

La preuve du profilage racial et son impact en droit criminel

Par: Me Fernando Belton¹

Tables des matières

1. Introduction
2. Les origines du profilage racial
3. Historique judiciaire du profilage racial devant les tribunaux
4. La difficulté de la preuve
5. La complexité de la preuve
6. La *Charte* et le profilage racial : exemple du cas de Mamadi Camara
7. Les réparations en vertu de la Charte
8. La défense de profilage racial en droit criminel
9. Quelques considérations extrinsèques au droit criminel
10. Conclusion

Introduction

Le profilage racial peut être un enjeu important dont il faut tenir compte dans le contexte du droit criminel. Il faut être en mesure de le déceler et d'en faire la preuve afin de pouvoir invoquer les paragraphes 24 (1) ou 24 (2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* ») à titre de réparation. Cependant, la preuve du profilage racial est complexe. Peu de requérants alléguant le profilage racial dans le contexte du droit criminel, parviennent à obtenir gain de cause. Plusieurs auteurs tels que Michelle Turenne, Noël Saint-Pierre, Terry Skolnik, et David Tanovich, pour ne nommer que ceux-ci, ont amorcé des réflexions intéressantes sur cet enjeu au cours des dernières années. Ce texte se veut une suite de ces réflexions à la lumière des

¹ ** Fernando Belton est avocat en droit criminel au sein du cabinet Belton Avocats, directeur-général de la Clinique Juridique de Saint-Michel, et chargé de cours à l'Université McGill, l'Université d'Ottawa, l'Université de Montréal, l'Université Sherbrooke et l'Université du Québec à Montréal. Il est étudiant à la maîtrise en droit criminel à la Osgoode Hall Law School (candidat LL.M 2024) et il représente des victimes de profilage racial devant plusieurs instances partout au Québec.

Je tiens à remercier mes assistantes de recherche Inès Drolet, Marika Allain, Rhita Harim, Amélia Souffrant, Maria Boutin et Aude Desmartis, étudiantes en droit et membres du comité profilage racial de la Clinique juridique de Saint-Michel, pour l'aide précieuse qu'elles m'ont apportée dans la recherche et la rédaction de ce texte. Toute erreur que ce texte pourrait avoir m'est imputable. Je remercie également Me Michèle Turenne, Me Aymar Missakila et Me Carl-Henry Dominique pour leur mentorat et Professeur Terry Skolnik pour ses commentaires et les nombreuses discussions que nous avons eues ses dernières années autour de ce sujet qui ont grandement aidé la substance de ce texte et ma compréhension de cet enjeu.

décisions récentes rendues en la matière et se veut un outil pour les praticiens du droit criminel afin de mieux comprendre le cadre d'analyse et le fardeau de la preuve. L'argument principal de cet article est que la preuve du profilage racial, malgré les avancées qu'elle a connues au cours des dernières années, est encore très difficile à faire. Par conséquent, les indicateurs de profilage recensés dans cet article ainsi que les explications de la démarche pour prouver le profilage racial devant les tribunaux sauront, nous l'espérons, permettre aux criminalistes, aux juges et aux étudiants en droit de mieux se retrouver dans ce domaine de droit. La dernière partie de cet article est constitué de quelques informations et conseils pratiques qui vont au-delà du droit criminel, mais qui sont essentiels pour conseiller adéquatement les victimes voulant faire valoir leur recours devant d'autres instances.

Les origines du profilage racial

La surveillance disproportionnée dont les personnes racisées sont victimes au Canada tire son origine de l'esclavage. En effet, cette surveillance dans l'espace public a débuté avec le colonialisme et la période d'esclavage qui s'en est suivie. Le 17^e siècle a marqué le commencement de ce phénomène au Canada. Les colons français avaient alors débuté par l'assujettissement des peuples ². En 1628, la première personne esclavagée noire arrive en Nouvelle-France et en 1689 le roi Louis XIV autorise officiellement la possession et l'importation d'esclaves noirs en Nouvelle-France³.

L'édit de 1685, plus communément appelé le « Code noir » a joué un rôle crucial dans la manière avec laquelle les colons ont encadré l'esclavage⁴. Ce texte de loi régissait alors la vie des personnes esclavagées et bien qu'il était officiellement limité aux Antilles, il servait de droit coutumier en Nouvelle-France⁵. Ne se voyant pas octroyer de personnalité juridique, les personnes esclavagées étaient ainsi considérées comme des biens aliénables. Ces dernières étaient soumises à des restrictions et à une surveillance constante⁶. Des lois et des réglementations, telles que celles contenues dans le Code Noir, empêchaient leurs rassemblements, limitant ainsi leur présence et leur déplacement dans l'espace public⁷. La visibilité des personnes esclavagées, ainsi que le fait qu'elles étaient peu nombreuses, facilitait une surveillance étroite des propriétaires blancs⁸. De plus, les personnes noires libres couraient le danger d'être réduites en esclaves à tout moment⁹.

² Brett Rushforth, *Bonds of alliance : Indigenous and atlantique slaveries in New-France*, 2014

³ Marcel Trudel, *Deux siècles d'esclavage au Québec*, nouvelle ed, 2021, p. 364 ET Robin W. Winks, *the blacks in Canada : A history*, p. 4-5

⁴ Jean-François Niort, *Le Code Noir fait de l'esclave une chose.*, p. 37-47

⁵ Steve McCullough et Matthew McRae, « L'esclavage noir dans l'histoire canadienne », *Musée canadien pour les droits de la personne*, 16 février 2023, en ligne :

<https://droitsdelapersonne.ca/histoire/esclavage-noir-dans-lhistoire-canadienne?fbclid=IwAR3aBI5oDh27srYu4tN8JO1nzLTKhUBQpmDEgFLWdviYC7hQq2OJq5mYHdo>

>

⁶ Niort, « Le Code Noir fait de l'esclave une chose. », préc., note 4, p. 37-47

⁷ *Le Code noir*, Édit de 1685, art. 16.

⁸ Robyn Maynard, *NoirEs sous surveillance*, 1^{ère} édition, Montréal, Mémoire d'encrier, 2017, p. 35 et Charmaine A. Nelson, *Slavery, geography and empire*, p. 62

⁹ Marcel Trudel, *Deux siècles d'esclavage au Québec*, p. 57

Lorsque les personnes esclavagées réussissaient à s'enfuir dans le but de s'affranchir, les propriétaires blancs placardaient les lieux publics d'affiches de recherches les caractérisant de fugitifs et de criminels dangereux¹⁰. Les personnes noires étaient alors hautement surveillées par les citoyens et les forces de l'ordre dans l'espace public qui se méfiaient et les soupçonnaient d'être en fuite¹¹. Ces annonces auront marqué l'imaginaire public et c'est ainsi que l'association entre noirs et crime a pris son origine¹².

L'abolition de l'esclavagisme en 1834 n'a changé en rien la perception du public et la situation des personnes racisées au Canada. Des lois et des pratiques ségrégationnistes ont alors vu le jour, assurant leur assujettissement¹³. Dans certains endroits du pays, la présence des personnes noires était limitée et encadrée. Certaines villes ont même instauré des couvre-feux empêchant la présence de personnes noires dans les rues après une certaine heure¹⁴. Les communautés autochtones ont quant à elles été confinées dans des réserves, et leur statut était alors administré par l'État suite à l'adoption de la *Loi sur les Indiens* de 1876¹⁵.

Dès la fin du 19^e siècle et plus précisément au 20^e siècle, le contrôle et la surveillance des personnes racisées se sont renforcés, alors que la croyance populaire associait toujours les personnes noires au danger et à la criminalité¹⁶. Dans les années 80, le Canada a connu l'une de ses plus grandes opérations policières avec la « guerre contre les drogues ». À la fin des années 80, l'opération *Pipeline* a été adoptée, soit un programme de formation policière concernant l'application des lois antidrogues du pays. Ce programme était importé des États-Unis et de la *Drug Enforcement Administration*, agence américaine responsable de la lutte aux stupéfiants. Les forces de l'ordre ont alors établi un profil « type » des trafiquants de drogues. Cependant, celui-ci a rapidement été racialisé, et les rapports gouvernementaux associaient même ouvertement certaines caractéristiques ethniques aux trafiquants et à des crimes reliés aux drogues¹⁷. Conséquemment, les personnes racisées ont été victimes d'une surveillance accrue, et leur taux d'arrestation et d'incarcération s'est multiplié.¹⁸

Dans un autre ordre d'idée, à la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001 à New York, un climat de peur s'installe et l'islamophobie s'amplifie. En réaction à cet événement, la Gendarmerie royale du Canada identifie le profil de l'« adversaire » dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. L'adversaire y est décrit comme étant les hommes ayant commis les actes terroristes, ce qui a pour conséquence indirecte

¹⁰ Tamara Extian-Babiuk, *To be sold a negro Wench*

¹¹ Tamari Kitossa, *The criminalization of Canadian Canadian and due process as a property of whiteness*, p. 153-172 ; R. Maynard, *NoirEs sous surveillance*, préc., note 8, p. 117.

¹² Extian-Babiuk, *To be sold a negro Wench*, préc., note 10

¹³ Barrington Walker, *Race in trial*, p. 3

¹⁴ Id. et R. Maynard, *NoirEs sous surveillance*, préc., note 8, p. 54.

¹⁵ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5

¹⁶ R. Maynard, *NoirEs sous surveillance*, préc., note 8, p. 15.

¹⁷ Walker E. Samuel, Spohn C. Cassia et al., *The color of justice: Race, ethnicity and crime in America*, 1995, p. 86 à 88.

¹⁸ Id. et Scot Wortley, *The usual suspect*, p. 79-81.

À titre d'exemple, à Toronto, en 1992-1993, 60% des admissions en prison pour les crimes reliés au trafic de stupéfiants concernaient des personnes noires alors que celles-ci ne représentaient que 3.7% de la population torontoise

d'y inclure leurs origines ethniques ainsi que leur appartenance religieuse¹⁹. La Gendarmerie aurait effectivement mis en garde ses officiers du fait que tout jeune homme arabe ou musulman pourrait, potentiellement, être un terroriste, invitant ainsi à la surveillance de ceux-ci. D'ailleurs plusieurs rapports et sources ont dénoncé le ciblage des personnes arabes et musulmanes fait au Canada²⁰.

En 2003, le Service de police de la ville de Montréal (SPVM) fait de ses priorités premières la lutte contre les incivilités (violations des règlements municipaux concernant, par exemple, le vagabondage, les crachats et les jurons publics²¹). On remarque alors une surjudiciarisation des minorités raciales²². Dans un rapport émis en 2011, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse mentionne d'ailleurs que les personnes racisées sont touchées de façon disproportionnée par ce genre de réglementation par rapport aux personnes blanches²³. Ce constat s'explique en grande partie par la « sur-surveillance » de ces groupes par la police²⁴.

Ce court survol permet de conclure que la surveillance des personnes racisées dans l'espace public a d'abord été marquée par la période de l'esclavage, ce qui a donné lieu à la naissance de plusieurs stéréotypes qui subsiste jusqu'à aujourd'hui. L'amalgame « noir et crime » a résisté au temps et se reflète encore dans les pratiques policières d'aujourd'hui par des stéréotypes ancrés dans l'esprit des personnes en autorité. D'autres stéréotypes concernant les personnes racisées, les autochtones et les personnes noires permettent de comprendre pourquoi le profilage racial est une pratique difficile à éradiquer et qui persiste encore aujourd'hui.²⁵ La stigmatisation des minorités raciales est un enjeu persistant qui touche toutes les institutions du pays et qui est constamment camouflée sous le couvert de la sécurité. Il importe maintenant de voir comment cela se transpose devant les tribunaux.

¹⁹ RCMP. (18 septembre 2011). *Criminal Intelligence Brief* (volume 8, no 25).

²⁰ Id.

²¹ Ted Rutland, *Un échec éternel : La lutte contre le profilage racial à Montréal, 1979-présent*, 2019, en ligne : [²² Id.](https://d1wqtxs1xzle7.cloudfront.net/64703112/memoire_echec_eternel_nov_2019-libre.pdf?1602948973=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DUn_echec_eternel_La_lutte_contre_le_prof.pdf&Expires=1678760973&Signature=NNQ9sBITAQMdKZnJksq12oex5H9x1rrzLhA7o8S7VP4qL3M84~GN9zq2RbqslYh9KWbtY07c9PqqY17r40pgM0LQzQC39Ki6ULznmE4TsdacJ2viCfOvV2uTltZeDAbgdRDIDJmpA6TZ8MCwEtPavYM3LO1BOL~w1FsE8Srm0j3EKGa866~z7EyRBoG6DcpnOPeoVITgyHntAB-jSYq99hYgg99NSQhngQbjDBJzGDcr8fL~ACHFvADtBK2CVZV9UKxsnFeSz8rzPNfzv8kxXuEjkl3MMMyKtLwwwjOfoGjdjZn5CZQ S~vhupc1mDjfnibPtwM5JHhNurkBwfdDkA_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>.</p></div><div data-bbox=)

²³ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. (25 mars 2011). *Profilage racial et discrimination des jeunes racisés*. https://www.cdpedj.gc.ca/storage/app/media/publications/Profilage_rapport_FR.pdf

²⁴ Anne-Marie Livingstone, Marie Meudec et Rhita Harim, *Le profilage racial à Montréal, effets des politiques et des pratiques organisationnelles*, (2020), Nouvelles pratiques sociales, p. 126, en ligne. <<https://www.erudit.org/fr/revues/nps/2020-v31-n2-nps05980/1076648ar/>>.

²⁵ Voir *The color of Justice*, préc. note 17, qui relate de nombreux autres types de stéréotypes raciaux pouvant influencer les personnes en autorité dans leurs rapports avec les personnes racisées.

Court historique judiciaire du profilage racial devant les tribunaux

Le concept du profilage racial a émergé dans la jurisprudence canadienne à la fin des années 90, et plus particulièrement dans la cause de *R v Richards*²⁶. Un court résumé de cet arrêt s'impose, puisqu'il s'agit en effet de la première décision substantielle d'une cour d'appel canadienne statuant sur cette réalité.

Le 10 décembre 1996, à Toronto, M. Clifton Richards conduisait un camion, immatriculé au nom du frère de sa femme. À ce moment, il circulait sans permis de conduire. Alors qu'il s'arrête à une station-service pour acheter de l'essence, il remarque une autopatrouille, occupée par l'agent Aikman, stationnée à proximité. Plus tard, le policier intervient et accuse l'appelant de conduire un véhicule volé tout en lui indiquant d'entrer dans l'autopatrouille. Clifton Richards refuse, ce qui conduira à son arrestation musclée.

En appel, Me David Tanovich, plaidant la présence de profilage racial dans l'intervention, suggère à la Cour que dans le but de contrer cette problématique, le fardeau de la preuve devrait être renversé. Ainsi, il devrait incomber à la Couronne de prouver que l'intervention était légale et non motivée par la couleur de peau de l'accusé, et non pas à l'accusé de prouver le caractère discriminatoire de l'intervention. Bien que la Cour casse le jugement de première instance et ordonne un nouveau procès sur d'autres motifs que les arguments portant sur le profilage racial, c'est l'occasion pour la Cour de consacrer une définition du profilage racial qui sera reprise dans plusieurs jugements subséquents.

Quelques années plus tard, la Cour d'appel de l'Ontario rend une des décisions les plus importantes sur le profilage racial en droit canadien, soit l'arrêt *R c Brown*²⁷. Les faits sont les suivants.

Le 1^{er} novembre 1999, Decovan Brown, un jeune homme afro-américain, est interpellé au volant de sa nouvelle Ford Expedition par l'officier Olson. Olson met Brown en état d'arrestation pour avoir conduit au-delà de la limite fixée à 80 km/h. Cependant, le motif initial de l'interpellation est flou : Olson a-t-il interpellé Brown parce qu'il conduisait de manière erratique, tel que rapporté dans le témoignage de l'agent, ou était-ce parce que l'accusé était un jeune homme noir au volant d'une voiture luxueuse?

Au procès, Brown plaide qu'il a été détenu arbitrairement en violation de l'article 9 de la *Charte* puisque sa détention était fondée sur le profilage racial et non sur le fait qu'il était en excès de vitesse. Cet argument est rejeté en première instance devant la Cour de justice de l'Ontario et Brown est condamné. Son appel devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario est accueilli et le procureur de la couronne porte cette décision en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.

L'appel de la Couronne est rejeté, car la Cour estime que le juge de première instance disposait d'éléments de preuve susceptibles de conclure à une violation de l'art. 9 de la *Charte*. Bien que le cadre d'analyse de l'arrêt Brown ne s'applique plus

²⁶ *R. v. Richards*, 1999 CanLII 1602 (ONCA).

²⁷ *R. v. Richards*, 1999 CanLII 1602 (ONCA).

en droit canadien (nous le verrons un peu plus tard), cet arrêt demeure important, car la Cour d'appel de l'Ontario rappelle que le profilage racial est très rarement démontré par une preuve directe²⁹. En effet, si le profilage racial doit être prouvé, il doit l'être par déduction faite à partir d'éléments de preuve circonstancielle. Ainsi, la cour d'appel statue que d'exiger une preuve directe de profilage constitue une erreur révisable en appel. Lorsque les preuves démontrent que les circonstances relatives à une détention correspondent au phénomène du profilage racial et permettent au tribunal de déduire que l'agent de police ment sur les raisons pour lesquelles il a choisi de s'intéresser à la personne accusée, la conclusion selon laquelle l'interpellation était fondée sur le profilage racial devient possible. Toutefois, l'arrêt *Brown* va plus loin, car on fait aussi appel au concept de biais inconscient et on clarifie ce que le juge en première instance n'a pas considéré : une allégation de profilage racial n'est pas une accusation que la personne en situation d'autorité est raciste.

Bien que cet arrêt ne conclue pas en la présence de profilage racial dans l'intervention de M. Brown, il demeure un des arrêts les plus importants et marquants sur cet enjeu à ce jour.

En 2015, la Cour suprême rend l'arrêt *Bombardier*³⁰, une décision importante, car elle reprend la définition du profilage racial telle qu'élaborée par la Commission des droits de la personne. Cette définition sera reprise dans l'arrêt *R c Le*³¹ rendu en 2019 qui constitue la décision la plus importante rendue sur l'enjeu du profilage racial par la Cour Suprême.

Finalement, le 25 octobre 2022, la Cour supérieure sous la plume de l'honorable Juge Yergeau va rendre la décision la plus substantielle en droit québécois traitant de l'enjeu du profilage racial dans la cause *Luamba c. Procureur général du Québec*³².

Joseph-Christopher Luamba est un étudiant d'origine haïtienne dans la jeune vingtaine vivant à Montréal et titulaire d'un permis de conduire. À trois reprises en l'espace de plus d'un an, il est intercepté au volant de son véhicule par des policiers sans jamais se voir remettre un constat d'infraction. Plusieurs autres personnes noires témoignent avoir été interceptées au volant d'un véhicule dans des circonstances semblables à celles de Luamba. En effet, l'article 636 du *Code de la sécurité routière* permet aux agents de la paix d'exiger que le conducteur d'un véhicule routier immobilise son véhicule sans motif réel de croire ou de soupçonner qu'une infraction à une règle de sécurité routière a été commise. La validité constitutionnelle de ce pouvoir a été confirmée en 1990 par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Ladouceur*³³ qui reconnaît que, bien que ce pouvoir viole l'art. 9 de la *Charte*, il est justifié dans une société libre et démocratique sous l'article 1. En se fondant sur l'art. 7, 9 et 15(1) de la *Charte*, le demandeur conteste la validité constitutionnelle de la règle de common law et de la disposition législative sur lesquelles s'appuient les interceptions routières aléatoires au Québec.

²⁹ *Id.*, para 44.

³⁰ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier Inc.* 2015 CSC 39

³¹ *R. c. Le.* 2019 CSC 34

³² *Luamba c. Procureur général du Québec.* 2022 QCCS 3866

³³ *R. c. Ladouceur.* [1990] 1 RCS 1257

Avant de pouvoir se pencher sur la question de la validité constitutionnelle des interceptions aléatoires, la Cour supérieure considère la possibilité pour un tribunal de première instance de s'écarter d'un précédent contraignant du plus haut tribunal du pays, soit la Cour suprême du Canada. En effet, la règle du *stare decisis*, assise fondamentale de la common law, oblige que les tribunaux reconnaissent l'autorité des décisions antérieures par souci de certitude et de cohérence du droit. Cependant, ce principe n'est pas absolu : l'assouplissement progressif de cette règle est reconnu puisque, bien que la stabilité du droit est importante, il est aussi nécessaire que le droit reste pertinent face à l'évolution d'une situation sociale donnée. Un tribunal inférieur peut réviser une question qui a déjà été tranchée si elle présente une question nouvelle, s'il y a une évolution importante du droit ou une preuve nouvelle qui justifie le réexamen d'un précédent. Le demandeur pose une nouvelle question en ce qui a trait aux articles 7 et 15(1) de la *Charte* qui n'ont jamais été examinés dans le précédent de Ladouceur. De plus, une preuve nouvelle justifie le réexamen du précédent par rapport à l'art. 9 de la *Charte* qui avait fait l'objet d'une décision dans Ladouceur.

Ainsi, au terme d'un procès de 21 jours, le juge Yergeau accueille le recours du demandeur et invalide l'article 636 du *Code de la sécurité routière* ainsi que la règle de common law permettant les interceptions routières sans motif réel. Il conclut que ce pouvoir policier contrevient aux articles 7, 9 et 15 de la *Charte canadienne* et que ces violations ne peuvent se justifier en vertu de l'article premier de celle-ci. Cette décision est présentement en appel devant la Cour d'appel du Québec.

Ce tour d'horizon, bien qu'incomplet, nous permet de voir l'évolution de la question du profilage racial devant les tribunaux. Abordons maintenant la question de la preuve, qui demeure l'obstacle le plus difficile à franchir lorsqu'il s'agit de plaider le profilage racial devant les tribunaux.

La difficulté de la preuve du profilage racial devant les tribunaux

La définition juridique du profilage racial

Partant de la prémisse que la preuve de profilage racial doit se faire par preuve indirecte³⁶, le tribunal qui doit statuer se doit de regarder un ensemble d'indicateurs, pour ensuite tirer les inférences nécessaires. C'est ainsi que la Cour suprême dans l'arrêt *Bombardier*³⁷ d'abord, et ensuite dans l'arrêt *Le* s'exprime ainsi :

Le profilage racial désigne toute action prise par une ou des personnes en situation d'autorité à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de protection du public, qui repose sur des facteurs d'appartenance réelle ou présumée, telle [sic] la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou la religion, sans motif réel ou soupçon raisonnable, et qui a pour effet d'exposer la personne à un examen **ou** à un traitement différent.

Le profilage racial inclut aussi toute action de personne en situation d'autorité **qui applique une mesure de façon disproportionnée sur des segments de la population** du fait,

³⁶ *Brown*, préc., note 27

³⁷ *Bombardier*, préc., note 30, para 33.

notamment, de leur appartenance raciale, ethnique ou nationale ou religieuse, réelle ou présumée.³⁸

Ainsi, trois situations doivent être analysées lors d'une allégation de profilage racial.

Premièrement, il y a la sélection (*Le*), le choix (*Dudhi*) ou encore l'exposition du suspect à un examen (définition de la commission). Ces trois termes font référence au moment auquel la personne sera interpellée, détenue ou arrêtée. Il faut donc chercher à savoir si le motif de l'interpellation est dans une quelconque mesure imputable à la race ou aux stéréotypes raciaux.

Deuxièmement, il y a le traitement des personnes qui est influencé par la race ou les stéréotypes raciaux. Autant la première situation que la deuxième situation peuvent donner lieu à une conclusion de profilage racial. Ici, il faut s'attarder à regarder si la personne, choisie, sélectionnée ou examinée, est traitée de manière différente qu'une autre personne non racisée dans les mêmes circonstances. La présentation des indicateurs de profilage racial que nous verrons plus tard dans ce texte permettra de mieux mettre en lumière ce qui peut être considéré comme étant un traitement différentiel.

Troisièmement, un autre aspect doit être analysé, conformément au 2e alinéa de la définition du profilage racial, soit l'angle systémique de sa manifestation. Pour expliquer cet aspect, le Tribunal des droits de la personne dans la décision *Rezko* s'exprime en ces mots:

La définition de la Commission est aussi plus large en raison de son second paragraphe.- Celui-ci renvoie aux situations où une personne en autorité prend une mesure de prime abord légale, mais qui s'avère disproportionnée compte tenu de la situation, et ce, en raison de l'appartenance, réelle ou présumée, de la personne à un groupe dit «racisé». La personne en autorité applique alors la loi avec une rigueur accrue, voire exagérée envers des personnes dont la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale font socialement l'objet de généralisations négatives, de préjugés et de stéréotypes sans lien avec leur réalité objective.³⁹

Ainsi, la preuve du profilage racial n'a pas à révéler des commentaires racistes, sur la couleur de la peau ou des commentaires péjoratifs ou dénigrants, ni des questions déplacées ou encore une motivation raciste. Lorsque les tribunaux exigent un de ces éléments, pour prouver le profilage racial, cela a pour effet de rechercher une preuve directe ou une intention raciste de la part d'un policier, ce qui n'est jamais requis en matière de discrimination⁴⁰

De Brown à Le : un nouveau cadre d'analyse

Dans l'état actuel du droit au Canada, une personne alléguant être victime de profilage racial en matière criminelle et pénale doit en faire la preuve selon la

³⁸ *Le*, préc., note 31, para 77 et Id.

³⁹ *CJDPD (Rezko) c Montréal*, 2012 QCTDP 5, para 167.

⁴⁰ *Bombardier*, préc., note 30, para 40.

prépondérance des probabilités⁴¹. S'il est vrai que le juge Morden dans l'arrêt *Brown*⁴² indique que le requérant doit faire la preuve que la raison de l'interception est liée à la race, l'arrêt *R c. Le*⁴³ de la Cour suprême rendue le 31 mai 2019 a changé cette approche. Sans remettre en question le fardeau tel qu'il prévalait, la preuve du profilage racial doit être prouvée *dans une quelconque mesure*⁴⁴. Cela veut donc dire qu'il faut prouver, toujours selon la prépondérance des probabilités, que la race ou les stéréotypes raciaux a influencé l'interception routière, la détention ou l'arrestation du requérant, et non que c'est le motif principal de l'intervention. Quelques mois plus tard (22 août 2019), la Cour d'appel de l'Ontario rend l'arrêt *Dudhi*⁴⁵, ce qui donne une opportunité à un tribunal supérieur d'appliquer pour une première fois les enseignements de l'arrêt *Le*.

Les faits sont les suivants. Le 16 septembre 2014, Rusheed Dudhi, un homme de couleur, conduit une automobile bleue de marque BMW à Hamilton en Ontario. Le constable James Clayton, qui réalisait une opération de surveillance dans le cadre d'une enquête pour drogues, cherchait une automobile qui correspondait exactement au véhicule conduit par M. Dudhi et se met donc à le suivre. Après avoir demandé des vérifications sur la plaque d'immatriculation du véhicule conduit par M. Dudhi par voie de radio à son collègue, Clayton réalise que le véhicule n'est pas conduit par le suspect qu'il recherche. Clayton continue tout de même à suivre M. Dudhi et continue d'effectuer des vérifications sur sa plaque d'immatriculation. Il découvre que le propriétaire du véhicule serait visé par des conditions de remise en liberté qui l'empêcheraient de posséder un téléphone cellulaire. En voyant M. Dudhi sur son téléphone cellulaire, le constable décide de demander du renfort pour l'arrêter sans attendre la confirmation de ses conditions. À la suite à son arrestation, le véhicule de M. Dudhi est fouillé et de la cocaïne y est découverte. En conséquence, M. Dudhi est accusé de possession de cocaïne dans le but d'en faire le trafic et de bris de conditions.

Au cours de ses interactions avec son collègue par l'intermédiaire de sa radio, Clayton fait un commentaire sur la couleur de peau de M. Dudhi et sur les trafiquants de drogues. M. Dudhi se fonde sur ce commentaire pour argumenter qu'il a été victime de profilage racial et qu'il a été détenu arbitrairement en violation de l'art. 9 de la *Charte*. La Cour d'appel de l'Ontario conclut que le tribunal de première instance a commis une erreur en évaluant l'allégation de profilage racial de M. Dudhi sous l'art. 9 de la *Charte* et qu'il a également commis une erreur dans son analyse des articles 8 et 24(2) de la *Charte*. Le tribunal annule le verdict de M. Dudhi et ordonne la tenue d'un nouveau procès.

Dans cet arrêt, le tribunal pose un regard intéressant sur la façon dont les juges de première instance devraient interpréter l'arrêt *Le* quant au cadre d'analyse et au fardeau de preuve. Ce cadre d'analyse sera repris dans l'affaire *R c Dorfeuille*⁴⁶.

⁴¹ *Bombardier*, préc., note 30, para 20; *Jean-Louis c. R.*, 2021 QCCS 4290, para 5; *R c Cisse*, 2021 QCCM 35, para 55; *Ville de Montréal c. Charles*, 2020 QCCM 70, para 34.

⁴² *Brown*, préc., note 27, para 11.

⁴³ *Le*, préc., note 31.

⁴⁴ *Id.*, para 76.

⁴⁵ *R v Dudhi*, 2019 ONCA 665.

⁴⁶ *R. c. Dorfeuille*, 2020 QCCS 1499.

Cadre d'analyse du profilage racial de *R c. Le*

Premièrement, le cadre d'analyse comporte deux volets, soit le volet attitude et le volet lien de causalité. D'abord, le volet attitude « constitue l'acceptation par une personne en autorité que la race ou les stéréotypes raciaux sont pertinents pour identifier la propension à commettre un crime ou à être dangereux »⁴⁷.

Deuxièmement, le volet lien de causalité « requiert que le raisonnement fondé sur la race motive ou influence, consciemment ou inconsciemment, à une quelconque mesure les décisions prises par les personnes en autorité dans le choix des suspects ou le traitement des personnes »⁴⁸.

Ce cadre d'analyse se veut une synthèse de la définition du profilage racial retenue dans *Bombardier* et dans *Le*. Cela étant dit, nous estimons qu'il y a lieu de considérer le paragraphe 76 de l'arrêt *Le* comme partie intégrante de cette définition, car selon la Cour Suprême : « la notion de profilage racial s'attache principalement à la motivation des agents de police. Le profilage racial se produit lorsque la race ou les stéréotypes raciaux concernant la criminalité ou la dangerosité sont dans une quelconque mesure utilisés, consciemment ou inconsciemment, dans la sélection des suspects ou le traitement des individus⁴⁹ ». Cette approche permet de mieux cerner d'une part comment les stéréotypes raciaux jouent un rôle dans le choix **et/ou** le traitement des individus. D'autre part, elle permet d'apprécier plus efficacement le rôle des biais inconscients et met l'emphasis sur l'importance à accorder aux éléments qui peuvent être identifiés comme étant des indicateurs de profilage racial lors d'une intervention policière.

Deuxièmement, l'arrêt *Dudhi* fait référence au concept de la contamination⁵⁰. Le concept n'est pas en soi nouveau, mais l'approche préconisée dans cet arrêt a le bénéfice de clarifier l'état du droit en appliquant les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Le* quant à l'effet du profilage racial sur les motifs d'une intervention. En effet, le tribunal statue « qu'une détention fondée sur un profilage racial ne repose pas sur des soupçons raisonnables »⁵¹.

Ainsi, peu importe le moment où on relève des indicateurs de profilage racial et peu importe l'ampleur des gestes ou du traitement qui constitue du profilage (*to any degree* pour reprendre l'expression en anglais), dès qu'un juge est en mesure de les identifier, **cela a comme effet de contaminer l'ensemble de l'interaction**. Il y a donc absence de motif raisonnable ou de soupçon raisonnable et la décision du policier sera considérée comme étant du profilage racial.⁵²

⁴⁷ *Id.*, para 43.

⁴⁸ *Id.*, para 44.

⁴⁹ *Le*, préc., note 31, para 76.

⁵⁰ *Id.*, para 62.

⁵¹ *Id.*, para 78.

⁵² *Dorfeuille*, préc., note 46, para 45. Voir aussi *Le*, préc., note 31, para 78.

Bien que peu de tribunaux de première instance ont jusqu'ici fait usage de ce cadre d'analyse, par la règle du *stare decisis*, c'est ainsi que la question de savoir s'il y a présence ou non de profilage racial dans une intervention qui devrait être tranchée. Il y a cependant bel et bien une difficulté qui persiste : la Cour suprême a allégé la preuve qui doit être faite, sans toutefois changer le fardeau de la preuve⁵³.

En effet, selon l'arrêt *Brown* vu ci-haut, la preuve qui devait être faite par un demandeur est que la raison de l'interception est *directement* liée à la race de l'individu :

“Accordingly, to succeed on the application before the trial judge, the respondent had to prove that it was more probable than not that there was no articulable cause for the stop, specifically, on the evidence in this case, that the real reason for the stop was the fact that he was black.”

Par conséquent, pour obtenir gain de cause devant le juge du procès, le requérant devait prouver qu'il était plus probable qu'improbable que l'interpellation n'avait pas de motif précis, et plus précisément, sur la base des éléments de preuve en l'espèce, que la véritable raison de l'interpellation était le fait qu'il était noir [Traduction libre]

Ce cadre d'analyse ne tient plus. Dans *Dudhi*, la Cour d'appel de l'Ontario est claire quant à l'analyse qu'elle fait des motifs du juge de première instance qui se base sur le cadre d'analyse de *Brown* en disant que ce n'est plus l'état du droit (*this is not the law*)⁵⁴. La Cour va intervenir, et casser le jugement de première instance puisque qu'il n'est pas conforme aux enseignements de l'arrêt *Le*. C'est donc un changement important quant à la preuve qui doit être faite devant les tribunaux. Cependant, il importe de répéter que le cadre d'analyse a changé, mais le fardeau de la preuve, soit la prépondérance des probabilités, reste le même.

Les indicateurs de profilage racial

Maintenant, voyons voir les indicateurs qui doivent servir de guide aux tribunaux dans leur analyse. Une synthèse de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes nous permet d'identifier un ensemble d'indicateurs qui sont de nature à révéler la présence de profilage racial dans la sélection ou le traitement d'un individu. La présente liste n'est pas exhaustive, mais elle rassemble un ensemble d'indicateurs pertinents qui ont été relevés par les experts en la matière comme étant des indices de profilage racial :

1. Le fait pour un policier de faire demi-tour pour suivre un véhicule qui circule en direction opposée⁵⁵;

⁵³ Le même dilemme s'est posé dans l'affaire *Bombardier* (*Bombardier*, 2015 CSC 39), quant au fardeau de la preuve en matière de discrimination, mais sous un autre angle. Gardons en tête qu'il s'agissait encore là d'une cause de profilage racial.

⁵⁴ *Dudhi*, préc., note 45, para 59.

⁵⁵ *Luamba*, préc., note 32, para 169; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Ducas) c. Ville de Repentigny (Service de police de la Ville de Repentigny)*, 2022 QCTDP 14; *Ville de Longueuil c. Debellefeuille*, 2012 QCCM 235.

2. La présence d'une jeune femme blanche aux côtés d'un conducteur noir⁵⁶;
3. Être à la recherche d'un véhicule volé de la même marque et couleur que la voiture interceptée⁵⁷;
4. Poser des questions sur la raison pour laquelle le conducteur se retrouve dans un secteur donné⁵⁸;
5. Effacer une vidéo citoyenne prise par son téléphone cellulaire⁵⁹;
6. Émettre un grand nombre de contraventions pour la même interception⁶⁰;
7. Émettre une contravention pour avoir "crié" ou "hurlé"⁶¹;
8. Émettre une contravention à titre de représailles à la suite d'une plainte en déontologie ou à la Commission des droits de la personne⁶²;
9. Abuser de son autorité⁶³
10. Demander du renfort sans raison apparente⁶⁴;
11. Imposer une sanction disproportionnée par rapport au geste reproché⁶⁵;
12. Livrer des témoignages contradictoires⁶⁶;
13. S'acharner sur une question secondaire n'ayant pas de lien avec la raison annoncée de l'intervention⁶⁷;
14. L'arrogance des policiers dans la façon d'aborder des conducteurs⁶⁸;

⁵⁶ *Luamba, préc.*, note 32, para 282. Cela est basé sur un stéréotype associé au fait que cela peut indiquer la présence d'un proxénète et d'une travailleuse du sexe.

⁵⁷ *Luamba, préc.*, note 32, para 282.

Voir à cet égard la récente arrestation d'un homme noir à Montréal : (7 novembre, 2022). Montreal mayor calls on police to shed light on handcuffing of innocent black man. *CBC*. <https://www.cbc.ca/news/canada/montreal/valerie-plant-black-man-handcuffed-1.6642898>

⁵⁸ *Id.*, para 309.

⁵⁹ *Id.*, para 313

⁶⁰ *Id.*, para 315.

⁶¹ *Ville de Montreal c Baptiste*, 2019 QCCM 131, para 1, 40.

⁶² *Luamba, préc.*, note 32, para 344.

⁶³ *Commissaire à la déontologie policière c. Gauthier*, 2015 QCCDP 45.

⁶⁴ *Luamba, préc.*, note 32, para 363.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*, para 826.

15. Le refus des policiers de s'identifier⁶⁹;
16. L'utilisation de menottes dans les cas d'alcool au volant ;⁷⁰
17. L'utilisation explicite de la race dans le cadre d'un profil criminel⁷¹;
18. L'utilisation des pouvoirs d'enquête généraux pour effectuer une surveillance dans les quartiers racisés⁷²;
19. L'utilisation du pouvoir discrétionnaire d'intercepter des véhicules pour sanctionner des infractions mineures, puis de mener des enquêtes criminelles⁷³;
20. Interpréter un comportement ambigu comme incriminant lors de l'application d'enquêtes en détention⁷⁴ ;
21. L'utilisation de manière déraisonnable de la race pour cibler un individu sur la base d'une prétendue correspondance avec la description physique d'un suspect connu⁷⁵;
22. L'intensification d'une enquête par des arrestations injustifiées, des fouilles ou une force excessive, ou répondant au danger perçu avec une force extrême⁷⁶;
23. Tout comportement qui peut sembler inapproprié de la part des policiers impliqués⁷⁷;
24. Toute décision inusitée d'un policier⁷⁸;
25. Des pratiques organisationnelles questionnables⁷⁹;
26. Le traitement différentiel réservé pour les personnes non racisées d'un même groupe⁸⁰;

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ Voir *Dorfeuille*, préc., note 46. Bien que le jugement en appel n'en fasse pas mention, cela faisait partie des arguments soulevés par l'appelant en première instance.

⁷¹ Tanovich, D.M., *Applying the Racial Profiling Correspondence Test*, (2017), *Criminal Law Quarterly*, p. 363.

⁷² *Ib.*, p. 364.

⁷³ *Id.*, p. 365

⁷⁴ *Id.*, p. 366

⁷⁵ *Id.*, p. 367

⁷⁶ *Id.*, p. 368

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.*

L'historique judiciaire qui soutient ces conclusions et qui a permis l'énumération de ces indicateurs nous permet d'arriver à la conclusion que la présence de ces indicateurs **est** la preuve qu'il y a eu profilage racial dans un cas donné. Un seul élément ne sera pas suffisant, mais plutôt la présence de plusieurs indicateurs. Ces indicateurs sont pertinents pour identifier la présence de profilage racial autant dans le volet *sélection* que dans le volet *traitement des individus*.

Pour conclure cette partie, les avancées quant à la compréhension de cet enjeu par les tribunaux sont importantes. Nous sommes loin de l'époque où un juge demandait à un jeune homme noir de s'excuser aux policiers d'avoir « osé » insinuer qu'il avait été victime de profilage racial.⁸¹ Cependant, il est important de comprendre que de prouver le profilage racial reste complexe. C'est ce que nous aborderons dans la prochaine partie.

La complexité de la preuve du profilage racial

Traiter de l'enjeu du profilage racial devant les tribunaux est toujours complexe. Cette complexité découle bien évidemment de la preuve qui doit être faite et administrée pour trancher l'issue de l'enjeu. Il s'agit d'une preuve circonstancielle et indirecte, à laquelle il faut intégrer des faits relevant du contexte social dont les tribunaux doivent prendre connaissance d'office⁸², et certaines fois de la preuve d'expertise pour faire le lien entre certains comportements policiers et leur lien avec le profilage racial⁸³. Dans le contexte criminel et pénal, le cheminement d'une telle preuve doit presque exclusivement se faire par la preuve d'une violation à un droit constitutionnel du requérant par une personne en situation d'autorité.⁸⁴ Ainsi, le tribunal qui en vient à la conclusion que le profilage racial s'est immiscé dans l'intervention policière qu'il doit analyser doit se prêter à une analyse minutieuse des indicateurs de profilage racial. C'est donc dire que malgré les enseignements de l'arrêt *Le*, la preuve du profilage racial demeure difficile à faire, et ce, pour plusieurs raisons.

Premièrement il y a l'absence de preuve directe. Comme le dit le juge Yergeau dans *Luamba*, faire la preuve directe du profilage racial dans un cas donné est une tâche quasi insurmontable⁸⁵. Un policier n'admettra jamais être intervenu auprès d'un citoyen à cause de sa race ou de sa couleur de peau.⁸⁶

⁸¹ *R. V. Brown*, [2002] O.T.C. 64. Les commentaires du juge à l'égard de M. Brown étaient les suivants : « Mais cela me préoccupe que vous ayez fait des allégations aussi graves, vraiment très méchantes, malveillantes, potentiellement des accusations basées, il me semble, sur rien et vous allez devoir me persuader qu'il y a une base appropriée pour faire ce genre d'accusation sur une motivation raciste présumée de la part de l'officier. » [Traduction libre]

⁸² *Le*, préc. note 31.

⁸³ Voir *Ville de Montréal c Fontaine*, 2021 QCCM 127.

⁸⁴ Nous analyserons un peu plus loin la décision *Jean-Louis*, préc., note 42., qui constitue une exception à cette règle permettant de plaider le profilage racial comme une défense autonome, sans passer par la *Charte*.

⁸⁵ *Luamba*, préc., note 32, para 153.; Ranjan Agarwal & Joseph Marcus, « Where There is No Remedy, There is No Right: Using *Charter* Damages to Compensate Victims of Racial Profiling » (2015), *Revue canadienne de droit pénal*, p. 80.

⁸⁶ *Brown*, préc., note 27, para 44.

À cet égard, il y a également lieu de s'interroger sur ce que constitue une preuve directe de profilage racial. Dans l'affaire *Bernier*⁸⁷, une cause devant le Comité de déontologie policière, un policier avait intercepté et arrêté un individu agité et agressif pour ensuite l'emmener au poste de police. M. Joseph a été amené au sol face contre terre, mis à nu alors qu'il est menotté derrière le dos. Lors de cette mise à nu, son t-shirt a été déchiré et arraché par l'agent. Tandis qu'il était complètement déshabillé, on lui a enlevé les menottes et on l'a laissé sur un plancher de ciment pendant plusieurs heures. Sur un enregistrement, on peut entendre l'agent Bernier traiter l'individu noir de *criss de n***** et se moquer de l'accent de celui-ci. Devant la preuve audio, celui-ci n'a pas eu le choix d'admettre avoir prononcé ces malheureux propos devant le Comité.

Dans la décision portant sur la sanction à apporter à l'agent Bernier, quant à l'insulte raciste, le comité croit le témoignage de l'agent à l'effet « qu'il n'éprouve pas de sentiments racistes à l'égard de personnes de couleurs noires, que ces paroles ont été prononcées sans intention sous-jacente, et que c'était plutôt le fruit de son exaspération ».⁸⁸ Dans cette affaire le profilage racial n'avait pas été soulevé, mais cet exemple illustre comment, même avec ce qui pourrait être considéré comme une preuve directe et claire de profilage racial dans un cas donné, le tout reste une question très subjective que le tribunal doit trancher.

Une preuve directe dans un cas de profilage racial impliquerait le témoignage du policier qui admet avoir intercepté un véhicule ou avoir arrêté un individu à cause de la couleur de sa peau. Une admission de cette nature engagerait la responsabilité civile de la municipalité qui est l'employeur de ce policier⁸⁹, sa responsabilité personnelle à des dommages-intérêts punitifs⁹⁰ et sa responsabilité déontologique⁹¹ en ouvrant la porte à des sanctions⁹² et des mesures disciplinaires. Nos recherches ne nous ont pas permis de trouver de cas dans la jurisprudence canadienne où une telle admission a été faite – ce qui illustre le rôle important de la preuve circonstancielle pour établir le profilage racial.

Deuxièmement, il y a la faible visibilité des interactions policières. Il convient de noter que les dossiers de profilage racial ayant été judiciairisés n'offrent qu'un aperçu partiel du phénomène. En effet, la majorité des interventions policières injustifiées ne sont pas assujetties au contrôle judiciaire. C'est le cas des interpellations aléatoires effectuées dans la rue qui sont souvent isolées, donc plus à risque d'abus policier⁹³. Par conséquent, aucune preuve ne ressort de ces

⁸⁷ *CDP c Bernier*, 2006 CanLII 81671.

⁸⁸ *Id.*, para 94-96.

⁸⁹ *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, art. 1463.

⁹⁰ Voir à titre d'exemple les décisions *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Nyembwe) c. Ville de Gatineau*, 2021 QCTDP 1 et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (DeBellefeuille) c. Ville de Longueuil*, 2020 QCTDP 21.

⁹¹ Voir à titre d'exemple la décision *Commissaire à la déontologie policière c Boutin*, 2021 QCCDP 60. À noter que ce jugement fait l'objet d'un appel devant la Cour du Québec, notamment sur la conclusion de la présence de profilage racial dans l'intervention.

⁹² Voir à titre d'exemple la décision *Commissaire à la déontologie policière c Boutin*, 2022 QCCDP 2. Dans cette cause, le policier fautif s'étant livré à du profilage racial, mais également à d'autres fautes déontologiques s'était vu imposé une suspension de 18 jours.

⁹³ James Stribopoulos, « A Failed Experiment? Investigative Detention: Ten Years Later » (2003), 41 *Alberta Law Review*, 335, p. 344.

interventions. Ce n'est qu'une minorité des détentions injustifiées qui conduiront à la découverte d'actes illégaux et ainsi à des arrestations ou des accusations⁹⁴. De ce fait, les tribunaux ne voient alors que « la pointe de l'iceberg »⁹⁵ de ce qui se passe dans la rue. Par ailleurs, si aucune arrestation n'est effectuée ou constat d'infraction remis, même si l'intervention policière est discriminatoire, il n'y aura à toute fins pratiques aucune preuve de l'intervention et il faudra donc se tourner vers les tribunaux civils pour obtenir réparation. On observe le même schéma avec les interceptions de routine et c'est pourquoi l'essentiel des inconduites policières ne sont pas assujetties au contrôle judiciaire⁹⁶. Des recherches ont d'ailleurs illustrées les potentiels abus policiers des interactions à faible visibilité⁹⁷.

Troisièmement, il faut considérer qu'une conclusion de profilage racial est intimement liée à la crédibilité et la fiabilité du témoignage du requérant et au poids que le juge du procès donnera à ce témoignage. Les requérants, peu expérimentés devant la Cour, doivent souvent faire face à un ou même deux policiers, dans la majorité des cas, qui ont l'habitude de témoigner devant un tribunal.

À cet égard, nous soumettons que le poids du témoignage des policiers devrait être plus faible dans l'analyse du tribunal quant à la présence ou non de profilage racial dans une intervention, puisque les policiers n'admettent jamais s'être livrés à cette pratique lorsqu'ils sont interrogés devant le Tribunal⁹⁹. La proposition que nous faisons n'équivaut pas à systématiquement mettre en doute le témoignage des policiers ayant procédé à une arrestation dans un tel contexte ou encore à appliquer un critère de crédibilité ou de fiabilité différent à leur égard. Il s'agit plutôt d'adopter une position qui prend en compte l'historique judiciaire du profilage racial. En effet, en sachant pertinemment qu'à cause des stigmas attachés à une allégation de profilage racial, de l'attention médiatique autour de ces causes, des risques déontologiques et disciplinaires et des impératifs économiques liés à la possibilité de poursuites civiles, un policier n'admettra jamais s'être livré à du profilage racial¹⁰⁰.

Nous proposons donc un test objectif qui tient compte de la présence des indicateurs de profilage racial dans lequel le poids du témoignage des policiers doit être revu, car la jurisprudence en matière de profilage racial nous enseigne que ce poids est souvent démesuré par rapport à l'ensemble de la preuve. Prenons l'hypothèse suivante. Lors du contre-interrogatoire d'un policier ayant effectué l'arrestation d'une personne racisée, l'avocat de la défense pose la question suivante : *n'est-il pas exact que vous vous êtes livré à du profilage racial et que votre arrestation ne reposait pas sur des soupçons raisonnables?* La réponse sera évidemment non. Le tribunal peut faire le choix de croire ou non ce témoignage. Dans l'alternative où le

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Terry Skolnik, « Racial profiling and the perils of ancillary police powers » (2021), vol. 99, no. 2, Canadian Bar Review, p. 435; James Stribopoulos, « The Limits of Judicially Created Police Powers: Investigative Detention after Mann » (2007) 52 Criminal Law Quarterly 299-326, p. 304, 321.

⁹⁷ James Stribopoulos, « Packer's Blind Spot: Low Visibility Encounters and the Limits of Due Process versus Crime Control » dans François Tanguay-Renaud et James Stribopoulos, Rethinking criminal law theory: New Canadian perspectives in the philosophy of domestic, transnational and international criminal law, Oxford, Hart publishing, 2012, 193, p. 202.

⁹⁹ Brown, préc., note 27, para 44.

¹⁰⁰ *Id.*

témoignage est cru, il parviendra évidemment à la conclusion que l'allégation n'a pas été prouvée, selon la balance des probabilités, et cela scellera le sort du litige. Considérant nos commentaires ci-haut, nous soumettons que cela ne peut plus être la façon dont les tribunaux administrent la preuve du profilage racial.

Ce qui devrait être central pour conclure à la présence de profilage racial sont les indicateurs de profilage racial. Le simple fait pour un policier de nier vigoureusement l'allégation ne devrait plus être suffisant pour empêcher une victime de remplir son fardeau. Qui plus est, puisque la plupart des cas de profilage se produisent de manière inconsciente, est-ce vraiment utile que le policier témoigne sur sa motivation ? On ne peut que s'attendre à ce qu'il nie l'allégation de profilage racial, surtout si sa motivation est directement liée à des biais inconscients.

D'autres considérations, extrinsèques à l'administration de la preuve, doivent également être pris en compte dues à la complexité des dossiers où le profilage racial est allégué.

Premièrement, ce sont des dossiers très souvent médiatisés. Depuis le décès de George Floyd aux États-Unis, les médias s'intéressent davantage à ces causes. Cela veut donc dire que la décision du tribunal sera soumise à un examen plus minutieux, ce qui rajoute également une pression supplémentaire pour les avocats plaidant ces dossiers.

Deuxièmement, la « défense » de profilage racial peut grandement compliquer une cause, qui, à priori, est très simple. À titre d'exemple, la Cour municipale de Montréal sous la plume de l'honorable Katia Léontieff a récemment rendu une décision où le profilage racial de l'intervention a été plaidé¹⁰². L'infraction du défendeur dans ce dossier était d'avoir bu une bière dans un parc.. Trois policiers étaient initialement intervenus auprès de M. Fontaine qui s'était identifié aux policiers, mais n'avait pas de pièce d'identité. Les policiers n'étant pas satisfaits de son identification, il a été arrêté, menotté et placé dans un véhicule de police pendant une vingtaine de minutes, le tout devant une foule en colère dû à la façon dont celui-ci était traité. Au cours de l'intervention, près d'une dizaine de policiers sont intervenus, bien que le défendeur n'a jamais résisté à son arrestation. Une bonne partie de l'intervention a été filmée.

Cette cause, en apparence très simple, puisque l'infraction reprochée était celle d'avoir consommé une bière dans un parc, a fait l'objet d'un voir dire sur la requête en arrêt des procédures, d'un voir dire sur l'admissibilité d'une preuve d'expert, d'une requête et d'une réouverture de preuve – puisque des témoins présents lors des événements se sont manifestés après que la preuve de la défense a été close -, et d'une dizaine de dates pro-forma et de gestions¹⁰³. La décision interlocutoire sur le voir-dire sur l'admissibilité d'une preuve d'expertise a fait l'objet d'une décision écrite du tribunal, ce qui est très rare en matière pénale. Malgré cela, la tribunal a choisi de ne pas se prononcer sur la requête, estimant « qu'il ne disposait pas d'une preuve complète et idéale pour saisir les nuances de la trame factuelle de cette scène

¹⁰² *Ville de Montréal c Fontaine*, no 304-890-891, l'Honorable juge Katia Léontieff (j.c.m.), jugement rendu le 13 juin 2022. [décision écrite non publié] . Voir également *Ville de Montréal c Fontaine*, 2021 QCCM 127. Il s'agit de la décision interlocutoire sur le *voir-dire* concernant l'admissibilité de la preuve d'expert.

¹⁰³ Plumitif de la Cour municipale de Montréal.

complexe et dynamique. »¹⁰⁴ Cet exemple démontre les nombreuses embuches qui attendent les requérants et leur avocat qui désirent plaider le profilage racial devant les tribunaux. Cela peut expliquer pourquoi beaucoup d'avocats sont réticents à plaider le profilage racial devant les cours criminelles¹⁰⁵.

Troisièmement, la nature des causes où le profilage racial s'invite fait en sorte que très souvent, il est plus simple de régler le dossier principal que de faire cet argument devant la Cour. En effet, un très grand nombre de dossiers pénaux concernant des règlements statutaires et des infractions au *Code de la sécurité routière* font l'objet de décisions judiciaires où l'aspect du profilage racial dans l'intervention fut analysé. Dans l'arrêt *Brown* dont nous avons parlé plus haut, l'infraction reprochée était une contravention pour un excès de vitesse. Ainsi, les requérants sont souvent face à la « simple » option de payer leur contravention ou de devoir se battre en cour par principe. Il est raisonnable de penser que beaucoup de citoyens vont choisir la deuxième option pour des raisons évidentes telles que éviter de longues procédures devant la Cour, les frais d'avocats et le témoignage éprouvant au procès.

La Charte et le profilage racial

Le développement des questions autour du profilage racial s'est toujours fait à la lumière de la Charte. Ainsi, il devient impératif de comprendre les différentes garanties constitutionnelles qui entrent en ligne de compte lorsqu'une telle allégation est faite. Au fil des années, plusieurs expressions ont été consacrées dans la doctrine et même le jargon populaire pour exprimer ces réalités vécues par les personnes racisées, noires et autochtones en particulier. Le signe DWB fait notamment référence au concept de *Driving while Black*, c'est-à-dire le fait pour les jeunes hommes noirs d'être plus susceptibles d'être interceptés au volant d'un véhicule de luxe, basé sur le stéréotype qu'ils sont probablement des vendeurs de drogues¹⁰⁸. Dans un autre contexte, au début des années 2001, le sigle TWB va faire son apparition, soit *Traveling while Arab*. Après les attentats du 11 septembre 2001, au nom de la guerre au terrorisme, les hommes venant de pays arabes seront systématiquement associés à des terroristes et donc contrôlés et fouillés plus sévèrement aux frontières canadiennes.¹⁰⁹ D'autres expressions telles que *Shopping While Aboriginal* (SWP), *Working While Muslim* (WWM), ou encore *Attending High School While Black* (AHGWB) font référence au même phénomène¹¹⁰. Dans chacun de ces cas, nous sommes en présence d'une personne en autorité, qui, sur la base de stéréotypes raciaux, va sélectionner ou traiter une personne de manière différentielle pour des motifs de sécurité. Ces comportements peuvent donner lieu à la violation de plusieurs dispositions de leur *Charte*.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Saint-Pierre Noël, *Développement récents en droit criminel 2004 : Le « profilage » racial devant les tribunaux*, Barreau du Québec – Service de la formation continue, p. 101.

¹⁰⁸ David M Tanovich, « Moving beyond “Driving While Black”: Race, Suspect Description and Selection ». (2005) 36-2 *Ottawa Law Review* 315. Voir aussi: James Singh Gill, « Permissibility of Colour and Racial Profiling ». (2015) 5-3 *Western Journal of Legal Studies*; *Luamba*, préc., note 32, para 417.

¹⁰⁹ David Tanovich, *The Colour Of Justice: Policing Race in Canada*, Irving Law Inc, p. 21 et 22.

¹¹⁰ *Id.*, p. 28-29.

Pour illustrer le tout, prenons par exemple un des cas les plus médiatisés au Québec au cours des dernières années où le profilage racial a été allégué, soit celui de M. Mamadi Camara¹¹¹. Les faits sont les suivants¹¹². Le 28 janvier 2021, M. Camara conduit le véhicule de sa conjointe à Montréal et se fait intercepter, car on lui reproche d'avoir utilisé son téléphone cellulaire au volant. Malgré qu'il nie avoir commis cette infraction, il obtempère calmement. Tandis que le policier revient avec une contravention, une tierce personne s'approche derrière le policier et l'attaque brutalement. M. Camara voit l'agent être frappé, mais ne voit pas l'entière de l'agression. Il entend également un coup de feu. En panique, il compose le 911. Les renforts arrivent et il donnera une description du suspect, soit « un homme noir avec des dreads ». On lui permet de quitter la scène. Pendant ce temps, l'agent attaqué indique à ses collègues avoir été attaqué par la dernière personne qu'il a arrêtée, soit M. Camara. Son véhicule est alors localisé alors qu'ils s'y trouve. Quatre policiers s'approchent du véhicule avec leurs armes à feu pointant M. Camara, le tirent à travers la fenêtre, le projettent à terre, le ventre au sol. Un des policiers immobilise la tête de M. Camara en plaçant sa botte sur sa tête et en l'enfonçant dans la neige. Malgré que M. Camara leur dit qu'il souffre d'une condition médicale qui ne lui permet pas d'être en contact avec le froid, et qu'il ne résiste pas à son arrestation, les policiers le maintiennent sur le sol enneigé pendant plusieurs minutes. Il sera longuement interrogé, et restera détenu pendant 6 jours, jusqu'au moment où une vidéo du MTQ, qui avait été visionnée par les policiers la soirée même de l'agression, le disculpe complètement.

Le gouvernement du Québec ordonnera une enquête administrative en vertu de la *Loi sur la police*, et mandatera le juge Louis Dionne de la Cour supérieure pour faire la lumière sur les événements ayant mené à l'arrestation, à la détention et à la mise en accusation de Mamadi Camara. Dans son rapport, le juge Dionne, agissant dans des fonctions d'enquêteur (et non dans des fonctions judiciaires) en vertu de la *Loi sur la police*, conclut que M. Camara n'a pas été victime de profilage racial. Nous ne tenons pas à remettre en cause cette conclusion, mais plutôt à analyser le tout avec une perspective différente, afin de voir comment dans un contexte criminel et pénal, une telle cause pourrait être plaidée en faisant usage des dispositions de la *Charte*. Il faut garder à l'esprit que le débat judiciaire n'a pas eu lieu et que l'enquête administrative poursuit des objectifs différents. Ainsi, si le procès criminel avait eu lieu, nos commentaires permettent de voir comment le profilage racial aurait pu être plaidé. Nous nous servons de cette trame pour mieux illustrer notre propos et uniquement à titre d'exemple.

L'article 9, soit la protection contre la détention et l'emprisonnement arbitraire, constitue la pierre d'assise d'une allégation de profilage racial. Comme le dit la Cour suprême, « le profilage racial entre surtout en jeu au regard de l'article 9 lorsqu'il s'agit de déterminer si la détention est arbitraire, parce que, par définition, la détention

¹¹¹ Henri Ouellette-Vézina, « Montréal versera 347 000\$ à Mamadi Camara », *La Presse*, 23 février 2022, en ligne : < <https://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-faits-divers/2022-02-23/arrestation-par-erreur/montreal-versera-347-000-a-mamadi-camara.php> >

¹¹² Faits tirés de la requête introductive d'instance en matière civile dans laquelle M. Camara poursuit la Ville de Montréal et le Procureur général du Québec.

fondée sur un profilage racial ne repose pas sur des soupçons raisonnables.»¹¹³ Rappelons que « la question du profilage racial comporte un examen axé sur ce qui a motivé l'interaction des policiers avec une personne »¹¹⁴, mais également comment cela a influencé son traitement différentiel. Ainsi, dans l'affaire *Camara*, il pourrait être allégué que la violence de l'intervention, le fait de sortir l'individu par la fenêtre, de le maintenir au sol pendant plusieurs minutes constitue un traitement différentiel qui n'aurait pas été réservé à une personne blanche. Une telle conclusion entache toute l'intervention et constitue une détention arbitraire au sens de l'article 9.

Par ailleurs si l'arrestation a eu lieu sans indiquer à M. *Camara* les motifs de son arrestation et sans lui donner la possibilité de consulter un avocat, il pourrait alléguer une violation des articles 10a) et 10b) de la *Charte*. Dans la mesure où l'arrestation est jugée illégale, la fouille accessoire à l'arrestation sera jugée abusive et contraire à l'article 8 de la *Charte*¹¹⁵. Le geste d'un des policiers de placer sa botte sur la tête et l'enfonçant dans la neige et de le maintenir plusieurs minutes contre le sol peut être associé à un traitement irrespectueux, haineux et discriminatoire, constituant un traitement cruel et inusité en violation de l'article 12 de la *Charte*. En effet, un tel geste n'est pas compatible avec la dignité humaine et pourrait être considéré par un public bien averti comme étant odieux et intolérable.¹¹⁶ Par ailleurs, la force utilisée, dans la mesure où elle ne répond pas aux principes de proportionnalité, de nécessité et de raisonnable, peut être de nature à contrevenir à l'article 7 de la *Charte*¹¹⁷. Finalement, l'exercice du pouvoir des policiers dévolu par la loi et la common law exercé de manière discriminatoire viole le droit à l'égalité devant la loi, contrairement à la protection de l'article 15 de la *Charte*.

Ainsi, pour plaider efficacement le profilage racial devant les tribunaux, il faut comprendre comment chacune des protections de la *Charte* peuvent être violées lors d'une intervention, puisque, pour obtenir réparation en vertu des articles 24(1) et 24(2), le requérant a le fardeau de prouver la violation alléguée selon la balance des probabilités. Une fois cette violation prouvée, il importe de regarder quelles sont les réparations qui peuvent être demandées.

Les réparations en vertu de la Charte

L'arrêt des procédures

En vertu de l'article 24(1), « toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». À titre de remède, l'arrêt des procédures se présente souvent comme étant la réparation appropriée, surtout lorsqu'aucun élément de preuve n'a été saisi. Tel que la Cour suprême l'exprime dans l'arrêt *Babos*¹¹⁸, il s'agit de la réparation la plus draconienne qu'une cour criminelle puisse accorder, car elle «

¹¹³ *Le, préc.*, note 31, para 78.

¹¹⁴ *Id.*, para 81.

¹¹⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, LC 1982, c. 11 (R.-U.), art. 8

¹¹⁶ *R c Smith*, [1987] 1 RCS 1045

¹¹⁷ *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, par. 32.

¹¹⁸ *R. c. Babos*, 2014 CSC 16

met un terme de façon définitive à la poursuite de l'accusé, ce qui a pour effet d'entraver la fonction de recherche de la vérité du procès et de priver le public de la possibilité de voir justice faite sur le fond.» Elle ne doit être accordée que dans les cas les plus manifestes, car c'est une réparation exceptionnelle. Pour être prononcée, elle doit être le seul remède « pour éviter la continuation de l'abus¹²⁰ ». Ainsi, un arrêt des procédures sera prononcé lorsque trois exigences sont remplies :

1. Il doit y avoir une atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice qui « sera révélé[e], perpétué[e] ou aggravé[e] par le déroulement du procès ou par son issue » [...] ;
2. Il ne doit y avoir aucune autre réparation susceptible de corriger l'atteinte;
3. S'il subsiste une incertitude quant à l'opportunité de l'arrêt des procédures à l'issue des deux premières étapes, le tribunal doit mettre en balance les intérêts militant en faveur de cet arrêt, comme le fait de dénoncer la conduite répréhensible et de préserver l'intégrité du système de justice, d'une part, et « l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond »

Le profilage racial est, en soi, « une conduite choquant le sens du franc-jeu et de la décence de la société », parce qu'il prive les citoyens de l'application régulière de la loi, et ce de façon discriminatoire¹²¹. Il s'agit de l'un des rares cas manifestes où un arrêt des procédures est indiqué¹²². Le profilage racial « est apte à laisser ses victimes avec l'impression qu'elles ne sont traitées comme les autres personnes et que notre justice pénale est discriminatoire. »¹²³ Au long terme, ce phénomène déconsidère l'administration de la justice¹²⁴. Même lorsque la violation alléguée est de courte durée, « le préjudice n'est pas en fonction de la durée de l'atteinte aux droits fondamentaux »¹²⁵. C'est la responsabilité des tribunaux de se « dissocier du comportement des agents qui fondent leur action sur des stéréotypes »¹²⁶.

L'exclusion de la preuve

Tout comme pour l'arrêt des procédures, « l'exclusion de la preuve doit se faire « dans l'optique du maintien à long terme de l'intégrité du système de justice et de la confiance à son égard », même si à court-terme l'exclusion pourrait choquer¹²⁷. On reconnaît que la violation fait en sorte que « l'administration de la justice a déjà été mise à mal », et l'objectif est d'éviter que l'utilisation de la preuve ainsi obtenue ne déconsidère encore plus celle-ci.¹²⁸ Ainsi, "le profilage racial entre aussi en jeu au regard du par. 24(2) lorsqu'il s'agit de déterminer si la conduite policière est si grave et dénuée de bonne foi que l'utilisation des éléments de preuve au dossier est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. »¹²⁹

¹²¹ R. c. Gelin, 2017 QCCM 41, par. 61.

¹²² R. c. Cech, 2009 QCCS 1041, citant Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, 2e éd., Canada Law Book, Thomson Reuters, 2008, par. 9.118-9.119.

¹²³ R. c. Gelin, 2017 QCCM 41, par. 61.

¹²⁴ *Id.*, par. 62.

¹²⁵ *Id.*, par. 37.

¹²⁶ *Id.*, par. 38.

¹²⁷ R. c. Grant, 2009 CSC 32 (CanLII), [2009] 2 RCS 353, au para 68.

¹²⁸ *Ibid.*, para 69.

¹²⁹ *Le, préc.*, note 31, par. 78

Dès lors, il faut examiner les trois questions suivantes pour déterminer si un élément de preuve obtenu en violation de la *Charte* devrait être exclu, soit la gravité de la conduite attentatoire de l'État¹³⁰, l'incidence de la violation sur les intérêts de l'accusé protégés par la *Charte*¹³¹ et finalement l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond¹³².

Dans la décision *Campbell*, l'honorable Juanita Westmoreland Traore statuait que « si l'accusé prouve qu'il a fait l'objet d'un profilage racial et qu'il est plus probable qu'improbable qu'il a été détenu et arrêté pour cette raison, le recours qu'il sollicite en vue de l'exclusion des preuves en vertu de l'article 24, paragraphe 2, de la *Charte* devrait être accordé. »¹³³ En effet, les violations « qui découlent du profilage racial sont très graves et minent les valeurs fondamentales à une société démocratique que sont la dignité humaine et l'égalité », et ce indépendamment que le profilage ait été conscient ou inconscient.¹³⁴

Tout est une question de circonstances et de pondération. Bien entendu, pour les infractions pénales et réglementaires et les infractions criminelles mineures, dès que le profilage racial est prouvé, nous estimons que la preuve devrait être exclue. En effet, «[o]pérer du profilage racial sur un individu est une atteinte grave aux droits reconnus par la *Charte*. En aucun moment les citoyens ne doivent penser que le système de justice tolère l'interception ou la détention arbitraire d'individus sur la base de la couleur de leur peau. Il ne fait aucun doute que d'accepter les éléments de preuve découlant de cette interception ou détention déconsidère l'administration de la justice. »¹³⁵ Quant à l'intérêt de la société à ce que ce type d'affaire soit jugée au fond, il est très mineur, sinon pour dénoncer l'atteinte à un des droits constitutionnels fondamentaux.¹³⁶ Pour les causes criminelles plus importantes, l'exercice de pondération prévu dans *Grant* est assez large pour guider les tribunaux vers la réparation appropriée. Gardons en tête que dans l'arrêt *Le*, bien que la Cour suprême ne soit pas en désaccord avec les conclusions du juge de première instance sur l'absence de profilage racial dans l'intervention¹³⁷, elle a quand même conclu à l'exclusion de la preuve obtenue en violation de l'article 9 de la *Charte*, soit une arme à feu chargée¹³⁸, une décision vivement contestée par les juges dissidents¹³⁹. Tout est une question de circonstances.

Lorsqu'aucun élément de preuve n'a été saisi et que la violation alléguée n'est pas assez grave pour commander un arrêt des procédures, l'exclusion de la « preuve » peut quand même être demandée. Cette démarche a été suivie dans l'affaire *Debellefeuille*¹⁴⁰, où il était reproché au défendeur d'avoir contrevenu à l'article 638.1 du *Code de la sécurité routière* en ayant entravé l'action d'un agent de la paix. La

¹³⁰ *Ibid*, par. 72 à 75.

¹³¹ *Ibid.*, par. 76 à 78.

¹³² *Ibid.*, par. 79 à 84.

¹³³ *R. v. Campbell*, 2005 CanLII 2337, par. 43. [Traduction libre]

¹³⁴ *R. v. Neyazi*, 2014 ONSC 6838, par. 214-218, citant *R. c. R.D.S.*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 95 et *Peart v. Peel Regional Police Services*, 2006 CanLII 37566 (ONCA), par. 93.

¹³⁵ *Debellefeuille*, préc., note 55, par. 283.

¹³⁶ *Id.*, par. 289-290.

¹³⁷ *Le*, préc., note 31, par. 80.

¹³⁸ *Id.*, par. 160.

¹³⁹ *Id.*, par. 309.

¹⁴⁰ *Debellefeuille*, préc., note 55.

preuve en l'occurrence était constituée du rapport abrégé des policiers et de leur témoignage devant la Cour. Ainsi, le tribunal va « exclure, conformément à l'article 24(2) de la *Charte* [...], toute la preuve de quelque nature que ce soit, dont la preuve matérielle ou testimoniale, ayant précédé ou ayant eu cours pendant ou après l'interception du défendeur, et notamment toute la preuve du comportement du défendeur lors et à la suite de l'interception ». ¹⁴¹ Suivant ce raisonnement, même lorsque l'intervention ne mène à aucune saisie, l'exclusion de la preuve peut être demandée et mener à un acquittement de l'accusé ou du défendeur. Par ailleurs, il peut être plus opportun de demander l'exclusion de la preuve comme réparation principale, et l'arrêt des procédures comme réparation subsidiaire puisque les critères pour obtenir un arrêt des procédures sont plus exigeants.

Autres réparations

Pour conclure, sous 24(1), il faut garder à l'esprit que d'autres réparations peuvent être demandées dans le cadre d'une requête où le profilage racial est allégué, tel que le versement de dommages et intérêts constitutionnels ¹⁴², la réduction de la peine ¹⁴³, ou même l'avortement de procès (mistrial) ¹⁴⁴. La créativité est de mise, car « la *Charte* doit être interprétée de manière téléologique et libérale et en fonction de sa raison d'être : la protection des droits fondamentaux. » ¹⁴⁵

La défense de profilage racial

Comme nous l'avons vu dans la partie précédente, le profilage racial est généralement plaidé dans le cadre d'une requête en exclusion de la preuve ou en arrêt des procédures. Cependant, il y a lieu de se demander si le profilage racial peut constituer un moyen de défense, soit pour nier l'*actus reus*, la *mens rea* ou qui relève d'une justification ou d'une excuse ¹⁴⁶.

Cependant, « les tribunaux vont considérer la défense de profilage racial au fond lorsqu'elle permet de nier un élément essentiel de l'infraction, en l'occurrence qu'un agent de la paix agissait dans l'exercice légitime de ses fonctions. » ¹⁴⁷ Dans la cause *Jean-Louis c. R* ¹⁴⁸, « l'appelant soutenait qu'au moment de l'évènement le policier n'agissait pas *dans l'exécution de ses fonctions* au sens de l'alinéa 129a) du *Code criminel* puisque son intervention résultait d'un profilage racial et donc que la poursuite ne s'était pas acquittée de son fardeau de prouver un élément essentiel de l'infraction hors de tout doute raisonnable. » ¹⁴⁹

Cette démarche est intéressante, car cela permet de renverser le fardeau de la preuve. En effet, puisque la poursuite a l'obligation de prouver chacun des éléments essentiels de l'infraction hors de tout doute raisonnable, aucun fardeau ne repose sur

¹⁴¹ *Id.*, par. 300.

¹⁴² *Vancouver (Ville de) c Ward*, 2010 CSC 27.

¹⁴³ *R c Nasogaluak*, 2010 CSC 6.

¹⁴⁴ *R c Tshimala*, 2011 QCCA 439.

¹⁴⁵ JUILLET, Laurence et BATTISTA, Giuseppe, *L'arrêt des procédures*, Conférence donnée par l'Association des avocats de la défense de Montréal – Laval – Longueuil, 15 juin 2023.

¹⁴⁶ *R. c. Beauvais*, 2022 QCCM 76, par. 15.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 23

¹⁴⁸ *Jean-Louis c R*, 2021 QCCS 4290.

¹⁴⁹ *Id.*, par. 4.

les épaules de l'accusé. Le juge Poulin dans cette affaire prend le soin de préciser « qu'il importe de ne pas confondre le fardeau de preuve régissant le procès au fond celui applicable aux requêtes fondées sur une violation de la *Charte*. S'il est vrai qu'un fardeau puisse incomber à un accusé sollicitant une réparation en vertu de l'article 24 de la *Charte* sur la base du profilage racial, aucun tel fardeau ne s'applique lorsque le profilage racial est invoqué dans le cadre d'une défense au fond sur une accusation d'entrave. »¹⁵⁰

Il paraît donc plus opportun d'un point de vue stratégique d'alléguer le profilage racial comme défense au fond dans un tel contexte puisque l'administration et la présentation de la preuve du profilage sont simplifiées pour l'accusé. En effet, il n'a pas à rédiger de requête et n'a pas de fardeau.

Quelques considérations extrinsèques au droit criminel

Pour conclure, vu la nature multidisciplinaire du profilage racial et que plusieurs recours sont possibles devant différentes instances, nous compléterons ce tour d'horizon par quelques considérations que les praticiens du droit criminel doivent garder en tête lorsqu'ils représentent des clients qui veulent alléguer le profilage racial devant les tribunaux.

Lorsque qu'une personne victime de profilage racial décide d'instruire un recours civil et en de porter plainte en déontologie policière, en plus de contester l'infraction pénale ou criminelle reprochée, les tribunaux en droit criminel et pénal, vu les plafonds des délais obligatoires à respecter¹⁵¹, seront souvent les premiers à se prononcer. En vertu du principe de l'arrêt *Solomon*¹⁵², repris récemment dans l'arrêt *Kosoian*¹⁵³ de la Cour suprême et l'arrêt *Lezoka*¹⁵⁴ de la Cour d'Appel du Québec, le juge du procès en matière civile ne peut faire abstraction complète des motifs du jugement pénal. Bien qu'il ne soit pas lié par le jugement pénal, il ne peut pas l'ignorer. Il est préférable qu'il explique pourquoi il ne partage pas le point de vue du décideur pénal. Cette considération est importante pour les criminalistes vu l'impact que peut avoir la décision pénale sur les autres recours. Il devient alors opportun de travailler de concert avec les avocats représentant le client en matière civile, ou devant les organismes administratifs que nous verrons dans la prochaine partie pour une stratégie commune.

Déontologie policière

Une personne estimant qu'un policier a commis un acte dérogatoire au *Code de déontologie policière* peut porter plainte au Commissaire à la déontologie policière dans un délai d'une année à compter de la date de l'évènement ou de la connaissance de l'évènement donnant lieu à la plainte.¹⁵⁵ Le commissaire fait enquête et détermine

¹⁵⁰ *Id.*, par. 11.

¹⁵¹ 18 mois en matière sommaire et 30 mois pour les infractions poursuivies par actes criminels. Voir *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27.

¹⁵² *Solomon c Québec (Procureur Général)*, 2008 QCCA 1832, par. 50-58.

¹⁵³ *Kosoian c Société de transport de Montréal*, 2019 CSC 59, par. 102.

¹⁵⁴ *Lezoka c Ville de Montréal*, 2023 QCCA 632, par. 11-14.

¹⁵⁵ *Loi sur la police*, RLRQ c P-13.1, art. 150.

s'il y a matière à citer le policier visé par la plainte devant le Comité de déontologie policière¹⁵⁶. Lorsqu'un plaignant allègue un acte discriminatoire, la tenue de l'enquête est obligatoire.¹⁵⁷ Le Comité a compétence exclusive pour connaître et disposer de toute citation en matière de déontologie policière¹⁵⁸ et déterminer si la conduite reprochée à un policier doit entraîner l'imposition d'une sanction¹⁵⁹.

Les sanctions possibles peuvent aller de la simple réprimande, à la suspension et même la destitution du policier fautif¹⁶⁰. C'est l'article 5(4) du *Code de déontologie policière* qui protège les citoyens d'actes discriminatoires énonçant qu'un policier ne doit pas poser des actes ou tenir des propos injurieux fondés sur la race¹⁶¹. Il faut garder à l'esprit que le but du processus de la déontologie policière n'est pas de compenser le plaignant, mais de s'assurer que les policiers respectent les devoirs et les normes de conduite adéquate dans leurs rapports avec le public dans l'exercice de leurs fonctions¹⁶².

Commission des droits de la personne

La *Charte « québécoise » des droits et libertés*¹⁶³ a donné lieu à la création de la *Commission des droits de la personne*. Elle a notamment comme mission de veiller au respect des principes énoncés à la *Charte*¹⁶⁴, notamment en faisant enquête de son propre chef ou lorsqu'une plainte lui est adressée¹⁶⁵. À titre d'organisme administratif, la commission agit dans l'intérêt public et non en faveur du plaignant. Toute personne qui se croit victime d'une violation relevant de la compétence d'enquête de la Commission peut porter plainte¹⁶⁶. Suite à l'enquête, si le comité des plaintes juge que la preuve est insuffisante, le dossier sera fermé ce qui empêchera le plaignant de pouvoir saisir le Tribunal des droits de la personne, mais ne l'empêche pas de saisir seul et à ses propres frais les tribunaux civils de droit commun.¹⁶⁷ Si la preuve est jugée suffisante, le comité peut mandater la Commission afin de saisir le Tribunal des droits de la personne au nom du plaignant et ce, sans frais.¹⁶⁸ Le comité peut également décider que malgré que la preuve soit suffisante, elle ne nécessite pas l'aide de la Commission. Le plaignant a alors 90 jours pour saisir lui-même le Tribunal des droits de la personne¹⁶⁹.

Un recours devant la Commission des droits de la personne se prescrit par trois ans, soit le délai usuel en matière civile¹⁷⁰, mais la Commission peut refuser d'agir lorsque la plainte a été déposée plus de deux ans après le dernier fait pertinent qui y

¹⁵⁶ *Id.*, art 167.

¹⁵⁷ Projet de loi no. 14, *Loi modifiant diverses dispositions relatives à la sécurité publique et édictant la Loi visant à aider à retrouver des personnes disparues*, art. 165.

¹⁵⁸ *Loi sur la police*, RLRQ c P-13.1, art. 194.

¹⁵⁹ *Id.*, art. 195.

¹⁶⁰ *Id.*, art. 234.

¹⁶¹ *Code de déontologie des policiers du Québec*, RLRQ c P-13.1, r 1, art 5(4).

¹⁶² *Id.*, art 1.

¹⁶³ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12.

¹⁶⁴ *Id.*, art 57.

¹⁶⁵ *Id.*, art 71.

¹⁶⁶ *Id.*, par. 74.

¹⁶⁷ *Id.*, par. 84.

¹⁶⁸ *Id.*, par. 80.

¹⁶⁹ *Id.*, par. 84.

¹⁷⁰ *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, art 2925.

est rapporté¹⁷¹. Néanmoins, lorsque la violation alléguée est contre un agent de la paix relevant d'une municipalité, en vertu de l'article 586 de *Loi sur les cités et villes* « toute action, poursuite ou réclamation contre la municipalité ou l'un de ses fonctionnaires ou employés, pour dommages-intérêts résultant de fautes ou d'illégalités, **est prescrite par six mois** à partir du jour où le droit d'action a pris naissance, nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire. »¹⁷² Ce délai de six mois est de rigueur. Il est donc important d'agir avec diligence et célérité. Par ailleurs, lorsque l'action est fondée sur l'obligation de réparer le préjudice corporel, malgré toute disposition contraire, le recours se prescrit par trois ans¹⁷³, même contre une municipalité. Une plainte à la Commission suspend la prescription de tout recours civil.¹⁷⁴

Bien que la Tribunal des droits de la personne ait été créé en 1990, on recense peu de décisions (6) où le profilage racial a donné lieu à des réparations et des compensations¹⁷⁵. Néanmoins, ces jugements peuvent servir d'inspiration tant au niveau des principes que de l'analyse au niveau criminel et pénal.

Les poursuites civiles devant les tribunaux de droit commun

Se fondant sur les principes de l'article 1457 C.c.Q, une personne victime de profilage racial peut saisir les tribunaux de droit commun¹⁷⁶ pour obtenir réparation. Les délais sont les mêmes que pour déposer un recours devant la Commission sauf en ce qui a trait à la discrétion que possède la Commission de refuser un dossier plus de deux ans après le dernier fait pertinent. Cette discrétion n'existe pas en matière civile. Le plaignant devra faire la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute alléguée et le préjudice.

En droit québécois, la seule décision que nous avons pu répertorier où des dommages ont été octroyés par un tribunal de droit commun dans un contexte de profilage racial est la décision *Valkov*¹⁷⁷ rendue par le juge Daniel Dortélus, une décision de la division des petites créances de la Cour du Québec. Les délais, la complexité de la procédure, les frais élevés des avocats et les règlements hors-cours sont des raisons qui peuvent expliquer cette quasi-absence de jurisprudence.

Conclusion

¹⁷¹ *Id.*, par. 77.

¹⁷² *Loi sur les cités et villes*, RLRQ c C-19, art. 586.

¹⁷³ *Code civil*, préc. note 170, art. 2930.

¹⁷⁴ *Charte*, préc. note 163, au para 76.

¹⁷⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Rezko) c Montréal (Service de police de la ville de) (SPVM)*, 2012 QCTDP 5 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Dagobert et autres) c Bertrand*, 2013 QCTDP 6 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Mensah) c. Ville de Montréal (Service de police de la Ville de Montréal)*, 2018 QCTDP 5 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (DeBellefeuille) c. Ville de Longueuil*, 2020 QCTDP 21 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Nyembwe) c. Ville de Gatineau*, 2021 QCTDP 1 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Ducas) c. Ville de Repentigny (Service de police de la Ville de Repentigny)*, 2022 QCTDP 14.

¹⁷⁶ La cour des petites créances, la Cour du Québec ou la Cour supérieure, dépendant des montants en jeu.

¹⁷⁷ *Valkov c Société de transport de Montréal*, 2007 QCCQ 5677.

Ce tour d'horizon nous a permis de constater que le droit a évolué et progressé autour de l'enjeu du profilage. La décision *Luamba*, la clarification du fardeau de la preuve, la possibilité de présenter le profilage racial comme moyen de défense sont autant d'exemples qui le prouvent. Les juges sont plus sensibles à ces enjeux, les avocats mieux formés et les étudiants ont accès à des cours dans le cadre de leur cursus universitaire qui portent spécifiquement sur cet enjeu¹⁷⁸. Cependant, comme nous l'avons vu, la difficulté demeure de faire la preuve du profilage racial. Bien que les juges doivent prendre connaissance d'office du profilage racial¹⁷⁹, cela ne change pas la complexité de la preuve devant être faite sur ce qu'il s'est réellement produit dans un cas donné. Le droit de la preuve doit s'adapter, évoluer, mûrir et grandir au rythme de la société et des enjeux qui l'animent. Une meilleure compréhension de la manifestation et des conséquences du profilage racial de la part de tous les acteurs du système judiciaire est indispensable, sans quoi, on ne peut s'attendre qu'à une perte de confiance irréparable entre les communautés racisées et le système judiciaire.

¹⁷⁸ MEZA, Karla, *Un cours universitaire sur le profilage racial qui a la cote*, Affaire universitaire, 17 février 2023.

¹⁷⁹ *Le, préc.*, note 31, par. 96-97.