|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **COUR SUPRÊME DU CANADA** | | | |
| **Référence :** Fleming *c.* Ontario, 2019 CSC 45, [2019] 3 R.C.S. 519 |  | **Appel entendu :** 21 mars 2019  **Jugement rendu :** 4 octobre 2019  **Dossier :** 38087 |
| **Entre :**  **Randolph (Randy) Fleming**  Appelant  et  **Sa Majesté la Reine du chef de la province de l’Ontario, agent Kyle Miller de la Police provinciale de l’Ontario, agent Rudy Bracnik de la Police provinciale de l’Ontario, agent Jeffrey Cudney de la Police provinciale de l’Ontario, agent Michael C. Courty de la Police provinciale de l’Ontario, agent Steven C. Lorch de la Police provinciale de l’Ontario, agent R. Craig Cole de la Police provinciale de l’Ontario et agent S. M. (Shawn) Gibbons de la Police provinciale de l’Ontario**  Intimés  - et -  **Procureur général du Canada, procureure générale du Québec, Association canadienne des libertés civiles, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), Association canadienne des chefs de police, Canadian Association for Progress in Justice et Canadian Constitution Foundation**  Intervenants  **Traduction française officielle**  **Coram :** Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Martin | | | |

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 120) | La juge Côté (avec l’accord du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Brown, Rowe et Martin) |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |

Fleming *c.* Ontario, 2019 CSC 45, [2019] 3 R.C.S. 519

Randolph (Randy) Fleming Appelant

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l’Ontario,

agent Kyle Miller de la Police provinciale de l’Ontario,

agent Rudy Bracnik de la Police provinciale de l’Ontario,

agent Jeffrey Cudney de la Police provinciale de l’Ontario,

agent Michael C. Courty de la Police provinciale de l’Ontario,

agent Steven C. Lorch de la Police provinciale de l’Ontario,

agent R. Craig Cole de la Police provinciale de l’Ontario et

agent S. M. (Shawn) Gibbons de la Police provinciale de l’Ontario Intimés

et

Procureur général du Canada,

procureure générale du Québec,

Association canadienne des libertés civiles,

Criminal Lawyers’ Association (Ontario),

Association canadienne des chefs de police,

Canadian Association for Progress in Justice et

Canadian Constitution Foundation Intervenants

**Répertorié :**Fleming ***c.*** Ontario

2019 CSC 45

No du greffe : 38087.

2019 : 21 mars; 2019 : 4 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Côté, Brown, Rowe et Martin.

en appel de la cour d’appel de l’ontario

*Police — Pouvoirs — Pouvoir d’arrestation en common law — Violation de la paix — Arrestation d’un contre‑manifestant agissant en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d’autres — Contre‑manifestant accusé d’entrave au travail d’un policier, mais retrait ultérieur de l’accusation — Poursuite intentée par le contre‑manifestant contre la province et les policiers en dommages‑intérêts généraux pour voies de fait, arrestation illégale et séquestration, en dommages‑intérêts majorés ou punitifs, et en dommages‑intérêts pour violation de divers droits constitutionnels — Les policiers ont‑ils en common law le pouvoir d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation de la paix par d’autres?*

F a été arrêté alors qu’il se rendait à pied à un rallye du drapeau organisé pour protester contre l’occupation d’une terre de la Couronne par des manifestants membres de la première nation Six Nations. La police a eu connaissance que le rallye du drapeau s’organisait dans les mois qui l’ont précédé et a mis au point un plan opérationnel étant donné l’ambiance conflictuelle qui régnait dans la communauté et qui avait souvent donné lieu à des affrontements violents entre les deux camps. Le plan opérationnel prévoyait notamment que les manifestants et les contre‑manifestants ne devaient pas se mêler les uns aux autres, et les participants au rallye du drapeau ont été informés qu’ils ne seraient pas autorisés à pénétrer sur les terres occupées. Lorsque les policiers ont remarqué que F marchait sur l’accotement de la rue qui longeait les terres occupées, ils se sont dirigés vers lui dans l’intention de s’interposer entre lui et l’entrée des terres. Afin d’éviter les véhicules de la police, F a mis les pieds sur les terres occupées, ce qui a semblé causer une réaction dans un groupe de manifestants, dont certains ont commencé à se diriger vers lui. Un agent s’est alors approché de F et lui a dit qu’il était en état d’arrestation pour prévenir une violation de la paix. Lorsque F a refusé de laisser tomber le drapeau qu’il transportait, il a été forcé de s’allonger sur le sol, menotté, mis à bord d’un véhicule de transport de contrevenants, amené dans une cellule et remis en liberté deux heures et demie plus tard. En fin de compte, l’accusation d’entrave au travail d’un policier portée contre F parce qu’il avait résisté à son arrestation a été retirée par le ministère public. Subséquemment, F a intenté une poursuite contre la province et les policiers qui avaient participé à son arrestation. Il a demandé des dommages‑intérêts généraux pour voies de fait, arrestation illégale et séquestration ainsi que des dommages‑intérêts majorés ou punitifs et des dommages‑intérêts pour violation des droits qui lui sont garantis par l’al. 2*b*) et les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Au terme de son procès, F a obtenu un jugement en sa faveur, mais les juges majoritaires de la Cour d’appel ont annulé l’octroi des dommages‑intérêts adjugés puisque, selon eux, les policiers avaient le pouvoir en common law d’arrêter F. La Cour d’appel a ordonné la tenue d’un nouveau procès uniquement sur la question du recours à une force excessive. F interjette appel devant la Cour pour que celle‑ci détermine si les policiers ont agi légalement lorsqu’ils l’ont arrêté et pour qu’elle se prononce sur le bien‑fondé de la décision d’ordonner la tenue d’un nouveau procès sur la question de la force excessive.

*Arrêt*: L’appel est accueilli et l’ordonnance de la juge de première instance est rétablie.

L’arrestation de F n’était pas autorisée par la loi et il n’y a aucune raison de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle la province et les policiers étaient responsables de voies de fait pour avoir utilisé la force lors de son arrestation illégale. La tenue d’un nouveau procès n’est donc pas nécessaire pour examiner la question de l’utilisation d’une force excessive.

Pour déterminer si une action policière particulière qui a pour effet de restreindre la liberté d’un individu est autorisée en common law, il faut appliquer la doctrine des pouvoirs accessoires. À l’étape préliminaire de l’analyse, le pouvoir policier invoqué ainsi que les droits relatifs à la liberté en cause doivent être clairement définis. L’analyse se fait ensuite en deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si la conduite policière en question s’inscrit dans le cadre général d’un devoir policier statutaire ou en common law. Deuxièmement, le tribunal doit déterminer si la conduite constitue un exercice justifiable des pouvoirs policiers afférents à ce devoir. À la deuxième étape, le tribunal doit se demander si la conduite des policiers est raisonnablement nécessaire pour accomplir le devoir. Il faut soupeser trois facteurs pour répondre à cette question : (1) l’importance que présente l’accomplissement de ce devoir pour l’intérêt public, (2) la nécessité de l’atteinte à la liberté individuelle pour l’accomplissement de ce devoir, et (3) l’ampleur de l’atteinte à la liberté individuelle. Tout au long de l’analyse, le fardeau de la preuve repose sur l’État.

La deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires doit toujours être appliquée avec rigueur pour veiller à ce que l’État s’acquitte de son fardeau de démontrer que l’atteinte à la liberté individuelle est justifiée et nécessaire. La norme de justification doit être proportionnée aux droits fondamentaux en cause et, dans le contexte unique d’un présumé pouvoir d’arrestation comme celui dont il est question dans la présente cause, la norme est particulièrement rigoureuse pour plusieurs raisons. Premièrement, le présumé pouvoir autoriserait les policiers à porter atteinte à la liberté d’un individu qui agit en toute légalité. Un tel pouvoir serait de nature extraordinaire et il est particulièrement important que les tribunaux protègent les individus contre les restrictions à leur liberté lorsqu’ils ne sont ni accusés ni soupçonnés d’avoir commis une infraction. Deuxièmement, le présumé pouvoir policier en est un de prévention, et les tribunaux doivent faire preuve d’une grande prudence quant au fait d’autoriser les actions policières uniquement parce qu’un acte illégal ou perturbateur pourrait être commis. Des normes vagues ou trop permissives dans de telles situations auraient pour effet d’autoriser des atteintes importantes à la liberté, qui auraient par ailleurs peu d’avantages pour la société. Troisièmement, puisque le présumé pouvoir d’arrestation n’entraînerait généralement pas le dépôt d’accusations, les tribunaux se pencheraient rarement sur son exercice. Pour cette raison, toute norme établie devrait d’entrée de jeu être claire et assurer une grande protection du droit à la liberté.

En l’espèce, le pouvoir invoqué est celui d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d’autres. Il vise des individus qui ne sont pas eux‑mêmes soupçonnés d’être sur le point d’enfreindre la loi ou de commettre un acte de violence, dans des situations où néanmoins, aux yeux des policiers, l’arrestation de ces individus permettrait de prévenir une violation de la paix. Ce pouvoir proposé donnerait lieu à première vue à une atteinte importante aux droits fondamentaux relatifs à la liberté. En fait, il existe peu d’actions policières qui portent davantage atteinte à la liberté d’un individu qu’une arrestation — une action qui restreint complètement la capacité d’une personne de se déplacer dans l’espace public, sans coercition de l’État. Il toucherait directement une panoplie de droits qui sont fondamentaux pour la liberté individuelle dans notre société et il minerait directement l’attente de tous les individus de pouvoir, dans l’exercice légal de leur liberté, vivre leur vie sans interférence coercitive de la part de l’État.

Ce présumé pouvoir relève de la portée générale des devoirs policiers de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens reconnus par la common law. La prévention de violations de la paix, qui supposent de la violence et un risque de préjudice, est directement liée à ces devoirs.

Cependant, le présumé pouvoir policier n’est pas raisonnablement nécessaire pour l’accomplissement des devoirs pertinents. S’il est vrai que préserver la paix et protéger les gens contre la violence sont des devoirs extrêmement importants, et s’il se peut qu’il existe de rares circonstances dans lesquelles une certaine atteinte à la liberté est nécessaire pour prévenir une violation de la paix, une arrestation ne peut être justifiée au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires. Il existe déjà un pouvoir d’arrestation statutaire qui peut être exercé si un individu résiste ou fait entrave au travail d’un policier qui recourt à d’autres mesures moins intrusives. En outre, on ne peut se fonder sur le simple fait qu’une action policière ait été efficace pour justifier qu’elle ait été prise si elle a porté atteinte à la liberté d’un individu. Si les policiers peuvent raisonnablement atteindre le même résultat en prenant une mesure qui porte moins atteinte à la liberté, une mesure plus intrusive ne sera pas raisonnablement nécessaire, quelle que soit son efficacité. Une atteinte à la liberté devrait être une mesure de dernier recours.

Comme il n’existe aucun pouvoir en common law d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d’autres, les policiers n’avaient pas l’autorité légale d’arrêter F en l’espèce. La juge du procès a spécifiquement conclu que F n’avait rien fait d’illégal avant d’être arrêté; aucune preuve dans le dossier ne démontrait qu’il avait commis une infraction en marchant le long de la rue, en pénétrant sur les terres occupées ou en se trouvant debout avec son drapeau canadien. Aucune preuve ne démontrait non plus qu’il était lui‑même sur le point de commettre un acte criminel ou de violer la paix. La province et la police n’ont pas cherché à contester cette conclusion en appel et n’ont pas non plus invoqué de pouvoir statutaire, ni ne se sont fondées sur un tel pouvoir, pour arrêter F. Ils se fondent entièrement sur un pouvoir en common law d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d’autres individus — un pouvoir qui n’existe pas. Compte tenu de cette conclusion, la tenue d’un nouveau procès sur la question de la force excessive n’est pas nécessaire. Comme les policiers n’étaient pas autorisés par la common law à arrêter F, aucune force n’aurait été justifiée aux fins d’accomplir cette tâche.

**Jurisprudence**

**Arrêts appliqués :** *Dedman c. La Reine*,[1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; **arrêts mentionnés :** *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Henco Industries Ltd. c. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721; *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Kang‑Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *Figueiras c. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. (on the application of Hicks) c. Metropolitan Police Comr*, [2017] UKSC 9, [2018] 1 All E.R. 374; *R. (on the application of Laporte) c. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, [2006] UKHL 55, [2007] 2 All E.R. 529; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, [2019] 3 R.C.S. 91; *R. c. Knowlton*, [1974] R.C.S. 443; *R. c. C.E.*, 2009 NSCA 79, 279 N.S.R. (2d) 391; *Bibby c. Chief Constable of Essex Police*, [2000] EWCA Civ 113; *Austin c. Metropolitan Police Comr*, [2007] EWCA Civ 989, [2008] 1 All E.R. 564; *O’Kelly c. Harvey* (1883), 14 L.R.I. 105; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Oakes*,[1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Swain*,[1991] 1 R.C.S. 933.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2*b*), 7, 8, 9, 15.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46, art. 25(1), 31(1), 65, 86, 129, 264.1 à 269, 270, 430, 495(1)a).

*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I‑21, art. 34(1)a).

*Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. P.15, art. 42(1)a).

**Doctrine et autres documents cités**

Burchill, John. « A Horse Gallops Down a Street . . . Policing and the Resilience of the Common Law » (2018), 41 *Man. L.J.* 161.

Ceyssens, Paul. *Legal Aspects of Policing*, vol. 1, Saltspring Island (B.C.), Earlscourt Legal Press, 1994 (loose‑leaf updated December 2018, release 34).

Coughlan, Steve, and Glen Luther. *Detention and Arrest*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2017.

Esmonde, Jackie. « The Policing of Dissent : The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations » (2002), 1 *J.L. & Equality* 246.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).

Jochelson, Richard. « Ancillary Issues with *Oakes*: The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory » (2013), 43 *R.D. Ottawa* 355.

Williams, Glanville L. « Arrest for Breach of the Peace », [1954] *Crim. L.R.* 578.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Cronk, Huscroft et Nordheimer), 2018 ONCA 160, 140 O.R. (3d) 684, 420 D.L.R. (4th) 728, 45 C.C.L.T. (4th) 244, [2018] O.J. No. 841 (QL), 2018 CarswellOnt 2369 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Carpenter‑Gunn de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, no 11‑26190, datée du 22 septembre 2016. Pourvoi accueilli.

Michael Bordin et Jordan Diacur, pour l’appelant.

Judie Im, Sean Hanley, Baaba Forson et Ayah Barakat, pour les intimés.

Anne M. Turley et Zoe Oxaal, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Éric Cantin et Stéphane Rochette, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Sean Dewart, Adrienne Lei et Tim Gleason, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Louis Strezos et Michelle M. Bidduph, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Bryant Mackey, pour l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police.

Ryan D. W. Dalziel et Kayla Strong, pour l’intervenante Canadian Association for Progress in Justice.

Brandon Kain et Adam Goldenberg, pour l’intervenante Canadian Constitution Foundation.

Version française du jugement de la Cour rendu par

La juge Côté —

1. Aperçu
2. Le 24 mai 2009, des agents de la Police provinciale de l’Ontario (« P.P.O. ») ont arrêté l’appelant, Randolph (Randy) Fleming, à Caledonia, en Ontario. Il n’avait commis aucun crime ni enfreint aucune loi. Il n’était pas sur le point de commettre une infraction, de blesser quiconque ou de violer la paix. Essentiellement, les agents de la P.P.O. ont affirmé avoir arrêté M. Fleming pour sa propre sécurité. La question dont la Cour est saisie est celle de savoir si cette arrestation était légale.
3. Les policiers sont chargés de s’acquitter de nombreux devoirs importants dans la société canadienne. Ils doivent, entre autres, maintenir la paix, prévenir le crime et protéger la vie des personnes et les biens. L’exécution de ces devoirs requiert parfois de porter atteinte à la liberté de certains individus. Une société libre et démocratique ne peut toutefois tolérer que l’on porte atteinte aux droits des individus qui respectent la loi comme mesure de premier recours. Il y a une limite à ne pas franchir et cette limite est établie par la primauté du droit. Celle‑ci exige que les policiers qui portent atteinte à la liberté d’un individu agissent en conformité avec la loi.
4. Dans la plupart des cas, les pouvoirs des policiers sont clairement énoncés dans des lois adoptées par les assemblées législatives. La législation n’est cependant pas la seule source de ces pouvoirs. La Cour reconnaît depuis longtemps que, dans certaines circonstances, ils peuvent également être conférés par la common law.
5. Lorsqu’on demande aux tribunaux de reconnaître de nouveaux pouvoirs policiers en common law, il est important de garder à l’esprit ce que le juge La Forest a déclaré dans l’arrêt *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36 : « . . . il n’est pas du ressort des tribunaux, à titre de protecteurs de nos droits fondamentaux, d’élargir la possibilité de porter atteinte à ces libertés personnelles » (p. 57).
6. Depuis longtemps, la common law cherche à protéger les individus contre les abus du pouvoir étatique. Les tribunaux du Canada, en tant que gardiens de la common law, doivent agir avec prudence lorsqu’on leur demande de se fonder sur elle pour autoriser des actes qui ont pour effet de porter atteinte à la liberté individuelle. Cela n’est jamais aussi vrai que dans les cas, comme celui qui nous occupe, où l’exercice du pouvoir policier en cause limiterait les activités licites d’un individu. Dans de telles circonstances, les tribunaux doivent appliquer de manière particulièrement rigoureuse le test pour juger de l’existence d’un pouvoir policier en common law afin de s’assurer que tout pouvoir susceptible de porter atteinte à la liberté est réellement nécessaire.
7. Les intimés en l’espèce, soit la province de l’Ontario et sept agents désignés de la P.P.O., n’invoquent aucune loi pour établir la légalité de l’arrestation de M. Fleming. Ils plaident plutôt que leur conduite était autorisée en common law par application de la doctrine des pouvoirs accessoires initialement établie par la Cour d’appel criminelle du Royaume‑Uni dans l’arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659, p. 660‑662. Selon eux, en vertu de cette doctrine, il existe un pouvoir policier en common law d’arrêter un individu dans la situation de M. Fleming pour prévenir une violation appréhendée de la paix. Essentiellement, les intimés proposent que la common law reconnaisse un pouvoir d’arrêter des individus qui n’ont commis aucune infraction, qui ne sont pas sur le point d’en commettre une, qui n’ont pas encore violé la paix, et qui ne sont pas eux‑mêmes sur le point de la violer. Pour les fins des présents motifs et par souci de simplicité, je vais faire référence à ce pouvoir comme au pouvoir « d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix ».
8. Comme je l’expliquerai, un tel pouvoir n’existe pas en common law. La doctrine des pouvoirs accessoires ne confère pas aux policiers le pouvoir d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix. Un pouvoir aussi intrusif que celui proposé, qui donne lieu à une atteinte considérable à la liberté d’individus qui respectent la loi, n’est pas raisonnablement nécessaire pour que les policiers s’acquittent de leur devoir de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens. Cela est particulièrement le cas, compte tenu de l’existence de pouvoirs moins intrusifs auxquels les policiers peuvent déjà recourir pour prévenir les violations de la paix.
9. En l’espèce, l’arrestation de M. Fleming n’était pas autorisée par la loi. Les agents de la P.P.O. ne jouissaient pas d’un pouvoir d’arrestation dans les circonstances du 24 mai 2009. Par conséquent, l’arrestation en cause était illégale et j’accueillerais le pourvoi.
10. Faits
11. La présente affaire découle d’un conflit foncier de longue date entre la Couronne et la première nation Six Nations de la rivière Grand. Ce conflit a mené à l’occupation, en février 2006, par des manifestants des Six Nations, d’un lopin de terre à Caledonia appelé les domaines de Douglas Creek (« D.D.C. ») (je désignerai ce groupe comme les « manifestants des D.D.C. »). Au cours de l’occupation, certains de ces manifestants ont aussi suspendu des drapeaux autochtones en bordure de la rue Argyle, qui longe le devant des terres. En juin de cette année‑là, la Couronne a acheté les D.D.C. et a autorisé les manifestants à continuer d’occuper les terres. Les premières étapes du conflit ont aussi été traitées en détail par la Cour d’appel de l’Ontario dans la décision *Henco Industries Ltd. c. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721.
12. L’occupation des D.D.C. a incité d’autres groupes de la communauté à organiser des contre‑manifestations pour s’opposer à l’occupation ainsi qu’à la réponse du gouvernement de l’Ontario et de la P.P.O. L’ambiance conflictuelle qui régnait dans la communauté a donné lieu à des affrontements violents entre les deux camps. À de nombreuses reprises, la P.P.O. — y compris plusieurs des agents intimés — a été appelée pour mettre fin à la violence. À l’occasion, la police a eu recours à des cordons policiers et des zones tampons pour permettre aux deux groupes de manifester de manière pacifique à proximité l’un de l’autre. La violence a atteint un sommet en 2006 et est en déclin depuis.
13. L’un des groupes de contre‑manifestants a décidé d’organiser un « rallye du drapeau » le 24 mai 2009 afin de manifester contre l’occupation des D.D.C., l’installation de drapeaux autochtones sur la rue Argyle et les actes de la P.P.O. Selon le plan pour ce rallye, les participants devaient descendre la rue Argyle vers le sud et hisser un drapeau canadien en face de l’entrée des D.D.C.
14. La P.P.O. a eu connaissance que le rallye du drapeau s’organisait dans les mois qui l’ont précédé et a mis au point un plan opérationnel. Celui‑ci visait à assurer la sécurité publique tout en permettant à tous les groupes de s’exprimer pacifiquement. Le plan opérationnel a été élaboré conformément aux politiques de la P.P.O., y compris le Cadre de référence pour la préparation des services policiers en cas d’incident critique concernant les Autochtones (« Cadre en cas d’incident critique concernant les Autochtones »). Il s’agit d’un document stratégique qui fournit aux policiers une orientation sur la façon de gérer les relations avec les peuples autochtones. Il s’applique [traduction] « avant, pendant et après tout incident critique concernant les Autochtones lorsque la source du conflit peut découler de revendications de droits ancestraux ou issus de traités », par exemple une « manifestation à l’appui d’une revendication territoriale » (d.a., vol. V, p. 50). En outre, l’agent responsable de l’élaboration du plan opérationnel a consulté la collectivité autochtone locale, le conseil municipal et les organisateurs du rallye du drapeau.
15. En fin de compte, la P.P.O. a jugé que les participants au rallye et les manifestants des D.D.C. ne devaient pas se mêler les uns aux autres et décidé qu’aucun des participants au rallye du drapeau ne serait autorisé à pénétrer sur les terres des D.D.C. La P.P.O. a donc informé les organisateurs du rallye du drapeau de cette décision. Cependant, aucun cordon policier n’a été installé et aucune zone tampon n’a été établie le jour du rallye. Le plan opérationnel prévoyait notamment la présence, le 24 mai, de deux unités de maintien de l’ordre public à Caledonia, chacune comptant une trentaine d’agents.
16. Monsieur Fleming était un résident de Caledonia qui entendait participer au rallye du drapeau afin d’exprimer son point de vue sur les questions litigieuses entourant l’occupation des D.D.C. Le jour du rallye, il a commencé à marcher en direction nord sur la rue Argyle, vers l’emplacement où devait se tenir le rallye et où il prévoyait rejoindre le reste des participants qui se déplaçaient dans la direction opposée. Il transportait un drapeau canadien attaché à un mât en bois de 40 à 42 pouces.
17. Alors que M. Fleming marchait sur l’accotement de la rue Argyle, une des escouades de la P.P.O. — dont faisaient partie les agents intimés — remontait la rue vers le nord dans trois véhicules : deux fourgonnettes, dont une banalisée, et un véhicule de transport de contrevenants. Les agents ont remarqué M. Fleming lorsqu’ils sont passés à côté de lui. Ils ont rebroussé chemin et se sont dirigés vers lui dans l’intention de s’interposer entre lui et l’entrée des D.D.C.
18. Monsieur Fleming a vu les fourgonnettes se déplacer vers l’accotement et se diriger rapidement vers lui. Afin d’éviter les véhicules qui s’approchaient, il a quitté l’accotement, franchi un fossé gazonné du côté opposé et enjambé une clôture basse pour mettre les pieds sur les terres des D.D.C. Il a déclaré par la suite avoir franchi la clôture pour se trouver sur un terrain plat. Les agents sont sortis de leurs véhicules et ont commencé à crier divers ordres à M. Fleming, lui demandant notamment [traduction] « [d’] arrête[r] » et « [de] retourne[r] sur l’accotement ». Ce dernier n’a pas réalisé que les agents s’adressaient à lui, car il croyait ne rien faire de mal.
19. La présence de M. Fleming sur les terres des D.D.C. semble avoir causé une réaction dans un groupe de manifestants des D.D.C. qui se trouvaient à l’entrée de la propriété, environ 100 mètres plus loin. Huit à dix d’entre eux ont commencé à se rapprocher, certains en marchant, d’autres en joggant. Aucun des manifestants ne transportait d’arme et aucun n’a proféré de menaces. De même, M. Fleming ne leur a pas adressé la parole. Alors que les manifestants étaient toujours à environ 10 à 20 pieds, l’agent Miller s’est approché de M. Fleming et lui a dit qu’il était en état d’arrestation.
20. L’agent Miller a pris M. Fleming par le bras et l’a ramené de l’autre côté de la clôture, hors des terres des D.D.C. Les agents ont ensuite ordonné à M. Fleming de laisser tomber son drapeau, ce qu’il a refusé de faire. Les agents l’ont forcé à s’allonger sur le sol, ont pris son drapeau et l’ont menotté. Monsieur Fleming soutient que lorsqu’on lui a passé les menottes, son bras gauche a été tiré vers l’arrière et que cela lui a causé une grande douleur et une blessure permanente.
21. Les circonstances de l’arrestation de M. Fleming ont été captées sur bande vidéo, bien que certaines parties des événements soient cachées par un buisson. Cet enregistrement a été déposé comme élément de preuve au procès.
22. Après l’arrestation de M. Fleming, les policiers l’ont fait monter à bord d’un véhicule de transport de contrevenants et amené dans une cellule du détachement local de la P.P.O. Il a éventuellement été remis en liberté, approximativement deux heures et demie après son arrestation.
23. En lien avec cet incident, M. Fleming a été accusé d’entrave au travail d’un agent de la paix pour avoir résisté à l’agent Miller lors de son arrestation. Il a comparu devant le tribunal à 12 reprises afin de se défendre contre cette accusation qui, en fin de compte, a été retirée par le ministère public presque 19 mois après son dépôt.
24. En mars 2011, M. Fleming a intenté une poursuite contre la province de l’Ontario et les sept agents de la P.P.O. qui ont participé à son arrestation. Il a demandé des dommages‑intérêts généraux pour voies de fait, arrestation illégale et séquestration ainsi que des dommages‑intérêts majorés ou punitifs et des dommages‑intérêts pour violation des droits qui lui sont garantis par l’al. 2*b*) et les art. 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
25. Historique des procédures
    1. Cour supérieure de justice de l’Ontario (la juge Carpenter‑Gunn), 11‑26190, 22 septembre 2016
26. Au terme du procès, la juge Carpenter‑Gunn a rendu un jugement en faveur de M. Fleming et ordonné aux intimés de lui verser la somme totale de 139 711,90 $ en dommages‑intérêts généraux, dommages‑intérêts spéciaux, dommages‑intérêts résultants d’un délit civil et dommages‑intérêts en application de la *Charte*. Elle a également ordonné aux intimés de payer les dépens engagés par M. Fleming dont le montant convenu s’élevait à 151 000 $.
27. La juge du procès a tiré la conclusion de fait que la P.P.O. a eu l’intention [traduction] « d’empêcher que M. Fleming marche le long de la rue Argyle avec un drapeau canadien, et qu’il a été mis en état d’arrestation pour avoir marché sur une distance de quelques pieds sur [les terres des D.D.C.] et pour y être resté debout durant quelques secondes en tenant un drapeau canadien » (d.a., vol. I, p. 42). Elle a noté qu’une des questions cruciales en l’espèce était celle de savoir si les agents détenaient l’autorité légale d’arrêter M. Fleming. Elle a insisté sur le fait que les intimés n’ont présenté aucune preuve démontrant que M. Fleming avait enfreint quelque loi que ce soit avant son arrestation.
28. Se fondant sur la décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Brown c. Durham Regional Police Force* (1998), 43 O.R. (3d) 223, la juge du procès a accepté que la police dispose d’un pouvoir d’arrestation, reconnu en common law, pour prévenir une violation appréhendée de la paix, à condition que la violation en question soit imminente et que le risque qu’elle survienne soit important. Cependant, compte tenu des faits de la cause, elle a conclu que la conduite des agents n’était pas autorisée en common law. Elle a jugé que, en posant les gestes qu’ils ont posés, les agents n’avaient pas [traduction] « préservé la paix ». À son avis, une « violation de la paix » suppose de la violence et un dommage à des individus. Ainsi, pour elle, en l’absence de l’une et de l’autre dans la présente affaire, il n’y avait pas eu de véritable violation de la paix. Elle a aussi conclu que toute violation appréhendée de la paix par les manifestants des D.D.C. qui approchaient n’était pas imminente et qu’il n’y avait pas de risque important qu’elle se matérialise. Elle a expliqué que la crainte des agents à l’égard de la sécurité de M. Fleming n’était pas fondée sur les événements réels de la journée, mais plutôt sur une préoccupation générale découlant des affrontements violents passés. Selon la juge du procès, il existait des options moins attentatoires qui auraient pu désamorcer la situation, comme celle d’établir une zone tampon entre M. Fleming et les manifestants.
29. La juge du procès a également critiqué le recours au Cadre en cas d’incident critique concernant les Autochtones par la P.P.O. dans l’élaboration de son plan opérationnel. À son avis, le rallye du drapeau ne constituait pas un « incident critique concernant les Autochtones ».
30. Par suite de ces constatations, la juge du procès a conclu au bien‑fondé des allégations d’arrestation illégale et de séquestration de M. Fleming. Elle a également déterminé que les intimés avaient commis des voies de fait parce que la force qu’ils avaient utilisée ne pouvait être justifiée.
31. En examinant les réclamations de M. Fleming pour des dommages‑intérêts en vertu de la *Charte*, la juge du procès a conclu qu’il y avait eu violation de ses droits garantis par l’al. 2*b*) et par les art. 7 et 9 lorsque les policiers l’ont arrêté illégalement et l’ont empêché d’assister à une manifestation politique. Elle a également déclaré que, d’après les faits de l’espèce, aucun manquement à l’art. 15 n’avait été établi. Elle a ultimement accordé à M. Fleming des dommages‑intérêts supplémentaires de 5 000 $ en vertu de la *Charte* pour le manquement à l’al. 2*b*).
    1. Cour d’appel de l’Ontario (les juges Cronk, Huscroft et Nordheimer), 2018 ONCA 160
32. Une majorité des juges de la Cour d’appel a accueilli l’appel, concluant que les agents de la P.P.O. étaient autorisés par la common law à arrêter M. Fleming pour prévenir une violation appréhendée de la paix. Les juges majoritaires ont annulé l’octroi des dommages‑intérêts adjugés par la juge du procès et ordonné la tenue d’un nouveau procès uniquement sur la question du recours à une force excessive.
33. Le juge Nordheimer, s’exprimant en son nom et en celui de la juge Cronk, a relevé un certain nombre de supposées erreurs dans l’analyse de la juge du procès. À son avis, cette dernière avait eu tort de mettre l’accent sur les gestes posés par les policiers en les considérant comme un événement isolé, plutôt que de les examiner dans le contexte des conflits perdurant à Caledonia. Il était également d’avis que le Cadre en cas d’incident critique concernant les Autochtones était clairement pertinent dans le contexte du rallye du drapeau; il avait du mal à comprendre pourquoi la juge du procès avait critiqué son utilisation par la P.P.O. dans l’élaboration de son plan opérationnel. Le juge Nordheimer a également conclu qu’aucun élément de preuve n’appuyait la conclusion de la juge du procès selon laquelle les agents avaient empêché M. Fleming de marcher le long de la rue Argyle avec son drapeau ou qu’ils avaient eu l’intention de le faire. Plus particulièrement, il a expliqué qu’il [traduction] « ne [s’était] rien passé » jusqu’à ce que M. Fleming pénètre sur les terres des D.D.C., et qu’il choisisse volontairement de quitter l’accotement de la rue. Étant donné ces erreurs, le juge Nordheimer a conclu qu’il était nécessaire de tenir un nouveau procès pour déterminer si l’arrestation avait été légale.
34. Le juge Nordheimer a conclu que les agents avaient agi dans le cadre de leurs devoirs visant à préserver la paix et à protéger le public. Quant à savoir s’il était justifié de porter atteinte à la liberté de M. Fleming, il a souligné que les agents de la P.P.O. étaient aux prises avec des affrontements liés à l’occupation des terres des D.D.C. depuis des années et qu’ils savaient que des incidents mineurs pouvaient dégénérer rapidement, sans préavis. Dans ce contexte, les actes de M. Fleming constituaient un événement imprévu à l’égard duquel les agents devaient réagir.
35. En outre, se fondant sur le témoignage de M. Fleming, le juge Nordheimer a expliqué que les manifestants des D.D.C. qui se sont précipités vers M. Fleming représentaient un risque réel pour sa sécurité et indiqué que la conclusion de la juge du procès selon laquelle il n’y avait eu aucune menace de violation de la paix n’était pas compatible avec cet élément de preuve. Les policiers avaient donc eu raison de poser des gestes pour éviter que M. Fleming ne soit blessé et prévenir une violation possible de la paix. Selon le juge Nordheimer, bien que les policiers aient pu disposer d’autres options, il n’était pas nécessaire qu’ils y recourent si l’expulsion de M. Fleming des terres des D.D.C. pouvait facilement régler la situation, surtout que d’autres mesures auraient pu attiser les tensions.
36. Cela dit, le juge Nordheimer a ajouté que l’autorisation légale de procéder à une arrestation ne donne pas la permission aux agents d’utiliser une force excessive pour ce faire. La juge du procès a conclu qu’une telle force excessive avait été utilisée, mais, pour le juge Nordheimer, cette conclusion était entachée par son autre conclusion erronée selon laquelle l’arrestation avait été illégale. Il a souligné que le dossier ne permettait pas de déterminer quel agent avait tiré le bras gauche de M. Fleming vers l’arrière ni comment cela s’était produit ou pourquoi. Par conséquent, la Cour d’appel n’était pas en mesure de se prononcer sur l’utilisation ou non d’une force excessive. Le juge Nordheimer a donc ordonné la tenue d’un nouveau procès sur cette seule question.
37. Selon le juge Huscroft, dissident, rien ne justifiait de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle les agents n’étaient pas en droit d’arrêter M. Fleming. Il n’était pas d’accord pour dire que l’une quelconque des soi‑disant erreurs pouvait effectivement être qualifiée d’erreur manifeste et dominante.
38. Toujours selon lui, la Cour d’appel n’avait pas le droit de substituer ses propres conclusions de fait à celles de la juge de première instance. À son avis, l’arrestation de M. Fleming n’avait pas été une mesure valide de premier recours, même en présence d’un risque que des actes illégaux violents soient commis, risque qui n’était ni imminent ni important. Il a expliqué que le pouvoir policier d’arrêter un individu pour une violation appréhendée de la paix est un pouvoir exceptionnel et qu’il n’était pas justifié de l’exercer en l’espèce. Le juge Huscroft aurait donc rejeté l’appel.
39. Questions en litige
40. La question centrale en l’espèce est celle de savoir si les policiers ont agi légalement lorsqu’ils ont arrêté M. Fleming le 24 mai 2009. Pour répondre à cette question, nous devons déterminer si, et dans quelles circonstances, les forces policières ont en common law le pouvoir d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix. La common law permet‑elle aux policiers d’arrêter des individus qui n’ont commis aucune infraction, qui ne sont pas sur le point d’en commettre une, qui n’ont pas encore violé la paix, et qui ne sont pas eux‑mêmes sur le point de le faire?
41. Une question secondaire est celle de savoir si la Cour d’appel a commis une erreur en ordonnant la tenue d’un nouveau procès sur la question du recours à une force excessive.
42. Analyse
    1. La doctrine des pouvoirs accessoires
43. Lorsqu’ils exercent les devoirs importants qui leur incombent dans une société libre et démocratique, les policiers sont parfois tenus de restreindre la liberté de certains individus. Il s’agit d’un fait que les assemblées législatives et les tribunaux des ressorts de common law reconnaissent depuis longtemps. Cependant, la primauté du droit exige que ces pouvoirs policiers soient strictement limités afin de protéger les libertés individuelles. Dans l’arrêt *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, le juge en chef Dickson, dissident, mais non sur ce point, a énoncé ainsi le fondement de l’analyse sur ce sujet :

On a toujours considéré, comme principe fondamental de la primauté du droit dans ce pays, que dans l’accomplissement de leurs devoirs généraux à titre d’agents de l’État chargés de l’application de la loi, les policiers ont des pouvoirs limités et n’ont le droit de porter atteinte à la liberté personnelle ou à la propriété que dans la mesure autorisée par la loi. Le juge en chef Laskin, dissident, dans l’arrêt *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56, a exprimé cette opinion aux pp. 64 et 65 :

Toutefois, beaucoup plus important est le principe social, juridique et même politique sur lequel notre droit criminel est fondé, c’est‑à‑dire, le droit d’un individu à vivre en paix, à être libre de contrainte de nature privée ou publique, sauf dispositions contraires de la loi. Et c’est seulement dans la mesure où de pareilles dispositions de la loi existent qu’une personne peut être détenue ou qu’on peut supprimer sa liberté de mouvement.

En l’absence de pouvoir explicite ou implicite fondé sur la loi, la police doit être en mesure de trouver le pouvoir de poser ses actes dans la *common law*. Autrement, elle agit illégalement. [p. 10‑11]

1. Lorsqu’ils portent atteinte à la liberté d’individus, les policiers doivent agir conformément à la loi. Dans de nombreux cas, leurs pouvoirs sont clairement énoncés dans des textes de loi, comme le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46. Or, comme la Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Dedman*, les lois ne sont pas la seule source légale des pouvoirs policiers. Dans des circonstances particulières, la common law peut aussi constituer un fondement juridique à des pouvoirs soigneusement définis.
2. Devant la Cour, les intimés n’invoquent pas une loi en particulier ni ne citent ou ne tentent de se fonder sur une loi pour justifier l’arrestation de M. Fleming alors qu’il se trouvait sur les terres des D.D.C. Ils se fondent plutôt entièrement sur un pouvoir d’arrestation en common law dont l’exercice, selon eux, était justifié dans les circonstances de la présente affaire. En l’espèce, la Cour est donc appelée à déterminer si le pouvoir en question existe en common law.
3. Avant de procéder à une analyse des pouvoirs policiers reconnus en common law, il importe d’examiner le rôle qui revient aux tribunaux dans le contexte d’un tel exercice. Établir et restreindre les pouvoirs policiers relève du pouvoir des législateurs. En conséquence, les tribunaux doivent agir avec prudence lorsqu’ils sont appelés à se prononcer sur l’existence en common law de pouvoirs policiers proposés.
4. Cela étant dit, les tribunaux ne peuvent abdiquer le rôle qui leur incombe d’adapter progressivement des règles de common law lorsqu’il existe des lacunes législatives (voir *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 17; *R. c. Kang‑Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 6, 10, 50‑51 et 61). La Cour s’est d’ailleurs déjà fondée, dans de nombreuses circonstances, sur la doctrine des pouvoirs accessoires pour reconnaître l’existence de pouvoirs en common law. Comme le juge Moldaver l’a expliqué dans des motifs concordants dans l’arrêt *R. c. Reeves*, 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531, la doctrine des pouvoirs accessoires a été utilisée

pour affirmer plusieurs pouvoirs policiers reconnus en common law qui sont maintenant considérés comme fondamentaux. Par exemple, les contrôles routiers dans le cadre d’un programme R.I.D.E. (*Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2), les détentions aux fins d’enquête (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59), les fouilles accessoires à une arrestation (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158), les entrées dans une maison d’habitation pour répondre à un appel au 911 (*R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311), les fouilles par chiens renifleurs (*R. c. Kang‑Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456), et les fouilles de sécurité (*R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37) ont tous été affirmés par l’application du cadre de l’arrêt *Waterfield*. [par. 77]

En se demandant si la Cour devrait exercer son pouvoir de reconnaître des pouvoirs policiers accessoires, le juge Binnie a indiqué que : « Nous avons franchi le Rubicon » (*Kang‑Brown*, par. 22). Bien entendu, le législateur conserve toujours le pouvoir d’élargir, de modifier, de restreindre ou d’abolir de tels pouvoirs reconnus en common law, sous réserve de certaines limites constitutionnelles.

1. Pour déterminer si une action policière particulière qui a pour effet de restreindre la liberté d’un individu est autorisée en common law, la Cour applique le cadre établi initialement dans l’arrêt *Waterfield*. Cette approche est souvent appelée le test de l’arrêt *Waterfield*. Je préfère parler de la « doctrine des pouvoirs accessoires », car, comme le juge Binnie l’a noté dans l’arrêt *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, « il est étrange d’invoquer l’arrêt *Waterfield* à l’appui des pouvoirs policiers en common law » (par. 75). L’arrêt *Waterfield* portait sur la question de savoir si un agent agissait dans le cadre de l’exécution de ses fonctions lorsqu’il a été agressé; ainsi, la cause ne portait pas sur la reconnaissance d’un nouveau pouvoir policier en common law. Cela dit, peu importe les origines de la doctrine, la Cour a toujours appliqué le test établi par les juges majoritaires dans l’arrêt *Dedman*.
2. Par ailleurs, dans l’arrêt *Waterfield*, la cour d’appel anglaise devait examiner des actes liés à une enquête concernant un crime. Or, la doctrine des pouvoirs accessoires a une portée plus large que cela : elle peut être appliquée à de soi‑disant pouvoirs policiers — en tenant compte des éclaircissements appropriés dont je discuterai ci‑après —, même lorsqu’aucun crime n’est allégué.
3. Le fondement de la doctrine est que les actes policiers qui portent atteinte à la liberté individuelle sont autorisés en common law s’ils sont accessoires à l’accomplissement des devoirs reconnus des policiers. Les atteintes à la liberté sont acceptées si elles sont raisonnablement nécessaires — suivant le test énoncé ci‑après — pour que les policiers puissent s’acquitter de leurs devoirs.
4. À l’étape préliminaire de l’analyse, le tribunal doit clairement définir le pouvoir policier invoqué, ainsi que le droit à la liberté en cause (*Figueiras c. Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208, 124 O.R. (3d) 641, par. 55‑66). La doctrine des pouvoirs accessoires entre en jeu lorsque le pouvoir en question porte atteinte à première vue à la liberté individuelle. Ici, le terme « liberté » englobe tant les droits et libertés constitutionnels que les libertés civiles traditionnelles reconnues par la common law (voir *Clayton*, par. 59; *Figueiras*, par. 49). Une fois le pouvoir policier et le droit à la liberté définis, l’analyse se fait en deux étapes :
5. La conduite policière en cause s’inscrit‑elle dans le cadre général d’un devoir policier statutaire ou en common law?
6. La conduite constitue‑t‑elle un exercice justifiable des pouvoirs policiers afférents à ce devoir?

(*R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, par. 35‑36; *Reeves*, par. 78)

1. À la deuxième étape de l’analyse, le tribunal doit se demander si la conduite des policiers est raisonnablement nécessaire pour accomplir le devoir (*MacDonald*, par. 36). Comme la Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Dedman*:

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 par cette atteinte. [p. 35]

Dans l’arrêt *MacDonald*, les juges majoritaires de la Cour ont énoncé trois facteurs à soupeser pour répondre à cette question :

1. l’importance que présente l’accomplissement de ce devoir pour l’intérêt public;

2. la nécessité de l’atteinte à la liberté individuelle pour l’accomplissement de ce devoir;

3. l’ampleur de l’atteinte à la liberté individuelle. [par. 37; renvois omis.]

1. Tout au long de l’analyse, il incombe à l’État de justifier l’existence en common law des pouvoirs policiers qui entraînent une atteinte à la liberté.
2. La Cour a appliqué la doctrine des pouvoirs accessoires à maintes reprises afin de déterminer si — et dans quelles circonstances — un pouvoir particulier existe en common law. Dans chaque cas, elle a cherché à définir le pouvoir en cause et à énoncer clairement les conditions dans lesquelles il peut être exercé (voir *MacDonald*, par. 39‑40; *Mann*, par. 34 et 40; *Reeves*, par. 95 (le juge Moldaver); *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 22; *Kang‑Brown*, par. 58‑60 (le juge Binnie) et 169 (la juge Deschamps); *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 185‑186). Une fois que la Cour eût défini les paramètres du pouvoir, elle s’est demandé si les actes policiers en cause s’inscrivaient à l’intérieur de ces paramètres (c.‑à‑d. si les policiers avaient agi conformément aux pouvoirs que leur reconnaît la common law).
3. Par exemple, la Cour a jugé dans l’arrêt *Mann* qu’il existe un pouvoir de détention aux fins d’enquête en common law lorsque : a) le policier a des motifs raisonnables de soupçonner qu’il existe un lien clair entre l’individu et une infraction criminelle commise récemment ou en cours; et b) la décision de détenir une personne est raisonnable, suivant une considération objective de l’ensemble des circonstances (voir par. 34).
4. De même, dans l’arrêt *MacDonald*, les juges majoritaires de la Cour ont conclu que les policiers détiennent un pouvoir en common law d’effectuer une « fouille de sécurité » dans une résidence privée si le policier « croi[t] pour des motifs raisonnables que [sa] sécurité est menacée et qu’il est donc nécessaire de procéder à une fouille » (par. 41). Ils ont ensuite examiné la question de savoir si le policier, dans cette affaire, avait les motifs raisonnables requis (voir par. 44).
5. Cette approche établit des lignes directrices claires pour les policiers, qui doivent agir avec célérité et faire preuve de souplesse dans des situations réelles susceptibles d’évoluer rapidement. Il importe que les tribunaux donnent aux policiers des directives les plus claires possibles sur les pouvoirs dont ils disposent en common law dans la portée générale de leurs devoirs. Cela permet ensuite aux policiers d’appliquer ces lignes directrices dans leurs activités quotidiennes.
6. Bien que la doctrine des pouvoirs accessoires concerne les interventions policières qui portent atteinte à la liberté — un terme qui, je le répète, englobe de nombreux droits constitutionnels —, un tribunal n’a pas à appliquer l’article premier de la *Charte* lorsqu’elle se prononce sur l’existence de pouvoirs policiers en common law (*Clayton*, par. 21). Cela dit, les deux cadres d’analyse ne sont pas totalement sans lien.
7. Il est possible de dresser des parallèles évidents entre certains concepts qui jouent un rôle important dans le contexte de la justification au regard de la *Charte* — comme ceux de l’atteinte minimale et de la proportionnalité — et la doctrine des pouvoirs accessoires (voir R. Jochelson, « Ancillary Issues with *Oakes* : The Development of the Waterfield Test and the Problem of Fundamental Constitutional Theory » (2013), 43 *R.D. Ottawa* 355; J. Burchill, « A Horse Gallops Down a Street . . . Policing and the Resilience of the Common Law » (2018), 41 *Man. L.J.* 161, p. 175). Par exemple, les trois facteurs énoncés dans l’arrêt *MacDonald* exigent une évaluation de la proportionnalité. En outre, selon le concept de la nécessité raisonnable, il ne doit pas être possible dans les circonstances de recourir à d’autres mesures moins intrusives. Si les policiers peuvent accomplir leur devoir d’une manière qui porte moins atteinte à la liberté, le pouvoir invoqué n’est clairement pas raisonnablement nécessaire (voir *Clayton*, par. 21).
8. Ultimement, la doctrine des pouvoirs accessoires est conçue pour établir un juste équilibre entre les atteintes à la liberté individuelle et la possibilité pour les policiers de faire ce qui est raisonnable et nécessaire pour s’acquitter de leurs fonctions (voir *Clayton*, par. 26).
9. En gardant ce contexte général en tête, je me pencherai maintenant sur le pouvoir policier particulier qu’invoquent les policiers en l’espèce.
   1. L’étape préliminaire : définir le pouvoir et le droit à la liberté en cause
10. D’emblée, il importe de définir clairement le pouvoir en cause et le droit à la liberté qu’il restreint à première vue. Le pouvoir invoqué en l’espèce est celui d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix. En ciblant un tel individu, ce pouvoir qu’on propose de reconnaître vise des personnes qui n’ont commis ni infraction ni violation de la paix et qui ne sont pas sur le point d’en commettre.
11. L’expression « violation de la paix » exige des précisions. La violence est au cœur de ce concept. En common law, une violation de la paix a toujours impliqué un [traduction] « danger pour l’individu » (G. L. Williams, « Arrest for Breach of the Peace », [1954] *Crim. L.R.* 578, p. 579). La Cour suprême du Royaume‑Uni a récemment déclaré, dans l’arrêt *R. (on the application of Hicks) c. Metropolitan Police Comr*, [2017] UKSC 9, [2018] 1 All E.R. 374, que [traduction] « l’essence d’une violation de la paix est la violence » (par. 4) (voir aussi *R. (on the application of Laporte) c. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary*, [2006] UKHL 55, [2007] 2 All E.R. 529, par. 27). Dans l’arrêt *Brown*, le juge Doherty, s’exprimant pour la Cour d’appel de l’Ontario, a ainsi défini le concept : [traduction] « Une violation de la paix envisage un acte ou des actions qui entraînent une menace de préjudice ou un préjudice réel pour quelqu’un » (p. 248 (note de bas de page omise)). Dans l’arrêt *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, le juge Kerwin (plus tard juge en chef), dans des motifs concordants, a proposé la définition suivante d’une violation de la paix :

[traduction] Il peut être difficile de définir de manière exhaustive ce qui constitue une violation de la paix, mais pour les besoins de la présente affaire, la définition donnée dans Clerk and Lindsell on Torts (10e édition), page 298, peut être acceptée : —

Il y a violation de la paix lorsqu’une agression réelle est commise sur un individu ou qu’il en résulte de l’inquiétude et de l’excitation au sein de la population. Le simple fait de déranger ou d’insulter quelqu’un sans recourir réellement à la violence ne constitue pas une violation de la paix. Par conséquent, un propriétaire ne peut pas faire incarcérer un homme qui sonne violemment et continuellement à sa porte — sauf en vertu d’une loi spéciale sur les pouvoirs policiers. [Je souligne; p. 519.]

1. Comme ces arrêts l’indiquent clairement, un acte ne peut être considéré comme une violation de la paix que s’il comporte un certain degré de violence et un risque de préjudice. Ce n’est qu’en présence d’un danger de cette gravité que le pouvoir de l’État de porter légalement atteinte à la liberté d’un individu entre en jeu. Un comportement qui est simplement perturbateur, embêtant ou indiscipliné n’est pas une violation de la paix.
2. À cette étape, il est également essentiel de préciser quels pouvoirs policiers *ne* sont *pas* en cause. Plus particulièrement, comme je l’ai déjà indiqué, il n’est pas question en l’espèce du pouvoir d’arrêter une personne afin d’empêcher *cette personne* de commettre une violation de la paix. Il semble qu’un tel pouvoir ait déjà existé en common law (voir *Hicks*, par. 4). En effet, la Cour d’appel de l’Ontario a examiné précisément ce pouvoir en *obiter* dans l’arrêt *Brown*, et suggéré qu’il existait, en affirmant qu’un [traduction] « policier peut aussi arrêter un individu qui est sur le point de violer la paix ou le détenir » (p. 248 (je souligne)). Bien qu’il ne soit pas nécessaire de trancher la question en l’espèce, je me demande sérieusement s’il est encore nécessaire au Canada de nos jours que la common law reconnaisse un pouvoir de cette nature aux policiers.
3. Le *Code criminel* prévoit explicitement un certain nombre de pouvoirs d’arrestation sans mandat qui écartent la nécessité d’un tel pouvoir en common law. En particulier, le par. 31(1) prévoit qu’un policier peut arrêter tout individu qu’il trouve en train de commettre une violation de la paix ou qu’il croit « être sur le point d’y prendre part ou de la renouveler ». En outre, aux termes de l’al. 495(1)a), un agent peut arrêter tout individu « qui, d’après ce qu’il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel ». Cela s’applique à toutes les infractions pour lesquelles le contrevenant peut être poursuivi par mise en accusation (*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I‑21, al. 34(1)a); S. Coughlan et G. Luther, *Detention and Arrest* (2e éd. 2017), p. 22‑23), une catégorie d’infractions qui englobe notamment les activités qui sont depuis toujours classées comme des violations de la paix, comme les divers types de voies de fait (art. 264.1 à 269), le méfait (art. 430), l’usage négligent d’une arme à feu (art. 86) et la participation à une émeute (art. 65) (voir Williams, p. 578‑579). Ainsi, les policiers disposent déjà de vastes pouvoirs qui leur permettent d’arrêter, sans mandat, un individu qui, d’après ce qu’ils croient pour des motifs raisonnables, est sur le point de commettre un acte qui constituerait une violation de la paix. J’ai donc du mal à voir pourquoi il serait nécessaire que les cours de common law comblent une lacune législative en reconnaissant un pouvoir d’arrestation pour empêcher des individus de violer eux‑mêmes la paix. Je ne formule pas de commentaires sur l’existence possible de pouvoirs autres que l’arrestation, dans de telles circonstances.
4. En l’espèce, il n’est pas question d’un individu mis en état d’arrestation alors qu’il aurait été sur le point de violer la paix. Le pouvoir en cause ici viserait plutôt des individus qui ne sont pas eux‑mêmes soupçonnés d’être sur le point d’enfreindre la loi ou de commettre un acte de violence, dans des situations où, néanmoins, aux yeux des policiers, l’arrestation de ces individus permet de prévenir une violation de la paix. Par exemple, ces individus pourraient être eux‑mêmes des cibles ou des victimes d’un acte de violence appréhendé. Ils pourraient être des « provocateurs » dont on craint que les actes ou les propos légaux incitent d’autres personnes à répondre de manière violente. Dans une telle situation, les policiers peuvent être d’avis que le fait de retirer l’individu de la zone désamorcera la situation, préviendra l’acte de violence appréhendé et assurera même sa propre sécurité.
5. Il est reconnu depuis longtemps qu’une telle conduite « provocante » n’est pas en soi illégale. Déjà, en 1950, les juges majoritaires de la Cour ont affirmé ceci :

[traduction] Je ne crois pas qu’il soit sage de statuer, en droit, qu’une conduite qui n’est pas par ailleurs criminelle et qui ne relève d’aucune catégorie d’infractions établie par le droit criminel devient criminelle parce que son résultat naturel et probable sera d’inciter les autres à répliquer de manière violente. Si un tel principe était reconnu, il me semble que de nombreuses conduites dont il est bien établi qu’elles ne sont pas criminelles pourraient faire l’objet d’une mise en accusation. Il suffirait d’énoncer les faits et d’en conclure que la conduite en question est susceptible de causer une violation de la paix.

(*Frey*, p. 526)

L’effet de la position des intimés, eu égard aux faits de l’espèce, revient néanmoins à revendiquer le pouvoir d’arrêter des individus engagés dans une conduite non criminelle de cette nature afin de prévenir la violence que cette conduite pourrait entraîner.

1. Ni l’une ni l’autre des cours d’instances inférieures n’a souligné la distinction entre le pouvoir d’arrestation d’un individu qui est personnellement sur le point de violer la paix et celui qui vise un individu agissant en toute légalité qui pourrait en inciter d’autres à violer la paix. Ces cours, à l’instar des intimés, se sont fondées sur les commentaires formulés en *obiter* dans *Brown* pour conclure que, s’il est satisfait à certaines conditions, les policiers détiennent le pouvoir d’arrêter un individu [traduction] « pour éviter une violation de la paix » (voir les motifs de la juge du procès, d.a., vol. I, p. 47). Toutefois, comme je l’ai expliqué précédemment, l’arrêt *Brown* ne traitait que du premier scénario — soit de l’arrestation d’« une personne qui est sur le point de violer la paix » — ce qui ne correspond pas aux circonstances de la présente affaire. En effet, dans l’arrêt *Brown*, la cour n’a pas traité du pouvoir en common law dont il est effectivement question dans le présent pourvoi, soit le pouvoir d’arrêter un individu qui n’est pas sur le point de violer la paix pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d’autres individus. Aucune cause canadienne ne semble avoir traité de la question de savoir si, comme l’exige la doctrine des pouvoirs accessoires, un tel pouvoir est raisonnablement nécessaire pour que les policiers s’acquittent d’une de leurs obligations. Il est donc nécessaire que la Cour le fasse maintenant.
2. Ce pouvoir d’arrestation proposé donnerait lieu à première vue à une atteinte importante aux droits fondamentaux relatifs à la liberté. En fait, il existe peu d’actions policières qui portent davantage atteinte à la liberté d’un individu qu’une arrestation — une action qui restreint complètement la capacité d’une personne de se déplacer dans l’espace public, sans coercition de l’État. Comme la Cour l’a récemment signalé, « l’arrestation d’une personne porte foncièrement atteinte à sa liberté » (*R. c. Penunsi*, 2019 CSC 39, [2019] 3 R.C.S. 91, par. 73). Bien entendu, le droit à la protection contre l’arrestation et la détention arbitraires est garanti par l’art. 9 de la *Charte*. En outre, lorsque des policiers emploient la force pour effectuer une arrestation, ils font aussi directement intervenir un droit général d’être protégé contre l’exercice de la force par l’État, de même que les droits à la liberté et à la sécurité de la personne protégés par l’art. 7 de la *Charte*.
3. Dans de nombreux cas, comme dans celui de M. Fleming, l’activité légale qui est restreinte du fait de l’arrestation pourrait en soi être protégée par la *Charte*. Lorsqu’une intervention de la police empêche un individu de s’exprimer légalement parce que cette expression pourrait provoquer ou fâcher autrui, la liberté d’expression garantie par l’al. 2*b*) entre aussi en jeu. En effet, la juge du procès a expressément conclu, à bon droit selon moi, que les actions des intimés en l’espèce ont enfreint le droit de M. Fleming protégé par l’al. 2*b*) (voir d.a., vol. I, p. 59‑61).
4. Le pouvoir invoqué en l’espèce toucherait directement une panoplie de droits qui sont fondamentaux pour la liberté individuelle dans notre société. Il minerait directement l’attente de tous les individus de pouvoir, dans l’exercice légal de leur liberté, vivre leur vie sans interférence coercitive de la part de l’État.
5. Compte tenu de l’atteinte importante à la liberté qui pourrait, à première vue, découler de ce pouvoir d’arrestation, la question suivante à trancher dans l’analyse de la doctrine des pouvoirs accessoires est celle de savoir si un tel pouvoir serait justifié pour que la police s’acquitte d’un devoir valide et, le cas échéant, dans quelles circonstances.
   1. La première étape : le devoir policier
6. En l’espèce, le présumé pouvoir policier relèverait de la portée générale des devoirs de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens.
7. Ces devoirs ont été reconnus comme des [traduction] « fonctions principales » de la police par la common law (P. Ceyssens, *Legal Aspects of Policing* (feuilles mobiles), p. 2‑1). Déjà, dans l’arrêt *Dedman*, le juge Le Dain a noté que la préservation de la paix et la protection de la vie et de la propriété figuraient parmi les pouvoirs relevant des policiers en common law (p. 32). En Ontario, la fonction de préservation de la paix est aussi explicitement énumérée à l’al. 42(1)a) de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. P.15.
8. La prévention de violations de la paix, qui supposent de la violence et un risque de préjudice, est directement liée à ces devoirs.
9. À mon avis, la conclusion de la juge du procès quant à cette étape de la doctrine des pouvoirs accessoires était erronée. En une seule phrase sur la question, elle a déclaré que [traduction] « d’après les faits propres à cette affaire concernant M. Fleming, les défendeurs ne “préservaient pas la paix” » (d.a., vol. I, p. 46). Cette déclaration confond les différentes étapes du test.
10. Bien que les commentaires de la juge du procès furent brefs, elle semble avoir conclu que les actes des intimés n’étaient pas justifiés — car il n’y avait pas de risque sérieux de violation de la paix — et que, en conséquence, ils ne pouvaient satisfaire à la première étape du test. Or, la question de savoir si le pouvoir est nécessaire pour atteindre l’objectif de préservation de la paix appartient à la deuxième étape. À la première étape, il est évident que les actes visant à prévenir une violation de la paix permettent aux policiers d’accomplir leurs devoirs de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens.
11. Puisqu’il est satisfait aux exigences de la première étape, la question principale en l’espèce concerne la deuxième étape.
    1. La deuxième étape : raisonnablement nécessaire
       1. Le contexte unique du pouvoir en cause en l’espèce
12. Les tribunaux doivent toujours appliquer la deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires avec rigueur pour veiller à ce que l’État s’acquitte de son fardeau de démontrer que l’atteinte à la liberté individuelle est justifiée et nécessaire. Comme la juge Abella l’a mentionné dans l’arrêt *Clayton* :

Il faut délimiter les pouvoirs policiers avec prudence afin d’établir un juste équilibre entre la prévention de l’atteinte injustifiée à la liberté et à la vie privée d’une personne et l’octroi aux policiers de pouvoirs raisonnablement nécessaires à la protection des citoyens. [par. 26]

1. Compte tenu du contexte unique du pouvoir proposé d’arrestation des intimés, il est particulièrement difficile de le justifier au regard de la deuxième étape de l’analyse. La Cour a jugé que « [l]a norme de justification doit être proportionnée aux droits fondamentaux en cause » (*Clayton*, par. 21). Dans ce cas, la « norme de justification » est particulièrement rigoureuse pour plusieurs raisons. Les caractéristiques du pouvoir, et notamment ses conséquences sur les individus qui respectent la loi, sa nature préventive et le fait qu’il échapperait à l’examen des tribunaux, indiquent toutes qu’il serait plus difficile de le justifier comme étant raisonnablement nécessaire en comparaison à d’autres pouvoirs reconnus en common law. La barre est haute.
2. Premièrement, le présumé pouvoir policier serait expressément exercé à l’encontre d’un individu qui n’est pas soupçonné d’avoir commis un acte criminel ou même de menacer de violer la paix. Dans le passé, la Cour n’a reconnu des pouvoirs policiers en common law qui supposent une atteinte à la liberté que lorsqu’il y avait un certain lien avec des activités criminelles. Dans ces cas, les pouvoirs se limitaient aux circonstances où il existait au moins un soupçon que l’individu touché par l’exercice du pouvoir avait participé à une infraction ou était susceptible d’en commettre une. Par exemple, la Cour a reconnu l’existence de pouvoirs visant la prévention d’une attaque sur la personne d’un dignitaire étranger (*R. c.* *Knowlton*, [1974] R.C.S. 443), la détection de la conduite avec facultés affaiblies (*Dedman*) et l’élimination des menaces que représentent les armes à l’endroit de policiers (*MacDonald*; *Mann*). Dans d’autres cas, les pouvoirs reconnus étaient directement liés aux enquêtes sur des crimes particuliers (*Godoy*; *Mann*; *Clayton*; *Kang‑Brown*).
3. Le cas présent est différent. Les intimés proposent la reconnaissance d’un pouvoir qui autoriserait les policiers à porter atteinte à la liberté d’un individu qui, ils le reconnaissent, agit en toute légalité et qu’ils ne soupçonnent pas ou ne croient pas être sur le point de commettre une infraction. On ne peut trop insister sur la nature extraordinaire qu’aurait ce pouvoir. Il constituerait une atteinte majeure aux actes légaux d’individus dans ce pays. Il est particulièrement important que les tribunaux protègent les individus contre les restrictions à leur liberté lorsqu’ils ne sont ni accusés ni soupçonnés d’avoir commis une infraction (voir *Penunsi*, par. 68).
4. Comme Lord Mance l’a déclaré dans l’arrêt *Laporte*, [traduction] « chaque fois que cela est possible, la mesure préventive devrait, à mon avis, viser les individus qui sont sur le point de troubler la paix et non les tiers innocents » (par. 149). De même, Lord Brown d’Eaton‑Under‑Heywood a observé que [traduction] « le premier devoir de la police est de protéger les droits des innocents et non d’obliger ceux‑ci à cesser de les exercer » (par. 124).
5. La nature fondamentale des droits relatifs à la liberté en cause jumelée à la proposition extraordinaire de porter atteinte à ces droits lorsque l’individu touché n’est pas soupçonné de conduite illégale requiert une analyse de justification rigoureuse et exigeante.
6. Deuxièmement, le présumé pouvoir policier en l’espèce en est un de prévention. Les intimés proposent la reconnaissance d’un pouvoir qui permettrait aux policiers d’agir de manière à prévenir des violations de la paix avant qu’elles ne surviennent.
7. La doctrine des pouvoirs accessoires ne limite pas l’action policière aux cas où une infraction ou une violation de la paix a déjà été commise. Les devoirs des policiers découlant de la common law qui visent à maintenir la paix, à prévenir le crime et à protéger la vie des personnes et les biens supposent clairement une capacité d’agir de manière proactive, au besoin. En ce sens, je souscris aux commentaires suivants du juge Doherty :

[traduction] Ce ne sont pas tous les pouvoirs d’application de la loi qui sont réactifs. Le devoir des policiers de prévenir le crime et de maintenir l’ordre public exige des mesures proactives de leur part . . .

Les mesures proactives de maintien de l’ordre sont, à de nombreux égards, plus efficaces que les mesures réactives.

(*Brown*, p. 246)

1. Lorsque de telles actions préventives ne portent pas atteinte à la liberté d’un individu, la police dispose, bien sûr, d’une grande latitude. Toutefois, lorsque ces actions policières attentatoires empiètent sur la liberté individuelle, les tribunaux doivent faire preuve d’une grande prudence quant au fait de les autoriser uniquement parce qu’un acte illégal ou perturbateur pourrait être commis. Des normes vagues ou trop permissives dans de telles situations auraient pour effet d’autoriser des atteintes importantes à la liberté, qui auraient par ailleurs peu d’avantages pour la société. En règle générale, il sera plus difficile pour l’État de justifier des pouvoirs policiers invasifs qui sont de nature préventive que ceux qui sont exercés en réponse à un crime ou qui permettent de mener une enquête sur un crime commis ou en cours (*Figueiras*, par. 45; voir également *Brown*, p. 249‑251).
2. Troisièmement, l’exercice des présumés pouvoirs policiers des intimés échapperait à l’examen des tribunaux. En effet, puisque ce pouvoir d’arrestation n’entraînerait généralement pas le dépôt d’accusations, l’individu concerné n’aurait souvent pas l’occasion de contester la légalité de l’arrestation, outre une poursuite coûteuse au civil (voir J. Esmonde, « The Policing of Dissent : The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations » (2002), 1 *J.L. & Equality* 246, p. 254‑255). Les tribunaux ne se pencheraient donc que rarement sur l’exercice de ce pouvoir policier. Pour cette raison, toute norme établie devrait d’entrée de jeu être claire et assurer une grande protection du droit à la liberté.
3. Ces facteurs démontrent que la doctrine des pouvoirs accessoires au présumé pouvoir policier en cause en l’espèce doit être appliquée de manière particulièrement rigoureuse à la deuxième étape de l’analyse. La norme de justification sera sévère et les intimés devront s’acquitter d’un lourd fardeau pour démontrer que le pouvoir est raisonnablement nécessaire.
4. Cette approche restrictive relative à la justification est conforme à la façon dont les tribunaux traitent des pouvoirs similaires en common law dont l’objet est de prévenir des violations de la paix tant dans notre pays (voir *Brown*; *Figueiras*; *R. c. C.E.*, 2009 NSCA 79, 279 N.S.R. (2d) 391, par. 36‑39) que dans d’autres ressorts de common law (voir *Bibby c. Chief Constable of Essex Police*, [2000] EWCA Civ 113; *Austin c. Metropolitan Police Comr*, [2007] EWCA Civ 989, [2008] 1 All E.R. 564; *Laporte*).
5. Je passe maintenant à l’application de la deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires au pouvoir policier en cause en l’espèce.
   * 1. Le pouvoir d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix
6. En appliquant rigoureusement la deuxième étape de la doctrine des pouvoirs accessoires au présent cas, il devient évident que le pouvoir d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation de la paix n’est pas raisonnablement nécessaire pour l’accomplissement des devoirs pertinents.
7. Je commence mon analyse par les trois facteurs établis dans l’arrêt *MacDonald*. En ce qui concerne l’importance du devoir, il ne fait aucun doute que préserver la paix et protéger les gens contre la violence sont des devoirs extrêmement importants. Les violations de la paix peuvent menacer la sécurité et la vie d’individus et peuvent compromettre le sentiment de sécurité du public.
8. Pour ce qui est du caractère nécessaire de l’atteinte pour l’accomplissement du devoir, il se peut qu’il existe de rares circonstances dans lesquelles une certaine atteinte à la liberté est nécessaire pour prévenir une violation de la paix.
9. Quant à l’ampleur de l’atteinte à la liberté individuelle, celle‑ci n’est justifiée que dans la mesure où elle est nécessaire pour prévenir la violation de la paix (voir *MacDonald*, par. 39). Comme je l’ai mentionné précédemment, l’arrestation est une des mesures dont dispose la police qui porte le plus atteinte à la liberté individuelle. Ainsi, lorsque d’autres mesures moins attentatoires permettraient aussi de prévenir la violation, il faut y avoir recours.
10. Après analyse de ces facteurs, je ne vois pas comment un pouvoir aussi draconien qu’un pouvoir d’*arrestation* pourrait être raisonnablement nécessaire. Je ne peux concevoir dans quelles circonstances un pouvoir d’arrestation en common law serait nécessaire pour prévenir un acte violent lorsqu’aucune autre mesure — autorisée par la common law et par les lois — ne permettrait d’atteindre cette fin.
11. À cet égard, il importe de noter que les lois prévoient déjà des pouvoirs d’arrestation pour les policiers dans de telles situations. L’art. 129 du *Code criminel* mentionne notamment ce qui suit :

Quiconque, selon le cas :

**a)** volontairement entrave un fonctionnaire public ou un agent de la paix dans l’exécution de ses fonctions ou toute personne prêtant légalement main‑forte à un tel fonctionnaire ou agent, ou lui résiste en pareil cas;

**b)** omet, sans excuse raisonnable, de prêter main‑forte à un fonctionnaire public ou à un agent de la paix qui exécute ses fonctions en arrêtant quelqu’un ou en préservant la paix, après un avis raisonnable portant qu’il est requis de le faire;

. . .

est coupable :

**d)**soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans;

**e)** soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

En outre, l’art. 270 crée une infraction pour les voies de fait contre « un fonctionnaire public ou un agent de la paix agissant dans l’exercice de leurs fonctions, ou une personne qui leur prête main‑forte ». Toutes ces infractions peuvent être punissables par mise en accusation, de sorte qu’un agent peut arrêter sans mandat en vertu de l’al. 495(1)a) la personne qui commet l’une ou l’autre de ces infractions.

1. En conséquence, lorsqu’un individu ne se conforme pas à des mesures policières moins intrusives visant à empêcher une violation de la paix — en faisant « volontairement entrave » au travail de l’agent qui agit dans l’exercice légitime de ses fonctions, en l’agressant ou en ne l’aidant pas à préserver la paix après « un avis raisonnable portant qu’il est requis de le faire » —, le *Code criminel* prévoit déjà un pouvoir statutaire d’arrestation.
2. Le pouvoir d’arrestation proposé par les intimés porterait gravement atteinte à la liberté individuelle. Ainsi, une telle arrestation ne peut être justifiée au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires. Il existe déjà un pouvoir d’arrestation statutaire qui peut être exercé si un individu résiste ou fait entrave au travail d’un policier qui recourt à d’autres mesures moins intrusives. Il n’est pas raisonnablement nécessaire qu’un autre pouvoir d’arrestation soit reconnu en common law dans ces circonstances. Donc, pour être claire, les seuls pouvoirs d’arrestation d’un individu dont disposent les policiers pour prévenir une violation appréhendée de la paix initiée par d’autres individus sont les pouvoirs qui sont expressément prévus au *Code criminel*. À mon avis, ces pouvoirs d’arrestation statutaires suffisent et tout autre pouvoir d’arrestation que pourrait reconnaître la common law serait inutile.
3. Dans la mesure où les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que l’arrestation de M. Fleming était justifiée en application de la doctrine des pouvoirs accessoires parce qu’elle avait été efficace pour prévenir une violation de la paix, j’estime qu’ils avaient tort. Le juge Nordheimer a déclaré ce qui suit :

[traduction] La juge du procès reproche aux policiers de ne pas avoir établi de zone tampon entre l’intimé et les manifestants et de ne pas avoir demandé de renforts au lieu d’arrêter l’intimé. Bien que les policiers aient pu recourir à ces deux options, le fondement des critiques de la juge du procès n’est pas clair. Il n’y avait pas lieu d’établir une zone tampon si l’affaire pouvait être réglée par l’expulsion de l’intimé, qui était la source des tensions. De plus, il n’y a aucune raison de croire qu’une zone tampon de six ou sept agents contre huit à dix manifestants qui approchaient rapidement (en plus des autres qui étaient prêts à rejoindre le groupe) aurait été efficace, ni aucune façon de savoir si elle n’aurait pas simplement donné lieu à une plus grande confrontation. De même, il n’y avait aucune raison de demander des renforts et de courir le risque d’aggraver la situation par une telle démonstration de force si, encore une fois, l’affaire pouvait être réglée par l’expulsion de l’intimé. [par. 57]

1. Premièrement, l’argument selon lequel l’arrestation de M. Fleming avait été efficace pour prévenir la violence n’est pas très convaincant étant donné les conclusions de la juge du procès selon lesquelles il n’y avait pas de risque réel d’une telle violence (d.a., vol. I, p. 49). Autrement dit, on ne peut pas affirmer que l’arrestation de M. Fleming a permis de prévenir des actes de violence s’il était improbable que de tels actes soient commis, même s’il n’avait pas été arrêté.
2. Deuxièmement, on ne peut se fonder sur le simple fait qu’une action policière ait été efficace pour justifier qu’elle ait été prise si elle a porté atteinte à la liberté d’un individu. Pour qu’une telle atteinte soit justifiée, la common law exige qu’elle soit « raisonnablement nécessaire ». Si les policiers peuvent raisonnablement atteindre le même résultat en prenant une mesure qui porte moins atteinte à la liberté, une mesure plus intrusive ne sera pas raisonnablement nécessaire, quelle que soit son efficacité. Une atteinte à la liberté devrait être une mesure de dernier recours et non la première option choisie par les autorités. Conclure autrement aurait pour effet d’autoriser généralement des actions qui portent considérablement atteinte à la liberté des individus, tant qu’elles sont efficaces. Il s’agirait d’une recette pour un État policier et non pour une société libre et démocratique.
3. Selon la jurisprudence, les pouvoirs policiers qui entraînent une atteinte à la liberté ne sont pas justifiés lorsqu’ils *ne permettent pas* de prévenir des violations de la paix. Par exemple, dans l’arrêt *Figueiras*, la Cour d’appel de l’Ontario a déclaré ce qui suit : [traduction] « Si l’atteinte aux droits individuels n’a pas de lien rationnel avec le devoir accompli ou ne permet pas de favoriser l’accomplissement du devoir policier, il ne s’agit manifestement pas d’une atteinte “nécessaire” » (par. 93). Cela est différent de l’affirmation selon laquelle tous les pouvoirs sont justifiés pourvu qu’ils soient efficaces.
4. Comme le juge Binnie l’a mentionné dans ses motifs concordants dans l’arrêt *Clayton* : « Même si, en soi, l’efficacité d’une intervention policière ne lui confère pas de légitimité, l’*absence* de toute chance de succès milite sérieusement contre sa validité » (par. 99 (en italique dans l’original)). Ainsi, les intimés ne peuvent pas se fonder uniquement sur l’efficacité de l’arrestation de M. Fleming pour la justifier.
   1. L’arrestation de M. Fleming était‑elle légale?
5. Compte tenu de la conclusion que j’ai tirée précédemment, l’arrestation de M. Fleming le 24 mai 2009 n’était pas autorisée en common law.
6. Comme il n’existe aucun pouvoir en common law d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix, les policiers n’avaient pas l’autorité légale d’arrêter M. Fleming en l’espèce. La juge du procès a spécifiquement conclu que M. Fleming n’avait rien fait d’illégal avant d’être arrêté; aucune preuve dans le dossier ne démontrait qu’il avait commis une infraction en marchant le long de la rue Argyle, en pénétrant sur les terres des D.D.C. ou en se trouvant debout avec son drapeau canadien (d.a., vol. I, p. 66‑67). Aucune preuve ne démontrait non plus qu’il était lui‑même sur le point de commettre un acte criminel ou de violer la paix. Les intimés n’ont pas cherché à contester cette conclusion en appel et n’ont pas non plus invoqué de pouvoir statutaire, ni ne se sont fondés sur un tel pouvoir, pour arrêter M. Fleming. Ils ne soutiennent pas que l’arrestation était autorisée par les art. 129, 270 ou l’al. 495(1)a) ou par quelque autre disposition du *Code criminel*. Ils se fondent *entièrement* sur un pouvoir de common law d’arrêter un individu qui agit en toute légalité pour prévenir une violation appréhendée de la paix par d’autres individus — un pouvoir qui, comme je l’ai conclu, n’existe pas.
7. Une erreur qu’aurait commise la juge du procès et sur laquelle tant les juges majoritaires de la Cour d’appel que les intimés au présent pourvoi se sont fondés pour contester sa conclusion selon laquelle l’arrestation de M. Fleming n’était pas légale découle de ce qu’elle a mentionné que le rallye du drapeau n’était pas un « incident critique concernant les Autochtones » et que la P.P.O. avait eu tort d’appliquer le Cadre en cas d’incident critique concernant les Autochtones dans l’élaboration de son plan opérationnel. Certains commentaires de la juge du procès concernant l’utilisation de ce Cadre par la P.P.O. ainsi que ses critiques à l’égard de la consultation des groupes autochtones locaux par la P.P.O. étaient maladroits et injustifiés.
8. Cela dit, je suis d’avis que cette prétendue erreur est très peu pertinente en ce qui concerne les questions de droit centrales en l’espèce. La manière dont la P.P.O. a catégorisé l’événement à l’avance n’a pas d’incidence sur la légalité de l’arrestation de M. Fleming par les intimés. Je suis d’accord avec le juge Huscroft pour dire que toute erreur de la part de la juge du procès à cet égard ne pouvait être juridiquement pertinente pour les raisons suivantes :

[traduction] Rien n’en découle : la politique de la P.P.O. n’avait aucun statut légal spécial. Même en supposant que la juge du procès a commis une erreur — donc en tenant pour acquis que le rallye du drapeau était un « incident critique concernant les Autochtones » et que la police suivait la politique qu’elle avait établie —, la légalité de l’arrestation de M. Fleming ne dépendait pas de sa conformité à la politique de la police . . . [par. 82]

1. La conclusion selon laquelle les pouvoirs des intimés supposément reconnus par la common law n’existent pas suffit, à elle seule, pour que la Cour accueille l’appel, puisqu’elle mène inévitablement au résultat que les intimés ne disposaient d’aucun pouvoir en common law d’arrêter M. Fleming dans les circonstances de la présente affaire. Comme les intimés n’ont invoqué aucun autre fondement pour justifier l’arrestation, elle était illégale.
2. Toutefois, lors de l’audition du présent pourvoi, il a été question de savoir si les policiers ont le pouvoir d’exiger qu’une personne s’éloigne temporairement du danger immédiat pour s’acquitter de leur devoir de common law de protéger la vie. Cette discussion concernait une situation improbable, mais concevable, dans laquelle une foule en colère est sur le point d’attaquer une personne qui exerce légalement sa liberté d’expression et qui refuse d’accompagner volontairement un policier seul sur les lieux. L’avocat de M. Fleming a reconnu qu’un tel pouvoir [traduction] « doit pouvoir exister dans certains types de circonstances restreintes » (transcription, p. 10).
3. Au fil des ans, certains tribunaux ont reconnu qu’un pouvoir policier de common law, moins sévère que l’arrestation, peut exister [traduction] « dans des circonstances vraiment extrêmes et exceptionnelles » dans le but de prévenir une violation imminente de la paix (*Austin*, par. 119). Des normes rigoureuses ont été élaborées pour s’assurer que toute atteinte policière aussi importante à la liberté d’une personne était manifestement et raisonnablement nécessaire. Le nombre limité de causes sur ce sujet démontre que l’exercice de tels pouvoirs, s’ils existent, ne sera généralement pas jugé raisonnablement nécessaire à moins que, minimalement, la violation appréhendée de la paix soit imminente, le risque de violence soit suffisamment grave, le risque que la violence survienne soit important et que les policiers ne puissent raisonnablement recourir à aucune mesure moins intrusive (voir l’affaire irlandaise *O’Kelly c. Harvey* (1883), 14 L.R.I. 105 (C.A.), p. 109, et la décision de la Chambre des Lords dans *Laporte*, par. 62, 66, 68‑69, 101‑102, 114et 141). En outre, il doit être démontré que l’exercice du pouvoir peut de fait être efficace pour prévenir la violation de la paix (voir *Figueiras*, par. 93).
4. Il n’est ni nécessaire ni souhaitable que la Cour formule des commentaires sur l’existence ou non de pouvoirs hypothétiques en common law, moins sévères que l’arrestation, auxquels pourraient recourir les policiers lorsqu’ils s’acquittent de leurs devoirs de maintenir la paix, de prévenir le crime et de protéger la vie des personnes et les biens, pour prévenir une violation appréhendée de la paix. La présente cause n’a pas été présentée sur la base de l’existence d’un tel pouvoir en common law au Canada. Un tel pouvoir n’est clairement pas le pouvoir que les intimés ont exercé contre M. Fleming dans la présente affaire; ils entendaient mettre M. Fleming en état d’arrestation et c’est clairement ce qu’ils ont fait. Cette question ne fait l’objet d’aucun débat. Il n’est donc pas nécessaire que nous déterminions l’existence de tels pouvoirs et la possibilité pour les intimés d’y recourir dans les circonstances de la présente affaire.
5. En outre, au Canada, puisque tout pouvoir hypothétique de ce type porterait atteinte à la liberté individuelle (voir *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 25), il devrait également être justifié au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires. Il ne serait pas compatible avec l’approche prudente et mesurée que les tribunaux sont tenus d’adopter en matière de reconnaissance de pouvoirs policiers en common law que nous ayons à reconnaître ce pouvoir en l’espèce sur le fondement de scénarios hypothétiques. Je laisserais donc le soin au législateur ou au tribunal saisi d’une cause où la question de ce pouvoir sera clairement soulevée compte tenu des faits en cause de le reconnaître, s’il en existe un.
   1. L’atteinte au droit garanti à M. Fleming par l’al. 2b) de la Charte
6. La juge du procès a conclu que l’intervention policière avait porté atteinte au droit à la liberté d’expression de M. Fleming, parce qu’elle l’avait empêché de prendre part au rallye du drapeau et d’exprimer son point de vue sur les questions politiques litigieuses dans sa collectivité. Les intimés n’ont pas contesté cette conclusion spécifiquement, autrement qu’en appuyant la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle l’arrestation de M. Fleming était légale. Je ne formulerai que quelques commentaires additionnels à cet égard.
7. La doctrine des pouvoirs accessoires a déjà été appliquée par la Cour dans le contexte de droits garantis par la *Charte* qui comportent des limites énoncées dans le libellé même des dispositions pertinentes — c’est le cas notamment du droit de ne pas être assujetti à des fouilles et saisies *abusives* garanti par l’art. 8 ou de celui de ne pas être détenu *arbitrairement* prévu à l’art. 9. La Cour a jugé que, lorsqu’une intervention policière est autorisée par la common law, il n’y a pas d’atteinte à ces droits garantis par la *Charte*, parce que leur limite intrinsèque est respectée. Par exemple, il a été jugé dans les arrêts *Clayton* et *Mann* qu’une détention légale en vertu d’un pouvoir reconnu par la common law n’était pas *arbitraire* aux termes de l’art. 9; de même, il a été jugé dans l’arrêt *MacDonald* qu’une fouille légale menée en vertu d’un pouvoir conféré par la common law n’était pas *abusive* aux termes de l’art. 8. Les limites intrinsèques de ces droits exigent que la conduite policière soit autorisée par la loi, ce qui peut inclure la common law. Dans la mesure où les autres critères des limites intrinsèques applicables sont respectés, il n’y a pas atteinte aux droits garantis par la *Charte* et il n’est pas nécessaire de la justifier au regard de l’article premier.
8. Cependant, certains des intervenants dans le présent pourvoi — ainsi que la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Figueiras*, au par. 53 — laissent entendre que l’analyse est différente lorsque les droits en jeu garantis par la *Charte* ne comportent pas de limites intrinsèques, comme le droit à la liberté d’expression prévu à l’al. 2*b*) (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), vol. 2, p. 43‑6). Selon ces intervenants, la doctrine des pouvoirs accessoires est insuffisante pour démontrer l’absence d’une violation de la *Charte* lorsque les droits qu’elle protège sont restreints par des pouvoirs des policiers, puisque le libellé des dispositions pertinentes de la *Charte* ne limite pas les atteintes aux mesures prises par l’État qui sont « abusives » ou « arbitraires ». Ils plaident que, lorsqu’un pouvoir policier reconnu par la common law limite la liberté d’expression, l’État est tout de même tenu de justifier l’atteinte au regard de l’article premier de la *Charte*, en appliquant le test bien connu établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À leur avis, le fait que la restriction soit autorisée par la common law — et qu’elle soit ainsi « prescrite par une règle de droit » (voir *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978‑979) — ne veut pas dire qu’il peut être démontré qu’elle est justifiée dans une société libre et démocratique.
9. Il n’est pas nécessaire de résoudre cette question en l’espèce. Puisque les actes qui ont porté atteinte à la liberté d’expression de M. Fleming n’étaient pas autorisés en common law, ils n’étaient pas « prescrits par une règle de droit » et ne peuvent donc pas se justifier au regard de l’article premier (voir *Clayton*, par. 19, la juge Abella, et par. 80, le juge Binnie). La question de savoir s’il faut appliquer le critère établi dans l’arrêt *Oakes* pour justifier les atteintes au droit garanti par l’al. 2*b*) lorsque les actes qui restreignent la liberté font partie de l’exercice valide d’un pouvoir policier en common law est une question qu’il sera préférable d’aborder dans un autre cas où elle sera directement soulevée et entièrement débattue.
   1. Force excessive
10. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario, ayant conclu que l’arrestation de M. Fleming était légale, ont ordonné la tenue d’un nouveau procès uniquement sur la question de savoir si les intimés avaient employé une force excessive. Compte tenu de mes conclusions, la tenue d’un nouveau procès sur cette question n’est pas justifiée.
11. Le paragraphe 25(1) du *Code criminel*est ainsi libellé :

Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l’application ou l’exécution de la loi :

. . .

**b)** soit à titre d’agent de la paix ou de fonctionnaire public;

. . .

est, s’il agit en s’appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu’il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

1. Ce paragraphe autorise les policiers à employer la « force nécessaire » dans l’exécution de leurs devoirs. Il leur fournit un moyen de défense contre des accusations de voies de fait, à condition qu’il soit satisfait aux exigences qui y sont énoncées. Cette disposition ne les met toutefois pas à l’abri de leur responsabilité si la force qu’ils ont utilisée est jugée excessive.
2. Les policiers ne peuvent toutefois pas se fonder sur le par. 25(1) pour justifier le recours à la force s’ils n’avaient pas le pouvoir — reconnu par une loi ou par la common law — d’agir comme ils l’ont fait (voir *Figueiras*, par. 147; Coughlan et Luther, p. 32).
3. Comme les intimés n’étaient pas autorisés par la common law à arrêter M. Fleming, aucune force n’aurait été justifiée aux fins d’accomplir cette tâche. Ils n’étaient pas en train de s’acquitter de ce qu’ils étaient « obligé[s] ou autorisé[s] à faire » au sens où il faut l’entendre pour l’application du par. 25(1).
4. En conséquence, la tenue d’un nouveau procès n’est pas nécessaire pour examiner la question de l’utilisation d’une force excessive. Il n’y a aucune raison de modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle les intimés étaient responsables de voies de fait pour avoir utilisé la force lors de l’arrestation illégale de M. Fleming.
5. Conclusion
6. Pour les motifs qui précèdent, j’accueillerais le pourvoi, j’annulerais l’ordonnance de la Cour d’appel de l’Ontario et je rétablirais l’ordonnance de la juge du procès. Les dépens sont accordés devant toutes les cours, à savoir ceux devant cette Cour, ainsi que ceux pour le procès et l’appel, dont les parties ont convenu, soit 151 000 $ et 48 000 $ respectivement.

*Pourvoi accueilli.*

Procureurs de l’appelant : Gowling WLG (Canada), Hamilton.

Procureur des intimés : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l’intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*

Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles : Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) : Louis P. Strezos and Associate, Toronto; Greenspan Humphrey Weinstein, Toronto.

Procureur de l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police : City of Vancouver, Law Department, Vancouver.

Procureurs de l’intervenante Canadian Association for Progress in Justice : Norton Rose Fulbright Canada, Vancouver.

Procureurs de l’intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.