority is based on the need to disarm an accused and to discover evidence. In

[TRADUCTION] En common law, accessoirement à une arrestation légitime, un agent a le droit de fouiller le détenu. La proposition est ancienne et n'a jamais été sérieusement contestée.

a

Avec égards, le droit d'un agent de fouiller un détenu pour déterminer s'il porte un objet qui peut être relié à l'infraction reprochée ou une arme ne dépend pas du fait qu'il croit que le détenu porte sur lui un tel objet ou une arme. [Je souligne.]

b

Et à la p. 233:

c

[TRADUCTION] Accessoirement à une arrestation légitime, un agent de la paix a le droit de fouiller la personne en état d'arrestation et de lui enlever tout bien qu'il croit raisonnablement relié à l'infraction reprochée ou qui peut être utilisé à titre d'élément de preuve contre le détenu, ou tout instrument ou arme trouvé sur lui, mais il n'est pas nécessaire qu'il ait des motifs raisonnables de croire qu'il trouvera ces armes ou ces éléments de preuve. C'est le fait que la fouille de la personne est accessoire à l'arrestation légitime qui donne à l'agent de la paix le pouvoir de fouiller le détenu. [Je souligne.]

d

e

Morrison rejette on ne peut plus clairement la théorie selon laquelle des motifs raisonnables seraient une condition préalable à l'existence du pouvoir de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation. Cet arrêt a récemment été repris par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Miller*, précité.

f

Pour terminer ce survol de la jurisprudence canadienne sur le sujet, deux arrêts récents de notre Cour ont discuté, en *obiter*, du même pouvoir de fouille. Dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 403 et 404, le juge La Forest discute du pouvoir de prendre les empreintes digitales d'une personne légalement arrêtée:

i

Il faut souligner que la *common law* autorise plusieurs autres atteintes, à mon avis beaucoup plus graves, à la dignité de l'individu ou des personnes sous garde dans l'intérêt de l'application de la loi. Au cours d'une arrestation licite, un agent de la paix a le droit de procéder à la fouille de la personne arrêtée et de confisquer tout bien qu'il a des raisons de croire lié à l'infraction reprochée, ou toute arme trouvée sur elle; voir *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. Ce pouvoir est fondé sur la nécessité de désarmer le prévenu et de réunir des

j

the course of custodial arrest an accused may be stripped.

Also, in *R. v. Debott*, [1989] 2 S.C.R. 1140, Lamer J. assumed that “[t]he right to search incident to arrest derives from the fact of arrest or detention of the person” (p. 1146).

Turning to consider writings in the area, P. Béliveau, J. Bellemare and J.-P. Lussier, *On Criminal Procedure* (1982), simply indicate that “[a]t common law, one may, during a legal arrest, seize the product of the crime or anything that may serve as evidence. The person being arrested may also be searched for evidence” (p. 200). B. P. Archibald, “The Law of Arrest”, in V. M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada* (1982), for his part, writes (at pp. 157-58):

It is generally accepted that there is no common law right to search automatically a person who has been arrested and the *Criminal Code* makes no mention of such authority. On the other hand, the common law has consistently allowed searches of the person incident to arrest where the arresting person has reasonable grounds to believe that the suspect may have concealed upon his person articles which may afford evidence with respect to an offence, weapons, or other objects which may enable the suspect to commit acts of violence or effect an escape.

This view is difficult to reconcile with the precedents discussed earlier. Though they recognize limits on the power to search, Canadian courts do not generally require the existence of reasonable grounds as a prerequisite to the exercise of this power. Moreover, as L. Paikin notes, “The Standard of “Reasonableness” in the Law of Search and Seizure”, in *Criminal Procedure in Canada*, op. cit., at p. 111:

Canadian jurisprudence, while citing and adhering in principle to English authorities, has been deferential in practice to police interests in this regard. No modern reported Canadian case has invalidated a search performed incidental to arrest, although in one instance the attempted seizure of a prisoner’s property unconnected to the offence has been held to be wrongful.

preuves. En détention, après l’arrestation, le prévenu peut être déshabillé.

Aussi, dans *R. c. Debott*, [1989] 2 R.C.S. 1140, le juge Lamer prend pour acquis que «[l]e droit de procéder à une fouille accessoire à une arrestation découle du fait de l’arrestation ou de la détention de la personne» (p. 1146).

^b Si on regarde du côté de la doctrine, P. Béliveau, J. Bellemare et J.-P. Lussier, *Traité de procédure pénale* (1981), t. 1, se bornent à indiquer que la «jurisprudence a [...] décidé qu’on peut, lors d’une arrestation légale, fouiller une personne et saisir tout objet qu’elle porte sur elle et qui est de nature à servir de preuve de la commission de l’infraction» (p. 187). B. P. Archibald, «Le droit relatif à l’arrestation», dans V. M. Del Buono, éd., *Procédure pénale au Canada* (1983), pour sa part, écrit (aux pp. 180 et 181):

^e Il est généralement admis qu’il n’existe pas de droit de common law de fouiller automatiquement une personne qui a été arrêtée et le *Code criminel* ne mentionne pas un tel pouvoir. D’autre part, la common law a permis de façon constante la fouille de la personne lors de l’arrestation si la personne l’effectuant avait des motifs raisonnables de croire que le suspect pouvait avoir caché sur sa personne des objets susceptibles d’offrir une preuve de l’infraction, des armes, ou d’autres objets qui pourraient lui permettre de commettre des actes de violence ou de s’enfuir.

^g Cette opinion se concilie difficilement avec la jurisprudence discutée précédemment car, même s’ils reconnaissent les limites du pouvoir de fouiller, les tribunaux canadiens ne retiennent pas dans l’ensemble le prérequis de motifs raisonnables pour l’exercice de ce pouvoir. D’ailleurs, comme le note L. Paikin, «La norme du «caractère raisonnable» dans le droit de la perquisition et de la saisie», dans *Procédure pénale au Canada*, op. cit., à la p. 127:

ⁱ La jurisprudence canadienne, tout en citant la jurisprudence anglaise et en l’approuvant en principe, s’est montrée en pratique respectueuse des intérêts de la police. Aucune décision canadienne moderne publiée n’a annulé une fouille faite à l’occasion d’une arrestation, bien que, dans un cas, la tentative de saisir la propriété du prisonnier qui n’avait pas de rapport avec l’infraction a été considérée comme irrégulière.

For his part, W. McCalla, *Search and Seizure in Canada* (1984), at pp. 128-29, notes:

The power to search incidental to arrest is firmly established at common law. It was never based on any express or specific authority other than the view that the power was a natural or assumed adjunct to the officer's control over the suspect. This has been attributed in part to the traditional tolerance of intrusive acts upon the person of an arrested individual.

In both Anglo-Canadian and American jurisdictions, the power to search incidental to arrest is the largest exception to traditional warrant requirements, whether imposed constitutionally, or as a matter of judicial or legislative reference. The most important justification for the power is the need to prevent suspects from destroying evidence, committing violence, or attempting to escape. Nevertheless, it is not always clear that courts do not see the power as an automatic right following arrest, or rather one that is only justified by additional circumstances. [Emphasis added.]

Finally, according to Hon. R. E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure and Interrogation* (3rd ed. 1986), at pp. 60-61:

Nor is there recognized under Canadian law or the common law of England the right to search automatically someone who has been arrested. The right to search someone is permitted only as an incident to an arrest. The purpose must be to locate further evidence relating to the charge upon which he has been arrested or to locate any item which might assist the accused to escape from custody (such as a gun or a knife) or permit him to cause any violence

In other words, the police have no right to search a person merely because that person has been arrested for a criminal offence. The search must have a purpose and such purpose must be founded upon a belief based on reasonable and probable grounds.

In general, despite certain comments in scholarly discussion, it seems beyond question that the common law as recognized and developed in Canada holds that the police have a power to search a lawfully arrested person and to seize anything in his or her possession or immediate surroundings to guarantee the safety of the police and the accused, prevent the prisoner's escape or

Pour sa part, W. McCalla, *Search and Seizure in Canada* (1984), aux pp. 128 et 129, constate:

[TRADUCTION] Le pouvoir d'effectuer une fouille qui est accessoire à l'arrestation est fermement établi en common law. Il n'a jamais été fondé sur un pouvoir exprès ou précis autre que l'opinion selon laquelle le pouvoir était un accessoire naturel ou présumé du contrôle de l'agent sur le suspect. Il découle en partie de la tolérance traditionnelle à l'égard des actes portant d'atteinte à la personne d'un détenu.

En droit anglo-canadien et américain, le pouvoir de procéder à un fouille qui est accessoire à l'arrestation constitue la plus grande exception aux exigences traditionnelles en matière de mandat, qu'il soit imposé par la Constitution ou qu'il découle d'un renvoi judiciaire ou législatif. Le fait que ce pouvoir est nécessaire pour empêcher les suspects de détruire des éléments de preuve, de commettre des actes de violence ou de tenter de s'évader constitue la plus importante justification. Néanmoins, il n'est pas toujours évident que les tribunaux ne considèrent pas le pouvoir comme un droit automatique qui suit l'arrestation ou plutôt comme s'il était seulement justifié par des circonstances supplémentaires. [Je souligne.]

Finally, according to Hon. R. E. Salhany, *The Police Manual of Arrest, Seizure and Interrogation* (3^e éd. 1986), aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Le droit de fouiller automatiquement une personne en état d'arrestation n'a pas non plus été reconnu par le droit canadien ou par la common law d'Angleterre. Le droit de fouiller quelqu'un n'est permis qu'accessoirement à une arrestation. La fouille doit avoir pour but de trouver d'autres éléments de preuve relatifs à l'accusation en vertu de laquelle il a été arrêté ou de trouver un objet qui pourrait permettre à l'accusé de s'évader (comme un pistolet ou un couteau) ou lui permettre d'accomplir un acte violent

En d'autres termes, la police n'a pas le droit de fouiller une personne simplement parce qu'elle a été arrêtée pour une infraction criminelle. La fouille doit avoir un but et ce but doit être fondé sur des motifs raisonnables et probables.

Malgré certains commentaires de la doctrine, dans l'ensemble, il me semble indubitable que la common law telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d'assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d'empêcher

provide evidence against him. The common thread in this line of authority is the objective of guaranteeing safety and applying the law effectively. While the existence of the power is accepted, there seems to be some uncertainty as to its scope. While at common law the British courts did not impose reasonable grounds as a prerequisite to the power to search a person lawfully arrested, neither have they gone so far as to recognize a power to search as a simple corollary of arrest. The Canadian courts on the other hand do not seem to have hesitated in adopting this latter approach.

Analysis

In determining the exact scope of a police power derived from the common law, this Court often had recourse to considerations of principle, and the weighing of the competing interests involved (*Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, and *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145). Competing interests are important factors in determining the limits of a common law power. When the power in question comes into conflict with individual freedoms, it is first necessary to decide whether the power falls within the general scope of the duty of peace officers. This duty, clearly identified, must historically have been recognized by the courts as tending to promote the effective application of the law. Secondly, the Court must determine whether an invasion of individual rights is justified. In this regard, Le Dain J. in *Dedman* defined what he meant by "justifiable use of the power" in question (at p. 35):

The interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. [Emphasis added.]

It is therefore necessary in this second stage to determine whether an invasion of individual rights is necessary in order for the peace officers to perform their duty, and whether such an invasion is reasonable in light of the public purposes served by effective control of criminal acts on the one

l'évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier. La trame commune de cette jurisprudence vise à assurer la sécurité et l'efficacité de l'application de la loi. Si l'existence ^a du pouvoir est acquise il semble exister un certain flottement en ce qui concerne les conditions d'exercice ou l'étendue de ce pouvoir. À ce chapitre, les tribunaux britanniques, qui sous l'empire de la common law n'ont pas imposé le prérequis de ^b motifs raisonnables, ne vont cependant pas jusqu'à reconnaître la fouille comme un pur accessoire de l'arrestation. Les tribunaux canadiens, quant à eux, ne semblent pas avoir hésité à adopter cette approche.

Analyse

Notre Cour a eu recours à maintes reprises à des considérations de principe et à l'évaluation des ^d intérêts en jeu pour déterminer la portée exacte d'un pouvoir de police découlant de la common law (*Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, et *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145). Les intérêts en jeu sont des facteurs importants dans la détermination des limites d'un pouvoir de common law. Lorsque le pouvoir en question vient en conflit avec les libertés individuelles, il est nécessaire, dans un premier ^e temps, de décider si ce pouvoir entre dans le cadre général du devoir des agents de la paix. Ce devoir, clairement identifié, doit avoir été historiquement reconnu par les tribunaux comme étant de nature à promouvoir l'application de la loi. En second ^f lieu, il s'agit de déterminer si une telle atteinte aux droits individuels est justifiée. À ce sujet, le juge Le Dain a défini dans *Dedman* ce qu'il entendait par l'expression «un emploi justifiable du pouvoir» en question (à la p. 35):

L'atteinte à la liberté doit être nécessaire à l'accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l'importance de l'objet public poursuivi ^g par cette atteinte. [Je souligne.]

Il s'agit donc, dans cette deuxième étape, de déterminer si une atteinte aux droits individuels est nécessaire à l'accomplissement du devoir des agents de la paix, et si elle est raisonnable, compte tenu des intérêts d'ordre public servis par, d'un côté, la répression efficace des agissements crimi-

hand and on the other respect for the liberty and fundamental dignity of individuals.

Having stated these premises, I now turn to considering the power of search at the time of a lawful arrest.

As we have seen, the power to search a lawfully arrested person has its roots deep in the common law. In fact, at common law the police power of search extended to encompass a search of the surroundings of the arrest location and the seizure of anything they found there. The precedents I have referred to make it unnecessary to consider this aspect at greater length. What must be determined, rather, is the extent to which the competing interests in the context of a lawful arrest justify a search as an incident of the arrest.

In terms of applying the law, the ultimate purpose of criminal proceedings is to convict those found guilty beyond a reasonable doubt. Our system of criminal justice is based on the punishment of conduct that is contrary to the fundamental values of society, as statutorily enshrined in the *Criminal Code* and similar statutes. That is its primary purpose. The system depends for its legitimacy on the safe and effective performance of this function by the police. In the context of an arrest, these requirements entail at least two primary considerations. First, the process of arrest must be capable of ensuring that those arrested will come before the court. An individual who is arrested should not be able to evade the police before he is released in accordance with the rules of criminal procedure, otherwise the administration of justice will be brought into disrepute. In light of this consideration, a search of the accused for weapons or other dangerous articles is necessary as an elementary precaution to preclude the possibility of their use against the police, the nearby public or the accused himself. Incidents of this kind are not unknown. Further, the process of arrest must ensure that evidence found on the accused and in his immediate surroundings is preserved. The effectiveness of the system depends in part on the ability of peace officers to collect evidence that can be used in establishing the guilt of a suspect beyond a reasonable doubt. The

nels, et de l'autre, le respect de la liberté et de la dignité fondamentale des individus.

Ces prémisses étant posées, je passe maintenant à l'examen du pouvoir de fouille lors d'une arrestation légale.

Le pouvoir de fouiller une personne légalement mise en état d'arrestation trouve comme on l'a vu ses racines profondes dans la common law. En fait, la common law reconnaît aux policiers des pouvoirs encore plus larges de fouiller les environs du lieu de l'arrestation et de saisir certains objets qui peuvent s'y trouver. La jurisprudence que j'ai examinée me dispense de m'arrêter plus longuement sur cet aspect. Il s'agit plutôt de déterminer la mesure dans laquelle les intérêts en jeu, dans le contexte d'une arrestation légale, justifient la fouille accessoire à l'arrestation.

Du point de vue de l'application de la loi, la procédure criminelle a pour but ultime la condamnation des personnes reconnues coupables hors de tout doute raisonnable. Notre système de justice criminelle est fondé sur la répression des comportements contraires aux valeurs fondamentales de la société, tels que prohibés par le *Code criminel* et les autres lois de même nature. C'est là son objectif principal. À cet égard, la légitimité du système impose aux policiers le devoir de s'acquitter d'une façon efficace et sécuritaire de cette mission. Or, dans le contexte de l'arrestation, ces impératifs emportent au moins deux considérations principales. D'une part, l'arrestation doit pouvoir assurer la présence des individus devant le tribunal. Un individu mis en état d'arrestation ne doit pas être en mesure de pouvoir se soustraire aux agents de la paix avant sa remise en liberté conformément aux règles de la procédure criminelle, au risque de déconsidérer l'administration de la justice. À cette fin, la recherche d'armes ou d'autres objets dangereux sur le prévenu s'impose comme une précaution élémentaire pour contrecarrer la possibilité pour lui de s'en servir contre les policiers, le public qui pourrait se trouver à proximité ou contre lui-même. Des incidents de cette nature ne sont pas inconnus. D'autre part, l'arrestation doit assurer la conservation des éléments de preuve se trouvant sur le prévenu et dans son entourage immédiat lors de l'arrestation. L'efficacité du système dépend en

legitimacy of the justice system would be but a mere illusion if the person arrested were allowed to destroy evidence in his possession at the time of the arrest. These interests have been recognized since the courts first considered the power to search; in *Dillon v. O'Brien, supra*, at p. 250, Palles C.B. wrote:

... the interest of the State in the person charged being brought to trial in due course necessarily extends, as well to the preservation of material evidence of his guilt or innocence, as to his custody for the purpose of trial. His custody is of no value if the law is powerless to prevent the abstraction or destruction of this evidence, without which a trial would be no more than an empty form.

However, while the common law gives the police the powers necessary for the effective and safe application of the law, it does not allow them to place themselves above the law and use their powers to intimidate citizens. This is where the protection of privacy and of individual freedoms becomes very important.

For centuries the common law has spearheaded the protection of individual freedoms. The concept that a person and his home are inviolable has been gradually set up in the face of the potential abuse of power by the State. In the early seventeenth century the common law had already held “[t]hat the house of everyone is to him as his castle and fortress” (*Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194). Similarly, an invisible “fortress” was built bit by bit around each subject of the Empire and gradually any interference with individual freedom was seen as *prima facie* unlawful, the representatives of the State having the burden of establishing a legal basis for their actions: “no member of the executive can interfere with the liberty or property of a British subject except on the condition that he can support the legality of his action before a court of justice” (*Eleko v. Officer Administering the Government of Nigeria*, [1931] A.C. 662 (P.C.), at p. 670). This fundamental role of guardian of freedom and property continued and expanded with the advent of the *Charter*

partie de la capacité des agents de la paix à recueillir des éléments de preuve susceptibles d'établir la culpabilité des suspects hors de tout doute raisonnable. L'administration de la justice

a serait réduite à une pure illusion s'il était permis à la personne arrêtée de détruire une preuve en sa possession au moment de l'arrestation. Ces intérêts sont reconnus depuis les origines jurisprudentielles du pouvoir de fouille; dans *Dillon v. O'Brien*, précité, à la p. 250, le baron en chef Palles écrit:

[TRADUCTION] ... l'intérêt de l'État à faire subir un procès à l'accusé dans un délai raisonnable s'étend nécessairement, de même que la conservation des éléments de preuve matérielle de sa culpabilité ou de son innocence, à sa garde aux fins du procès. Sa garde n'a aucune valeur si le droit ne peut empêcher la soustraction ou la destruction de ces éléments de preuve sans lesquels le procès ne serait rien de plus qu'une formule vide.

d Mais si la common law donne aux policiers les pouvoirs nécessaires pour l'application efficace et sécuritaire de la loi, elle ne leur permet pas de se placer au-dessus de la loi et d'user de leurs pouvoirs pour opprimer les citoyens. La protection de la vie privée et des libertés individuelles prend ici toute sa dimension.

f Depuis des siècles, la common law a été le fer de lance de la protection des libertés individuelles. Les doctrines de l'inviolabilité de la personne et du domicile ont peu à peu été érigées en remparts contre les abus de pouvoir de l'Etat. Au début du XVII siècle, la common law avait déjà établi [TRADUCTION] «[q]ue la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse» (*Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91a, 77 E.R. 194). De même, une «forteresse» invisible s'est peu à peu forgée *h* autour de chaque sujet de l'Empire et graduellement, toute entrave à la liberté des individus a été perçue comme *prima facie* illégale, le fardeau reposant sur les épaules des agents de l'État de démontrer le fondement légal de leurs actions: [TRADUCTION] «aucun membre de l'exécutif ne peut porter atteinte à la liberté ou à la propriété d'un sujet britannique, à moins qu'il ne puisse justifier devant une cour de justice de la légalité de son geste» (*Eleko v. Officer Administering the Government of Nigeria*, [1931] A.C. 662 (C.P.), à la p. 670). Ce rôle primordial de gardiens de la

(*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 164, *per* Wilson J.): "Thus, the rights guaranteed in the Charter erect around each individual, metaphorically speaking, an invisible fence over which the state will not be allowed to trespass. The role of the courts is to map out, piece by piece, the parameters of the fence".

Though the parties have not relied on the Charter, and have simply referred to the common law sources in examining the scope of the power to search, I feel that the courts should "apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution" (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603). In this regard this Court has held that, consistent with the values contained in the Charter, a search will not be wrongful if it is authorized by law, if the law is itself reasonable and if the search is conducted in a reasonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; and *R. v. Debott*, *supra*, at p. 1148, *per* Lamer J., and at p. 1160, *per* Wilson J.) The concept of freedom as traditionally safeguarded by the courts has been reexamined since the Charter and now generally means the absence of constraint and coercion. As Dickson J. (now C.J.) noted in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336:

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the Charter is to protect, within reason, from compulsion or restraint.

As important and fundamental as these values may be, they are not absolute. As the Law Reform Commission of Canada notes, *Our Criminal Procedure* (1988), Report 32, at p. 14:

In order to safeguard freedom it is sometimes necessary to limit it, through prohibitions. However, if human dignity, freedom and justice are among the major values

liberté et de la propriété sous la common law a été continué et élargi avec l'avènement de la Charte (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 164, le juge Wilson): «Ainsi, les droits garantis par la Charte érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, les dimensions de cette barrière».

b Même si les parties n'ont pas ici invoqué la Charte mais se sont plutôt limitées aux sources de common law dans l'examen de l'étendue du pouvoir de fouille, j'estime que les tribunaux doivent «expliquer et développer des principes de common law d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchaînées dans la Constitution» (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 603). À cet égard, notre Cour a décidé que, conformément aux valeurs contenues dans la Charte, une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi n'a rien d'abusif et si la fouille n'est pas effectuée d'une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278; et *R. c. Debott*, précité, à la p. 1148, le juge Lamer, et à la p. 1160, le juge Wilson). La notion de liberté telle que traditionnellement préservée par les tribunaux a été reprise *f* depuis la Charte et s'entend aujourd'hui de façon générale par l'absence de contrainte et de coercition. Comme l'a souligné le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 336:

g La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la Charte est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte.

i Toutes importantes et fondamentales que soient ces valeurs, elles ne sont cependant pas absolues. Comme le note la Commission de réforme du droit du Canada, *Notre procédure pénale* (1988), Rapport 32, à la p. 14:

j Pour sauvegarder la liberté, il est parfois nécessaire de la restreindre par le moyen d'interdictions. Toutefois si la dignité humaine, la liberté et la justice sont au rang

which the criminal law enshrines, we must carefully assess the way in which the law is enforced in order to ensure that our law and practices respect and do not undermine these values.

As we have seen, the common law gave the police only such powers as were consistent with the protection of individual rights. The courts have always held that a proper balance between these two fundamental components is vital, as illustrated by the observations of Williams J. in 1853 in *Leigh v. Cole, supra*, at pp. 330-31:

On one hand, it is clear that the police ought to be fully protected in the discharge of an onerous, arduous, and difficult duty — a duty necessary for the comfort and security of the community. On the other hand, it is equally incumbent on every one engaged in the administration of justice, to take care that the powers necessarily entrusted to the police are not made an instrument of oppression or of tyranny towards even the meanest, most depraved, and basest subjects of the realm.

In this regard a "frisk" search is a relatively non-intrusive procedure: outside clothing is patted down to determine whether there is anything on the person of the arrested individual. Pockets may be examined but the clothing is not removed and no physical force is applied. The duration of the search is only a few seconds. Though the search, if conducted, is in addition to the arrest, which generally entails a considerably longer and more sustained loss of freedom and dignity, a brief search does not constitute, in view of the objectives sought, a disproportionate interference with the freedom of persons lawfully arrested. There exists no less intrusive means of attaining these objectives.

A "frisk" search incidental to a lawful arrest reconciles the public's interest in the effective and safe enforcement of the law on the one hand, and on the other its interest in ensuring the freedom and dignity of individuals. The minimal intrusion involved in the search is necessary to ensure that criminal justice is properly administered. I agree with the opinion of the Ontario Court of Appeal as stated in *Brezack, Morrison and Miller, supra*,

des valeurs fondamentales devant être sanctionnées par le droit pénal, il convient d'étudier attentivement l'application de la loi afin de veiller à ce que les règles de droit et les pratiques judiciaires soient conformes à ces valeurs et n'en provoquent pas la dégradation.

La common law comme on l'a vu n'a accordé des pouvoirs aux policiers que dans le respect de la sphère de protection des droits individuels. Les tribunaux ont toujours tenu pour essentiel un juste équilibre entre ces deux composantes fondamentales, comme le démontrent les propos que tenait en 1853 le juge Williams dans *Leigh v. Cole*, précité, aux pp. 330 et 331:

[TRADUCTION] D'une part, il est clair que la police doit jouir d'une protection complète dans l'exécution d'un devoir onéreux, ardu et difficile — un devoir nécessaire pour le confort et la sécurité de la collectivité. Par ailleurs, toute personne chargée de l'administration de la justice est également tenue de veiller à ce que les pouvoirs nécessairement dévolus à la police ne deviennent pas un instrument de répression et de tyrannie à l'égard des sujets du royaume, même les plus méchants, les plus corrompus et les plus méprisables.

La fouille sommaire constitue à cet égard un mécanisme relativement peu intrusif: les vêtements sont palpés de façon à vérifier par l'extérieur la présence d'objets sur la personne mise en état d'arrestation. Les poches peuvent être examinées mais les vêtements ne sont pas retirés et aucune force physique n'est appliquée. La fouille ne dure que quelques secondes. Même si elle s'ajoute à l'arrestation, qui emporte généralement une privation de liberté et une atteinte à la dignité considérablement plus longues et soutenues, quoique justifiées, une fouille sommaire ne constitue pas une entrave abusive à la liberté des personnes légalement mises en état d'arrestation, compte tenu des objectifs poursuivis. Il n'existe pas de moyen moins intrusif qui permette d'atteindre ces objectifs.

Jaugeant l'intérêt public dans l'application efficace et sécuritaire de la loi à la lumière de l'intérêt public d'assurer le respect de la liberté et de la dignité des individus, j'estime que la fouille sommaire accessoire à une arrestation légale concilie ces deux impératifs en ce que l'intrusion minimale que représente la fouille est nécessaire pour assurer une saine administration de la justice criminelle. Je suis d'accord avec l'opinion de la Cour d'appel

that the existence of reasonable and probable grounds is not a prerequisite to the existence of a police power to search. The exercise of this power is not however unlimited. Three propositions can be derived from the authorities and a consideration of the underlying interests.

de l'Ontario telle qu'exprimée dans *Brezack, Morrison et Miller*, précités, à l'effet que la présence de motifs raisonnables et probables n'est pas un prérequis à l'existence du pouvoir de fouille par les policiers. L'exercice de ce pouvoir n'est toutefois pas sans limites et je formulerais à cet égard les trois propositions suivantes qui se dégagent de la jurisprudence et de ma considération des intérêts sous-jacents:

1. This power does not impose a duty. The police have some discretion in conducting the search. Where they are satisfied that the law can be effectively and safely applied without a search, the police may see fit not to conduct a search. They must be in a position to assess the circumstances of each case so as to determine whether a search meets the underlying objectives.

1. Ce pouvoir n'impose pas de devoir. Les policiers jouissent d'une discrétion dans l'exercice de la fouille. Dans les cas où ils sont satisfaits que l'application de la loi peut s'effectuer d'une façon efficace et sécuritaire sans l'intervention d'une fouille, les policiers peuvent juger opportun de ne pas procéder à la fouille. Ils doivent être en mesure d'apprécier les circonstances de chaque cas afin de déterminer si la fouille répond aux objectifs sous-jacents.

2. The search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of an object that may be a threat to the safety of the police, the accused or the public, or that may facilitate escape or act as evidence against the accused. The purpose of the search must not be unrelated to the objectives of the proper administration of justice, which would be the case for example if the purpose of the search was to intimidate, ridicule or pressure the accused in order to obtain admissions.

2. La fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d'un objet pouvant menacer la sécurité des policiers, du prévenu ou du public, faciliter l'évasion ou constituer une preuve contre le prévenu. Le but de la fouille ne doit pas être étranger aux fins d'une saine administration de la justice, ce qui serait le cas, par exemple, si la fouille avait pour but d'intimider le prévenu, de le ridiculiser ou d'exercer une contrainte pour lui soutirer des aveux.

3. The search must not be conducted in an abusive fashion and in particular, the use of physical or psychological constraint should be proportionate to the objectives sought and the other circumstances of the situation.

3. La fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive et, en particulier, l'usage de contrainte physique ou psychologique ne doit pas être hors de proportion avec les objectifs poursuivis et les autres circonstances de l'espèce.

A search which does not meet these objectives could be characterized as unreasonable and unjustified at common law.

Une fouille qui ne répondrait pas à ces objectifs pourrait être tenue pour abusive et non justifiée en vertu de la common law.

That is the background against which the Court must examine the facts of this case to determine whether the "frisk" search conducted by the appellants constituted an assault. Needless to say, if the search in question is justified at common law it cannot possibly constitute criminal conduct, more particularly, assault.

C'est sur cette toile de fond qu'il y a lieu maintenant d'apprécier les faits de l'espèce afin de déterminer si la fouille sommaire effectuée par les appellants constitue des voies de fait à l'endroit de l'intimé. Il va de soi que si la fouille en question était justifiée en common law il ne saurait être question qu'elle puisse constituer une conduite criminelle, en l'instance, des voies de fait.

Application to the Facts of the Case

It should be noted that all the Quebec courts have approached the evidence in this case on the basis that a "frisk" search is not necessarily incidental to a lawful arrest, but instead, depends on the existence of reasonable grounds.

Despite the imposition of a standard higher than that required at common law, Judge Choquette of the Court of Summary Proceedings, the only judge to have seen and heard the witnesses, after considering whether the accused [TRANSLATION] "had reasonable grounds to make a search of the complainant", answered in the affirmative:

[TRANSLATION] Considering the circumstances of the case as a whole, the court feels that the police definitely had reasonable grounds that would justify them in lawfully making the arrest and search of the complainant, and that in view of the insults heaped on them by Mr. Cloutier they acted courteously.

As regards the force used to do this, it does not seem excessive or disproportionate in view of the events. The accused made a "frisk" search of the complainant using no excessive violence or force.

Barrette-Joncas J. of the Superior Court came to the same conclusion. Rothman J.A., dissenting in the Court of Appeal, took a similar view and accepted the trial judge's findings of fact and the conclusions drawn by him. The majority of the judges in the Court of Appeal seem to have taken a stricter approach to the facts. They concluded, contrary to the finding of the trial judge, that reasonable and probable grounds did not exist.

Applying the legal standard to the facts of this case, the evidence indicates that the police considered that in light of all the circumstances it was necessary to search the respondent. The respondent's conduct, which the Court of Appeal judges characterized as "unpleasant" and "highly agitated and verbally abusive", was such as to arouse a concern in the police officers for safety and effectiveness objectives. Secondly, the evidence showed to my satisfaction that the police searched the respondent in pursuit of a valid objective, here,

Application aux faits de l'espèce

Il faut noter dès maintenant que tous les tribunaux québécois ont apprécié la preuve à partir de la prémissse que la fouille sommaire n'est pas accessoire à l'arrestation légale mais qu'elle dépend de l'existence de motifs raisonnables pour y procéder.

Malgré l'imposition de cette norme plus élevée que la véritable règle de common law ne l'exige, le juge Choquette de la Cour des poursuites sommaires, seul juge à avoir vu et entendu les témoins, après s'être demandé si l'accusé avait «des motifs raisonnables pour effectuer la fouille du plaignant», a répondu à sa propre question dans l'affirmative:

Considérant l'ensemble des circonstances de l'affaire, la Cour est d'avis que les policiers avaient sûrement des motifs raisonnables qui les justifiaient de procéder légalement à l'arrestation et à la fouille du plaignant et que face aux insultes de M^e Cloutier à leur endroit ils ont agi avec courtoisie.

Quant à la force utilisée pour ce faire, elle ne paraît pas excessive et disproportionnée eu égard aux événements. Le ou les prévenus a ou ont effectué une fouille sommaire du plaignant en n'utilisant aucune violence ou force excessive.

Le juge Barrette-Joncas de la Cour supérieure en est arrivée à la même conclusion. Le juge Rothman, dissident en Cour d'appel, a conclu dans le même sens et a accepté la détermination des faits du juge du procès ainsi que la conclusion que ce dernier en a tirée. Les juges majoritaires en Cour d'appel semblent avoir apprécié les mêmes faits sous un prisme plus exigeant encore, puisque les motifs jugés raisonnables au procès ne l'étaient pas quant à eux.

Appliquant la norme légale aux faits de l'espèce, la preuve indique en premier lieu que les policiers ont exercé leur discrétion en procédant à la fouille eu égard à toutes les circonstances qui se présentaient à eux. La conduite de l'intimé, que les juges de la Cour d'appel ont qualifié de [TRADUCTION] «désagréable» et «extrêmement agité et grossier», était de nature à sensibiliser les policiers aux objectifs de sécurité et d'efficacité. En second lieu, la preuve révèle à ma satisfaction que les policiers ont fouillé l'intimé dans la poursuite d'un objectif

police safety in making a lawful arrest. As to this I will simply cite a passage from the opinion of Rothman J.A. in which he reproduces this part of the evidence (at p. 1484):

Among the reasons that would justify a personal search is the possibility that the person arrested might be armed and might endanger the officers arresting him. In this case, that was the only justification given by Constable Bédard:

[TRANSLATION]

Q. So now, Constable Bédard, what happened? You told Mr. Cloutier — there was an exchange, which you have just described to the court — what happened then?

A. Mr. Cloutier, after being told at least three times, got out of his car and voluntarily went with us to the radio car; then at that point, we before . . . putting in anyone who has been arrested, whether for a traffic ticket or something else, in our radio car — I don't know this guy, he could be anyone, he can say he is anything he wants, I don't want to say anything, it is nothing personal, but he is someone who perhaps may take the law into his own hands because he hates the police, he may turn on me inside the car, so for my own safety . . .

Q. What do you do?

A. For . . . we search him.

Q. So, you search him?

A. We search him.

Q. Yes . . .

A. Briefly . . .

Looking at the matter now, it would not be difficult to conclude that the police officers did not have any real reason to fear physical violence from Mr. Cloutier. But, on the evidence, it is clear that he was highly agitated and verbally abusive. The conclusion of the trial judge that it was Cloutier's conduct that made the situation as tense as it became is amply supported by the evidence.

Third, as to the way in which the search was conducted, as already noted, it is not disputed that in the circumstances, the police did not use either excessive force or constraint.

Furthermore, the fact that there existed a general directive in the police department to search an

valable dans l'administration de la justice, soit en l'occurrence, la sécurité des policiers lors d'une arrestation légale. À ce sujet, je me contenterai de citer un extrait de l'opinion du juge Rothman dans lequel il reproduit cette partie de la preuve (à la p. 1484):

[TRADUCTION] Parmi les motifs qui justifieraient une fouille de la personne, il y a la possibilité que le détenu puisse être armé et puisse mettre en danger la vie des agents qui procèdent à l'arrestation. En l'espèce, c'était la seule justification donnée par l'agent Bédard:

Q. C'est ça. Maintenant, constable Bédard, qu'est-ce qu'il se passe? Vous dites à monsieur Cloutier, il y a un échange là, que vous venez de décrire à la Cour, qu'est-ce qu'il se passe par la suite?

R. Monsieur Cloutier, après lui avoir expliqué à trois occasions au moins, sort de son véhicule, il nous accompagne de lui-même là, jusqu'à l'auto-radio. Puis à ce moment-là bien nous autres avant de . . . de faire entrer quelqu'un qu'on arrête, que ce soit pour un mandat de circulation ou autre chose dans notre véhicule-radio, moi là je ne le connais pas ce gars-là, ça peut être n'importe qui, il peut prétendre être tout ce qu'il veut, moi je ne veux rien dire c'est rien de personnel, mais c'est quelqu'un qui, peut-être qu'il se ferait justice parce qu'il déteste les policiers, il peut m'agresser dans l'auto, alors pour ma sécurité, là . . .

Q. Qu'est-ce que vous faites?

R. Pour . . . on le fouille.

Q. C'est ça, vous le fouillez?

R. On le fouille.

Q. Oui . . .

R. Sommairement . . .

[TRADUCTION] Si l'on examine maintenant la question, il ne serait pas difficile de conclure que les policiers n'avaient pas véritablement raison de craindre de violence physique de la part de M. Cloutier. Toutefois, d'après le témoignage, il est évident qu'il était extrêmement agité et grossier. La conclusion du juge du procès selon laquelle la conduite de Cloutier avait rendu la situation aussi tendue est largement étayée par la preuve.

En troisième lieu, quant à la façon dont la fouille a été effectuée, tel que déjà noté, il n'est pas contesté en l'espèce que les policiers n'ont usé ni de force ni de contrainte abusive dans les circonstances.

De plus, le fait qu'il ait existé une directive générale du service de police, selon laquelle tout

arrested suspect for any weapon or object potentially dangerous to the policemen has no bearing on this case, since the evidence of the police officers who conducted the search was that they exercised their independent discretion taking into account all the circumstances of this case.

I accordingly consider that, as an incident to the lawful arrest of the respondent, the frisk search was justified, and accordingly Judge Choquette made no error in dismissing the informations for assault brought against the appellants. This is sufficient to dispose of the appeal.

Costs

On the question of costs, the Summary Convictions Court may in its discretion order the payment of the defendant's costs against the informant when the information is dismissed (s. 744 of the *Criminal Code*). In the case at bar none of the Quebec courts applied this provision. Therefore each party paid its own costs in the lower courts. The appellants did not argue strongly on this point. In the circumstances, I feel it is proper not to award costs.

Conclusion

For all these reasons, I would allow the appeal and restore the verdict of acquittal, the whole without costs in any court.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Mongeau, Gouin, Roy, Montréal.

Solicitor for the respondent: Pierre Cloutier, Montréal.

prévenu devait être fouillé afin de s'assurer du fait qu'il ne transportait aucune arme ou autre objet dangereux, ne change rien à la présente affaire. En effet, les constables ayant effectué l'arrestation ont témoigné qu'ils avaient exercé leur discrétion en tenant compte de toutes les circonstances de la situation.

J'estime donc qu'en tant qu'accessoire à l'arrestation, la fouille sommaire de l'intimé était justifiée, et par conséquent le juge Choquette n'a pas commis d'erreur en rejetant les dénonciations pour voies de fait portées contre les appellants. Ceci suffit à disposer du pourvoi.

Dépens

En ce qui concerne les frais, la Cour des poursuites sommaires peut, à sa discrétion, ordonner le paiement des frais au défendeur contre le dénonciateur, lorsque la dénonciation est rejetée (art. 744 du *Code criminel*). En l'espèce, aucun des tribunaux du Québec ne s'est prévalu de cette disposition. Chaque partie a donc dû assumer ses propres frais devant les instances inférieures. Les appellants n'ont d'ailleurs pas insisté sur ce point. J'estime approprié dans les circonstances de ne pas accorder de frais.

Conclusion

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict d'acquittement, le tout sans dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appellants: Mongeau, Gouin, Roy, Montréal.

Procureur de l'intimé: Pierre Cloutier, Montréal.