

Les Cahiers de droit



Le procureur de la poursuite criminelle: étude sur l'exercice du pouvoir de discrétion

Brian A. Grosman

Volume 12, numéro 3, 1971

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004933ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004933ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Grosman, B. A. (1971). Le procureur de la poursuite criminelle: étude sur l'exercice du pouvoir de discrétion. *Les Cahiers de droit*, 12(3), 439–476.
<https://doi.org/10.7202/1004933ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1971

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Le procureur de la poursuite criminelle: étude sur l'exercice du pouvoir de discrétion

Brian A. GROSMAN *

- * Nous publions la deuxième tranche de la traduction de la plus grande partie de l'ouvrage du professeur Brian A. GROSMAN, *The Prosecutor, An inquiry into the exercise of discretion*, University of Toronto Press, 1969. Cette traduction a été faite par M. Paul DUVAL. La première tranche comprenait l'introduction et les chapitres 4, 5 et 6; la deuxième comprend les chapitres 7, 8 et 9 et deux annexes.

Chapitre sept

LES RELATIONS RÉCIPROQUES

1 – Les liens qui attachent

Pour une meilleure intelligence de la dynamique de l'environnement juridique ainsi que du mécanisme de la poursuite criminelle, il faut s'inspirer du phénomène social de la formation des groupes. Des liens sociaux se nouent au sein de la communauté légale quand des services sont rendus et que le bénéficiaire en exprime sa gratitude, le cas échéant, en rendant à son tour les mêmes services. Si ce même bénéficiaire se prête subséquemment à des échanges analogues, cela indique chez lui un sentiment d'appréciation qui engendre d'autres échanges, et c'est ainsi que s'établit le lien social entre les deux¹. La notion de confiance est à l'origine de tout échange de services ou de faveurs et elle en est le moteur. La continuité des rapports basés sur la confiance a pour effet de modifier la condition origininaire d'isolement de chacun des intéressés et les réunit dans un nouveau cercle de relations sociales².

C'est le sociologue George Simmel qui a affirmé que « la notion de donner et de recevoir l'équivalent en retour constitue les prémices des contacts humains... La reconnaissance est l'élément générateur du lien qui s'établit dans tout processus d'interaction, de réciprocité de services, même s'il n'existe aucune mesure de contrainte externe

¹ Voir: P. M. BLAU, dans *Exchange and Power in Social Life*, 4 (1964).

² Voir: E. DURKHEIM, dans *Suicide*, (G. Simpson, éd., 1951).

pour le sanctionner... »³. C'est le concept de la réciprocité des échanges, qui préside à l'analyse des relations entre le procureur et l'avocat de la défense, de leurs engagements réciproques et de l'interrelation de leur action respective⁴. Leurs relations et la mutualité de leurs échanges de services, au contraire des échanges d'ordre économique ou contractuel, sont fondées sur des obligations indéterminées et ne sont soumises à aucune contrainte. Quoique n'étant assujettis à « aucune mesure de contrainte externe », les rapports entre les deux sont normalisés selon des règles acceptées et respectées de part et d'autre. C'est Cicéron qui a fait remarquer jadis que : « aucun devoir n'est aussi indispensable que celui de rendre la politesse... et tous réprouvent l'oubli d'une faveur »⁵.

Les relations d'échange ou de confiance réciproque évoluent selon un processus lent. Une phase d'expérimentation, où les éléments confiance et risque sont faibles, est le préambule de toute relation axée sur des motifs authentiques de mériter la confiance, et sur la volonté de continuer de rendre la pareille en guise d'appréciation⁶. Peter Blau est d'opinion que :

« En s'acquittant de leur obligation de rendre à leur tour des services qu'ils ont reçus, ne serait-ce que dans l'intention de pouvoir bénéficier encore davantage d'une source de faveurs, les individus se conduisent de façon à se mériter la confiance, et l'accroissement graduel des échanges de services réciproques s'accompagne parallèlement de l'accroissement de la confiance mutuelle. De ce fait, le processus des échanges sociaux, à l'origine confiné à des mobiles d'intérêt personnel, engendre le climat de confiance des relations sociales à la faveur de leur incidence de plus en plus prononcée »⁷.

L'expérience poursuivie dans le comté de York tend à démontrer que le procureur et l'avocat de la défense sont liés l'un à l'autre dans le contexte de la poursuite judiciaire selon une gamme de rapports mutuels dénués de tout formalisme; c'est le genre de relations qui vont en s'accroissant, sauf s'il existe entre les intéressés des idées préconçues ou des obstacles qui tiennent à des antécédents ou à la réputation.

³ George SIMMEL, dans *The Sociology of George Simmel*, dans *Conflict and the Webb of Group Affiliations*, (trad. Kurt H. Wolff et Reinhard Bendix, 1955).

⁴ George C. HOMANS, dans *Social Behaviour*, 13 (1961). HOMANS en est arrivé à cette théorie dans « Social Behaviour as Exchange », 63 *Am. J. Soc.*, 595 (1958). Quelques disciples ont commenté l'importance de cette théorie: Claude LÉVI-STRAUSS, dans *Les structures élémentaires de la parenté*, (1949); Raymond FIRTH, dans *Primitive Polynesian Economy*, (1950); Emile DURKHEIM, dans *Suicide*; Marcel MAUSS, dans *The Gift*, (trd. par Ian CUNNISON, 1954); B. MALINOWSKI, dans *Crime and Custom in Savage Society*, (1932). BLAU, très récemment, a développé le concept de réciprocité dans son *Exchange and Power*; Howard BECKER, dans *Man in Reciprocity*, (1956); et A. W. GOULDNER, dans un écrit de grande valeur: « The Norm of Reciprocity: A Preliminary Statement », 65 *Am. J. Soc.*, 161 (1960).

⁵ Propos de GOULDNER, *supra*, à la p. 161.

⁶ Ce geste d'appréciation réciproque peut prendre la forme de faveurs, mais des rapports de réciprocité exagérés au stade initial peuvent s'avérer gênants et restreindre les relations futures. Voir: BLAU, dans *Exchange and Power*, à la p. 94.

⁷ *Ibid.*, à la p. 94.

L'enjeu qui fait l'objet de l'échange est la raison même de leur intérêt réciproque. Le procureur pourra entretenir quelque suspicion lorsqu'un échange s'amorce, et alors il refusera de se compromettre tant qu'il n'aura pas atteint son objectif. Par exemple, l'usage établit que la poursuite, lorsqu'elle retire des charges ou accepte des plaidoyers de culpabilité sur des charges moins graves ou déjà portées, se limite à ne procéder contre l'accusé que sur l'accusation ou les accusations qui ont fait l'objet d'une entente préalable; ce n'est que lorsque l'accusé a plaidé coupable et que la cour en a pris bonne note que le procureur informe le président du tribunal qu'il ne procédera pas sur les autres accusations.

2 – Le droit de divulguer

En plus des plaidoyers de culpabilité qui résultent d'ententes antérieures, il existe quantité d'options heureuses, variables selon la qualité des rapports réciproques poursuite-défense, et possibles grâce à la divulgation, avant le procès, des renseignements puisés dans le dossier de la poursuite contre l'accusé. Les lois, au Canada, n'obligent en rien la poursuite à fournir la totalité de ses renseignements avant le procès⁸. Il n'y a rien dans le code qui permette explicitement à la défense de prendre connaissance des déclarations écrites obtenues par la police de la part des témoins de la poursuite⁹. Enfin, rien n'oblige non plus la police ou la poursuite à étaler ses dossiers devant un accusé ou son procureur¹⁰.

Le mémoire préparé par W. B. Common, l'ancien directeur des poursuites criminelles publiques de l'Ontario, est souvent invoqué comme le crédo de la poursuite sur la question de la divulgation des renseignements¹¹.

⁸ Un accusé, dès qu'il a été envoyé à son procès, ou au cours du procès, a le droit d'examiner l'acte d'accusation, ses propres déclarations, la preuve et les pièces à conviction s'il y en a; le *Code criminel*, c. 512 (6) stipule aussi que «le procès ne sera pas retardé dans le but de permettre à un accusé de se procurer des copies, sauf si la Cour est d'avis que le défaut de l'accusé de les obtenir avant le procès n'est pas imputable à un manque de diligence de sa part».

⁹ Voir aussi: a. 10 (1) de la *Loi de preuve du Canada*, S.R.C. 1952, c. 307, qui stipule ce qui suit: «Lors de tout procès, un témoin peut être interrogé contradictoirement au sujet des déclarations antérieures qu'il a faites par écrit, ou qui ont été prises par écrit, relativement au sujet de la cause, sans lui exhiber cet écrit; mais si l'on entend mettre le témoin en contradiction avec lui-même au moyen de cet écrit, l'on doit, avant de pouvoir établir cette preuve contradictoire, appeler son attention sur les parties de l'écrit qui doivent servir à le mettre ainsi en contradiction; et le juge peut en tout temps, au cours du procès, exiger la production de l'écrit dans le but de l'examiner et en faire, dans la poursuite de la cause, l'usage qu'il croit convenable». Dans *R. v. Lépine*, (1962) 39 W.W.R. (n.s.) 253, 38 C.R. 145 (Sask.), l'on a ordonné de produire un mémoire préparé par un officier de la police et que celui-ci avait allégué juste avant le procès.

¹⁰ Voir: *R. v. Silvester and Trapp*, (1959) 29 W.W.R. (n.s.) 361, 31 C.R. 190 (B.C.).

¹¹ Dans *R. v. Finland*, (1959-60) 31 C.R. 363, la Cour d'appel a statué que le *Code criminel* ne stipule pas que l'accusé ou son procureur a le droit d'examiner avant le procès les déclarations écrites faites à la police par les témoins de la Couronne. Cette Cour a également statué que les causes *R. v. Mahadeo*, (1936) 3 W.W.R. 443, 2 ALL E.R. 813, et *R. v. Clarke*, (1930) 22 C.R., App. R. 58 font autorité lorsqu'on prétend que les documents doivent être produits au procès, si requis, mais non auparavant.

« Dans toutes les poursuites criminelles, la poursuite dévoile à la défense tous les renseignements qu'elle possède relativement à une cause contre un accusé. Pour employer une expression populaire, la Couronne ne "passe pas de sapins". La défense n'est jamais tenue de fournir des renseignements à la poursuite. Nous n'exigeons pas que la défense nous divulgue sa cause au complet. S'il y a des déclarations faites par des témoins de l'accusé... ils les connaissent et savent exactement ce qu'est notre cause. Rien n'est dissimulé, ni retranché, ni omis, de sorte qu'aucun accusé n'est pris au dépourvu advenant l'arrivée soudaine d'un témoin à charge. En d'autres termes, j'insiste de nouveau sur le fait que la Couronne prend toutes les précautions possibles pour que l'accusé, non seulement celui qui est inculpé de meurtre, mais tous, quels qu'ils soient, puissent être assurés d'avoir un procès juste et selon les lois »¹².

Les opinions recueillies au cours des interviews ne permettent pas de partager les vues de M. Common sur la pratique de la poursuite sous ce rapport. Il est entièrement du ressort du procureur, à sa seule discrétion, d'informer la défense sur les déclarations écrites des témoins de la Couronne avant le procès. Le procureur agit dans les limites de sa discrétion lorsqu'il dévoile des informations au-delà de ce que la loi lui prescrit. Sur quels motifs, ou sur quels critères le procureur se fonde-t-il pour consentir à divulguer ou refuser? Il ressort des entrevues que nous citons ci-après que la qualité des rapports réciproques entre le procureur de la poursuite et celui de la défense soit l'élément prépondérant dans le processus courant qui permet au procureur d'user de son pouvoir de discrétion pour divulguer des informations avant le procès. Un procureur senior énumère quelques-uns des facteurs qui influencent sa décision :

« Je communique des informations seulement à ceux en qui je suis capable d'avoir confiance; quant à ceux en qui je ne puis avoir confiance, je me limite à ce que la loi me prescrit, ce qui est vraiment peu. Certains praticiens n'ont aucun scrupule lorsqu'ils s'aventurent dans le droit criminel. Quelques-uns sont carrément malhonnêtes, et sous prétexte d'agir dans l'intérêt de leur client ils pourront se montrer carrément malhonnêtes. Vous apprenez à qui vous fier. Le point de départ, quant à moi, est de ne divulguer que ce que la loi m'ordonne. J'ai la tranquillité d'esprit, tout dépend de l'individu à qui j'ai affaire. Si c'est un individu comme... X... je lui prêterais mon dossier au complet. Je ne prétends pas, comme certains l'affirment, qu'il s'agisse, en l'espèce, de dévoiler la cause de la poursuite dans son entier. Dans le cas de ceux en qui je n'ai pas confiance, je ne dévoilerai rien du tout. Je commence toujours par dire que je m'en tiens à ce que la loi me prescrit de dévoiler; quant au reste, ce sont des renseignements *ex gratia* que je je dispense pour le bon plaisir de ceux qui ont ma confiance...

¹² Rapporté dans les « Special Lectures of the Law Society of Upper Canada », (1955), à la p. 3. Dans *R. v. Lantos*, (1964) 2 C.C.C. 52, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que les déclarations des témoins que la Couronne projette de faire comparaître ne constituent pas une « preuve » que l'accusé a le droit d'examiner avant le procès.

Bien entendu, d'autres facteurs entrent en ligne de compte. Un avocat qui se présente comme le procureur de la défense dans une cause criminelle peut fort bien se retirer du dossier le lendemain. Ce n'est pas comme dans une cause civile, où tout est consigné dans les registres et où il faut produire une motion devant la cour pour faire radier le nom des registres. En Angleterre, il existe une barrière entre le procureur et l'accusé. L'avocat rencontre rarement les accusés et les témoins, tandis que dans notre pays l'avocat est en relation étroite avec son client. Si je dévoile la cause de la Couronne à l'avocat de la défense, il y a danger que celui-ci en profite pour s'entretenir avec l'accusé en prison, ou pis encore, à son bureau, et le mette ainsi au courant de la cause de la poursuite. Et la première chose que vous apprenez est que quelqu'un est allé rencontrer vos témoins importants...

« Mais sa manière de me parler, quand il vient me voir, a son importance. Il me dira peut-être, l'air découragé: "Considéreriez-vous ceci?" Mais si quelqu'un me bouscule et me dit quoi faire, il n'obtiendra pas grand-chose en retour. Il vous demande une faveur; or quand on demande une faveur à quelqu'un on ne lui force pas la main...

« Bien souvent, les plus honnêtes, pour peu qu'ils connaissent l'histoire au complet, amèneront leur client à plaider coupable. Si la Couronne s'obstine à avoir raison et ne leur dévoile pas ce qui leur pend au bout du nez, ils plaideront alors non coupable. S'il s'agit d'un avocat en qui vous n'avez pas confiance, vous ne pouvez savoir ce qu'il fera des renseignements que vous lui fournissez sur la cause de la Couronne. Il plaidera non coupable de toute façon et utilisera les renseignements que la Couronne lui a fournis en toute confiance pour préparer sa propre cause. Un jour j'ai eu un avocat de la défense à qui j'avais exhibé le dossier confidentiel (*dopesheet*) de la police, afin de lui permettre d'avoir l'information requise pour le contre-interrogatoire. Il contre-interrogea le témoin de la Couronne sur la foi du dossier confidentiel (*dopesheet*) en lui faisant cette remarque: "Vous parlez ainsi présentement, mais vous n'avez rien dit auparavant". Maintenant cet avocat ne verra plus jamais la preuve de la Couronne. En général, je ne permets pas à un avocat de la défense de regarder le dossier confidentiel. Dans quatre-vingt-quinze pour cent des cas, lorsqu'un avocat me demande ce qu'est notre cause, je lui communique les faits saillants du dossier confidentiel, peut-être se décidera-t-il alors de plaider coupable ».

Le texte qui précède semble indiquer que la divulgation des renseignements avant le procès, le plaidoyer de culpabilité à des offenses plus légères, et le désistement seraient, aux yeux du procureur, autant de valeurs d'échange destinées à quelques procureurs de la défense. Point n'est question d'en faire bénéficier les avocats de la défense qui s'échauffent ou se montrent exigeants, mais uniquement ceux qui se sont avérés dignes d'appartenir à ce cénacle de la confiance. Un avocat de la défense qui fait partie du milieu où se pratiquent les échanges réciproques, qui commande la confiance, qui est « sûr », aura accès, avant le procès, à tous les renseignements sur la cause de la poursuite.

Il est un « sûr » dans la mesure où, une fois qu'on lui a dévoilé avant le procès la preuve de la poursuite, il ne s'en servira pas lors du contre-interrogatoire des témoins à charge, et, tout compte tenu de la situation, il favorisera un plaidoyer de culpabilité devant l'évidence de la preuve de la poursuite.

Il est de rigueur, en tout premier lieu, que l'avocat de la défense produise un nombre proportionnel de plaidoyers de culpabilité. L'avocat de la défense qui prendrait sans cesse le contre-pied et aurait pour politique d'amener ses clients à plaider non coupable perdrait vite le bénéfice de ces renseignements fournis avant le procès. Le commentaire suivant, puisé à un autre ordre d'idée, semble confirmer la nécessité de maintenir le caractère de réciprocité propre à ce genre d'association : « toute guerre des prix désordonnée n'abaisse les prix qu'en faveur de ceux qui sont en même temps les fournisseurs »¹³.

3 – Les intrus

Un procureur de la défense qui ne rend pas la réciprocité en produisant un nombre proportionnel de plaidoyers de culpabilité, s'expose à amenuiser l'élément confiance et, en dernier ressort, est exclu du cercle des échanges en même temps qu'il se met au ban de l'environnement social des procureurs : « quelques-uns me demandent de voir le dossier confidentiel en affirmant qu'ils vont plaider coupable. Comme cela arrive souvent, aussitôt qu'ils constatent que la preuve de la Couronne n'est pas aussi convaincante qu'ils ne le craignent, ils plaident non coupable ». De la même façon, si un avocat de la défense s'avise de manquer à un engagement, par exemple, s'il utilise à son profit, lors d'un contre-interrogatoire, la preuve que la poursuite lui a dévoilée sous le couvert de la confiance, le système des échanges réiproques prend fin quant à lui. Si l'avocat de la défense n'a cure de faire son bout de chemin et néglige de rendre à son tour des services comme marque de son appréciation, la survie des relations réiproques s'avère impossible :

« Certains avocats de la défense arriveront à votre bureau en vous saluant, "bonjour, belle journée n'est-ce pas?", et retourneront à leurs clients pour leur dire : "Je viens de payer son dû à la poursuite. Il faudra verser un autre deux cents dollars". Les mêmes avocats de la défense en feront autant avec les juges. Ils iront le voir pour lui dire "bonjour", puis retourneront dire à leur client qu'ils viennent de voir le juge et que cela nécessite un autre deux cents dollars... ».

Un autre procureur illustre bien le cas où la conduite de la défense est de nature à saper la confiance et de mettre un terme aux relations réiproques :

« Voici une cause qui aboutit au procès. Une affaire péremptoire.

« [...] Mais vous découvrez que la défense a communiqué avec les témoins pour les informer que la cause ne procède pas et qu'ils n'ont pas à se présenter en cour le lendemain. L'avocat, le lendemain, se lève et

¹³ Voir : HALE et HALE, dans « Reciprocity under the Antitrust Laws: A Comment », 113 U. of Pa. L. Rev., (1964-65) à la p. 75.

se déclare prêt à procéder, mais ajoute que personne ne l'a averti que la Couronne demanderait une remise. Certains avocats vont aligner cinq causes le même jour et manœuvrent de façon à ne procéder que dans une seule, de sorte que les autres devront être remises à plus tard. Plus les témoins viennent à la cour, plus ils sont dégoûtés ».

Quelques procureurs entretiennent une suspicion significative sur les mobiles de la défense. « Il y en a à peine dix en qui j'ai confiance. » Un autre déclare qu'il est sans merci pour les avocats de la défense et qu'en fait il les affronte bien en face.

L'avocat qui n'est pas accrédité « sûr » ou digne de foi, et qui se voit exclu du marché des échanges mutuels, reçoit un traitement particulier.

« Si je n'aime pas un avocat de la défense, je peux retenir sa cause en la gardant au bas de la liste deux ou trois jours. Ou je décide de ne rien lui dévoiler. Tout dépend de mon opinion sur la défense relativement aux renseignements que je lui donnerai. Si je puis lui faire confiance, m'assurer qu'il ne profitera pas de ma preuve pour la combattre au moyen d'arguments entachés de parjures, je lui fournirai des renseignements. »

Les procureurs divisent en catégories les avocats qui occupent en défense dans les poursuites criminelles. Il y a d'abord ceux qui sont entièrement dignes de foi, des sûrs, avec qui il y a lieu par conséquent d'entretenir des relations réciproques en vue d'échanger des services. Puis, il y a ceux de la zone grise, mais qui dans l'ensemble sont quand même dignes de foi. Enfin, il y a ceux qu'il faut exclure de toutes relations réciproques dans le but d'échanger des services. Un procureur a admis que ses sentiments à l'égard des avocats de la défense se reflètent dans son attitude au moment de leur fournir des renseignements :

« Il y a d'abord la catégorie de ceux en qui j'ai entièrement confiance, à qui je fournirai les renseignements les plus complets, en toute franchise, à leur convenance le plus tôt possible. J'agirai de même avec tout jeune avocat qui m'en ferait la demande; je me montrerais bon collaborateur et je l'aiderais. Avec les "grandes gueules", je me cramponnerais à la loi, et je ne leur divulguerais rien avant l'enquête préliminaire. S'il s'agit de... X... il se peut que je donne libre cours à mon humeur et que j'essaie de lui créer des difficultés. »

L'avocat de la défense a donc beaucoup à gagner en s'assurant de la confiance du procureur, car il élargit ainsi ses horizons dans le domaine des différentes options ouvertes à ses clients, et accroît ses possibilités d'échapper aux rigueurs du système avant de s'aventurer dans un procès. Par ailleurs, l'avocat de la défense qui n'a pas soin d'entretenir des relations de confiance entre lui et la poursuite s'expose, et expose également ses clients à subir un sort singulièrement différent. Pour le procureur, la mise en place de tels échanges représente non seulement une économie de temps mais l'opportunité de créer un climat de coopération, et cela moins dans le but de gagner son point que de circonscrire la perte d'énergie. Le procureur n'est guère souvent le

perdant quand il faut véhiculer le litige dans ce dédale des formalités du forum populaire, et il lui est loisible de liquider un grand nombre de causes dans le cours normal des choses. Le dialogue qui s'engage lors de la phase préalable au procès et les options qui s'offrent à l'accusé et son avocat sont conditionnels à la qualité des rapports qui existent entre la poursuite et la défense, tout autant qu'à la nécessité de liquider les causes selon les impératifs administratifs du système.

4 – Les rênes du pouvoir

Le pouvoir, dans le processus des échanges au sein de cette communauté juridique, revêt diverses modalités. « L'individu qui détient les atouts dont les autres ont besoin, sans pour autant être tributaire des leurs, exerce sa domination sur les autres en les gratifiant de ce dont ils ont besoin, et peut donc compter sur leurs bons offices. »¹⁴ C'est l'avocat de la défense qui, la plupart du temps, fait appel aux services de la poursuite en matière d'échanges réciproques, et c'est également lui qui, en retour, fait les frais de cet état de sujétion en formulant sa requête et en témoignant son appréciation des avantages que lui procure l'échange. Ainsi que l'a indiqué un procureur :

« Tout dépend dans une large mesure de la manière dont l'avocat aborde la question. S'il se montre courtois envers moi, je le suis moi aussi. S'il manifeste l'intention de s'orienter vers un plaidoyer de culpabilité, je serai d'accord. Si c'est un cas douteux, peut-être n'aurait-on pas dû l'arrêter d'abord. Oui, dans bien des cas, tout dépend de l'approche de l'avocat... Il y a toutes sortes d'individus ; ainsi en est-il des avocats, et si mes relations sont bonnes avec l'un d'eux, et elles le sont avec la plupart, je lui fournirai alors tous les renseignements. »

En demandant une « faveur » au procureur, l'avocat de la défense, de ce fait, lui crée un certain prestige et lui concède une certaine supériorité dans leurs rapports communs¹⁵.

Certains procureurs, semble-t-il, sont indifférents à l'égard des activités de l'échange, et leur comportement ne fait qu'accentuer leur état de puissance. Le refus du procureur de se prêter à des relations réciproques trahit peut-être chez lui le dédain qu'il éprouve à l'endroit d'un avocat de la défense en particulier, ou de tout avocat de la défense, le tenant pour indigne de participer à des échanges avec lui. L'attitude :

¹⁴ BLAU, dans *Exchange and Power*, à la p. 22. Max WEBER définit la puissance ainsi : « La probabilité pour un acteur, au sein du milieu social dont il fait partie d'être en position d'imposer sa volonté en dépit de la résistance » : M. WEBER dans *The Theory of Social and Economic Organization*, (1950). TAWNEY la définit ainsi : « On peut définir la puissance comme étant la capacité d'un individu ou d'un groupe d'individus de modifier la conduite des autres individus ou groupes d'individus de la manière dont il l'entend, et d'empêcher que sa propre conduite ne soit modifiée dans un sens où il ne l'entend pas ». R. H. TAWNEY, dans *Equality*, 229 (1933).

¹⁵ BLAU, dans *Exchange and Power*, à la p. 103. Voir aussi : HOMANS, dans son *Social Behaviour*, aux pp. 318-319, et MAUSS, dans son *Gift*, aux pp. 10-11, 39-40, où les deux discutent de la question. Richard M. EMERSON a soumis une étude qui analyse la dépendance du pouvoir : « Power Dependence Relations », 27 *Am. Soc. Rev.* 31, (1962), à la p. 41.

« Je n'aime pas me mêler aux avocats de la défense » et le refus de collaborer aboutissent à des rapports laborieux, et parfois acrimonieux.

5 – La minorité qui s'engage au procès

Les procureurs maintiennent des relations réciproques avec les avocats disposés à donner en retour et ignorent ceux qui ne s'en préoccupent pas. La réciprocité est le fait, principalement, des avocats de la défense qui sont admis à faire partie du cercle social de ce groupe, encore que tout soit subordonné au caractère des relations qu'ils entretiennent avec le procureur. La réciprocité engendre la discrimination, car les avantages qui en découlent profitent uniquement aux avocats qui apportent en retour leur quote-part du butin. Les avocats qui ne produisent pas leur « quota » de plaidoyers de culpabilité et qui opposent une défense dans chaque cause n'ont rien d'autre à faire que de se contenter de la « carcasse du système légal ». L'accusé non représenté n'a jamais la possibilité de partager dans les avantages des échanges réciproques avant le procès.

La réciprocité, en soi, est une violation de la règle du droit et du principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi. Elle contribue à créer un climat propice aux échanges en marge des normes rationnelles de la procédure judiciaire, climat où les débats entre opposants sont bannis et qui paralyse le cours du procès. Essayer de cerner la pratique des échanges réciproques dans l'environnement juridique est voué à l'échec, à l'instar des marchés commerciaux :

« De toute évidence, empêcher la réciprocité, tout comme s'attaquer à n'importe quelle autre pratique, c'est s'arrêter aux symptômes seulement, cela ne guérit pas le mal. Comme on l'a vu, la réciprocité n'est possible que si les marchés révèlent l'existence de certaines imperfections. Y remédier est peut-être trop dispendieux. Mais si, par hypothèse, ces défauts sont confinés à un secteur infime de la production, leur élimination pourrait devenir une cause d'inefficacité... »¹⁶

C'est avant le procès que s'intensifient les efforts pour satisfaire aux visées administratives relativement à la disposition des causes et que, concurremment avec un système de rapports réciproques bien compris, on parvient à mettre en place un processus capable d'inspirer des formules constructives. En l'occurrence, le forum populaire ne sert qu'à ratifier les ententes, de sorte que les acteurs limitent leur action à un simple cérémonial qui a peu de signification pour les accusés. Mais on sait à quoi s'en tenir avant que le procès ne s'instruise, soit en raison des arrangements intervenus entre le procureur et la défense, soit à la suite des décisions qui résultent de l'accord du procureur de la défense et du pouvoir judiciaire. Les conflits classiques qui résultent des joutes contradictoires deviennent moins fréquents dans la vie quotidienne de

¹⁶ Pour une critique de la réciprocité dans le contexte du droit commercial, voir : HALE et HALE, dans *Reciprocity* ; et PHILLIPS, dans « Reciprocity under the Antitrust Laws: Observations on the Hale's Comment », 113 (1964) *U. of Pa. L. Rev.* 77.

la justice criminelle en Amérique du Nord. Non pas qu'il faille en déduire pour autant que les antagonistes ne s'engagent plus guère dans les procès, mais que la grande majorité des inculpés ne consentent au procès qu'en dernier ressort¹⁷.

En effet, qui va à ce forum strictement réservé à des adversaires dont la tâche est de débattre la question des accusations qu'on s'acharne à vouloir maintenir comme elles sont libellées originairement, et où le procès s'instruit alors que l'accusé sera convaincu de culpabilité ou acquitté de la faute dont il a été inculpé depuis le début? Car, si l'accusé n'a pas l'intention de plaider coupable à la faute qu'on lui impute, il y a peu à attendre d'un système qui ouvre la voie à des pourparlers avant le procès. N'était-ce la possibilité d'un plaidoyer de culpabilité, les dialogues qui s'engagent dans un but d'échanges réciproques seraient d'une importance douteuse, peut-être même n'arriveraient-ils qu'à annihiler les avantages des débats publics. L'accusé non représenté se risquera peut-être sur le parquet du forum, vu son inexpérience et son ignorance à l'effet qu'il peut recourir au système des échanges. Les négociateurs qui, en raison d'expériences antérieures, ont échoué à la tâche croiront peut-être n'avoir d'autre alternative que d'attendre le procès. Peut-être s'agit-il d'un benjamin de la profession qui désire affûter ses couteaux aux dépens de la poursuite. Ou encore, peut-être est-ce le cas d'un avocat qui, relevant d'une autre juridiction, vient représenter un client dans une juridiction étrangère, ce qui, du point de vue administratif, n'avance pas les choses, l'avocat au surplus ne recevant généralement pas bon accueil dans le cercle des coéchangistes locaux. Il y a enfin le cas qui captive l'opinion publique et qui, de ce fait, rend tout compromis illusoire. Finalement, il y a le cas de cet accusé dont le procureur est convaincu que, dans l'intérêt de son client, le système des affrontements sur la place publique est encore le plus judicieux, à cause des protections qu'il sauvegarde, et que son client y trouvera la meilleure garantie que ses droits seront respectés et que l'évaluation de ses torts sera équitable.

Ce type d'avocat sera peut-être traité de « spéculateur effréné » par ses confrères, car, s'il a gain de cause, son client est alors acquitté et il se retrouve dans une situation complètement indépendante à l'égard du système. Mais s'il perd sa cause, son client est convaincu de culpabilité et il encourt les peines maximales devant le tribunal. Les avocats de la défense, en majorité, évitent cependant les affrontements, la lutte ouverte, et évitent de spéculer inconsidérément, soit sur l'acquittement définitif, soit sur la condamnation irrévocable. Ils préfèrent plutôt négocier un arrangement, plus ou moins avantageux soit-il, mais qui

¹⁷ L'introduction dans la province d'Ontario d'un nouveau système d'aide judiciaire augmentera peut-être le nombre des causes aboutissant au procès, car les honoraires payés aux avocats par le gouvernement provincial sont basés sur le temps qu'ils consacrent aux causes individuelles, principalement à la Cour. La question de savoir si les mesures permises par l'organisme provincial donneront lieu à une recrudescence des débats devant les tribunaux reste à être étudiée par une nouvelle enquête. Voir: *The Legal Aid Act*, 1966, c. 80 (Ont.), amendé par *An Act to Amend the Legal Aid Act*, Bill 124, session de 1968-69.

convienne à la fois au représentant du ministère public et à l'accusé. Les critères qui servent de fondement à ces arrangements, comme c'est le cas de la plupart des arrangements d'ailleurs, constituent une contribution à une jurisprudence encore assez peu connue.

Chapitre huit

CONFLITS ET COMPROMIS

1 – Le système adversatif

Dans le droit commun, la procédure criminelle est en fonction d'un contexte où les rivaux s'affrontent et où l'accusation est officiellement portée. En tant que telle, elle repose sur la croyance que la vérité jaillira de la lutte que se livrent les deux adversaires pour démontrer le mérite de leur thèse respective devant un tribunal impartial. C'est Lord Edon qui a affirmé, dans une pensée mémorable, que « la vérité jaillit dans la mesure où les plaidoyers des deux parties au litige sont mieux étoffés »¹⁸. Le procureur de chacune des parties en présence s'efforce d'établir le bien-fondé des prétentions de son client et de réfuter celles de son adversaire. De ce conflit éclatent la vérité et la justice. L'accusé doit bien comprendre la nature de l'accusation qui pèse sur lui. Il doit être confronté avec les témoins à charge, et ne sera reconnu coupable que si les preuves établissent, au-delà de tout doute raisonnable, qu'il a vraiment commis le délit pour lequel il a été inculpé. Le régime des procès force chaque partie à polariser son action et à s'engager dans le conflit dans un esprit combatif, à tout le moins compétitif. L'un aura gain de cause, l'autre perdra. Dans cette joute du « tout ou rien », la limpidité du résultat a quelque chose de réconfortant. Il est bon ou mauvais, ce résultat qui donne la certitude et sauvegarde la symétrie, qui consacre les principes tout en évitant de verser dans le particularisme propre aux organismes chargés de rendre les décisions et dans les tergiversations lorsque la question est de trouver des solutions. L'officialité de la certitude qui en résulte prend le pas sur le compromis, dont l'effet est de miner la confiance dans les règles établies et la force morale; cette confiance et cette certitude sont tenues pour indispensables par ceux qui craignent que toute solution qui ne soit pas revêtue d'un caractère officiel ne soit le signe non équivoque d'une morale ambivalente. La recherche de la sécurité et la certitude selon les normes s'accommodent plutôt du truc « perd ou gagne », dont l'issue est caractéristique du système qui oppose les adversaires l'un contre l'autre.

¹⁸ Voir: *Ex parte Lloyd*, (1822), Mont. 70, n.

Si le système d'« adversaires » doit fonctionner, il est de rigueur que les rivaux en présence soient d'égale force, à peu de chose près. Si l'un des deux est plus fort que l'autre, il pèsera lourdement dans la balance et cela risque de compromettre l'équité du résultat. En effet, en l'occurrence, l'enjeu du combat perd de son importance et le verdict devient fonction de la force. Il s'ensuit que le bon fonctionnement de la défense, dans le système qui confronte les adversaires, est vital tant pour la poursuite que pour l'autorité judiciaire. Si l'accusé, devant qui se dresse l'appareil de l'Etat à l'appui de la poursuite criminelle, ne peut se prévaloir des avis et de l'assistance de son avocat, ou s'il doit subir des retards à cet égard, de l'un comme de l'autre, le droit de se défendre contre l'accusation, fondamental dans tout système d'« adversaires », subit une entorse sérieuse¹⁹.

2 — Le procureur, es-qualité de ministre de la justice

Le combat perd de son importance face au concept admis par les tribunaux que le procureur, par définition, n'est pas une créature bardée de vastes pouvoirs au service de l'Etat, mais un officier de la cour qui remplit une fonction « quasi-judiciaire ». Les tribunaux ont émis l'opinion qu'il doit se borner à exercer la poursuite criminelle de façon à renseigner le tribunal et à instruire le jury équitablement, rien de plus²⁰. Le procureur doit s'abstenir de tout propos incendiaire quand il s'adresse au jury, de tout appel au sentiment, et il ne doit jamais soutenir des arguments qui ne soient corroborés par la preuve²¹. Les

¹⁹ Pour une vue d'ensemble, voir: GROSMAN, dans « The Right to Counsel in Canada », 10 C.B.J. 189 (1967), où il discute des limites des protections assurées par le système adversatif au Canada.

²⁰ Voir: H. E. TASCHEREAU, dans *Criminal Statute Law of the Dominion of Canada*, 841 (2nd ed., 1888); voir aussi: *R. v. Murray and Mahoney*, (n° 2), (1917) 1 W.W.R. 404, 10 (Alta.) L.R. 275, 27 C.C.C. 247, 33 D.L.R. 702 (C.A.). Sargeant TALFOURD, dans *Dickinsons' Quarter Sessions*, à la p. 495, déclare que: «... (le procureur de la Couronne) se doit de ne pas verser dans l'invective, de ne pas faire appel aux préjugés et aux passions devant le jury; Il n'est pas de bon goût et de bon ton de ferrailler dans le but d'obtenir une condamnation, car dans toute cause civile l'avocat recherche un verdict»: parole de TASCHEREAU, voir *supra*, à la p. 840.

²¹ Voir: e.g., *R. v. Seabrooke*, (1932) O.R. 575, 58 C.C.C. 323 (1932), 4 D.L.R. (C.A.): *R. v. American News Co.*, (1957) O.R. 145, 25 C.R. 374, 118 C.C.C. 152 (C.A.): *R. v. McDonald*, (n° 1) 27 C.R. 333, (1958) O.R. 413 (C.A.); et *Tremblay v. R.*, (1963) 40 C.R. 303 (Qué. C.A.), cause de viol portée en appel. Un nouveau procès fut ordonné, en partie parce que le procureur de la Couronne avait tenu un langage inflammatoire. S'adressant au jury, le procureur de la Couronne, faisant grand état du prétendu tapage qu'aurait fait l'accusé, s'est exprimé en ces termes: « On parlait des grognements d'un animal. Imaginez la scène: imaginez comment grogne un homme qui a dépassé les limites — si c'est la vérité — qui a dépassé les limites de la décence, les limites de la retenue. Et j'irai plus loin, messieurs: grognements d'un animal, je me demande si l'expression est juste parce qu'il est des actes que les animaux eux-mêmes ne font pas, et qui — si elle a dit la vérité sous serment, — ont été faits par Tremblay, l'accusé. Il est des choses que l'animal n'est pas même assez méchant, mauvais ou vicieux pour faire, parce qu'il n'a pas l'intelligence ». Voir aussi *McFarland v. United States*, 150 F. (2d), 595 (D.C. Cir. 1945) (dans une cause de viol, le procureur produisit des vêtements de la victime tout maculés de sang, comme pièces à conviction); *Simmons v. State*, 14 Ala. App. 103, 71 S.O. 979 (1916) (une remarque faite dans le but de soulever des préjugés raciaux); *Thomas v. State*, 107 Ark. 469, 155 S.W. 1165 (1913).

arrêts des tribunaux sur le rôle du procureur établissent qu'il doit se plier à une éthique qui se superpose à celle de l'avocat « ordinaire ». L'avocat dont la tâche est de représenter la poursuite devant un tribunal de juridiction criminelle a pour vocation de se comporter strictement comme un ministre de la justice. Son devoir se limite à produire chaque élément de la preuve, pour autant qu'il soit pertinent et admis en loi, à le faire dans l'ordre, sans crainte ni favoritisme²². Un procureur senior a reconnu récemment dans un périodique l'obligation de souscrire à un code d'éthique.

« Le procureur ne joue pas le rôle de l'avocat ordinaire qui occupe dans une cause civile. Il remplit une fonction quasi-judiciaire, ou personnifie un ministre de la justice, et doit se considérer comme un personnage de la cour plutôt qu'un avocat. Il ne doit pas s'ingénier à ferrailer dans le but d'arracher un verdict de culpabilité, ni trahir des sentiments de rivalité professionnelle qui l'amèneraient à tenir le litige ainsi que son dénouement pour une manifestation de sa supériorité professionnelle, ni pour une occasion d'affirmer son habileté et sa suprématie. »²³

C'est par conséquent soutenir que le rôle du procureur n'implique en rien l'idée de gagner ou de perdre²⁴. Non seulement sa tâche n'est pas de chercher à collectionner les condamnations, mais elle est bien davantage, de s'en tenir à établir les faits matériels devant le jury, qu'ils soient favorables ou défavorables à l'accusé²⁵. M. Christmas Humphreys, procureur senior de la poursuite à Old Bailey, dans une conférence intitulée « Les devoirs et la responsabilité du procureur de la poursuite », a repris à son compte ce concept du procureur :

« Non seulement la défense a-t-elle le droit de demander à la poursuite de l'aider à retracer certains témoins et à les amener à la barre, ou même d'entreprendre des recherches intensives pour trouver des preuves que l'on sait exister, le tout aux dépens des fonds publics... » « [...] mais, selon moi, le procureur a le devoir de l'offrir. Pourquoi ? Parce que le procureur, en tout temps, est un ministre de la justice, même si on le décrit rarement sous cette dénomination. Il n'y a aucune obligation pour le procureur de la poursuite de s'assurer qu'il y aura condamnation, pas plus qu'il ne doit s'enorgueillir ou se réjouir de ses succès en soi. A plus forte raison doit-il s'abstenir de faire état du pourcentage des condamnations qu'il a obtenues pour une période donnée. Le devoir du procureur... est de préparer, à l'intention du tribunal, un exposé clair et net de la cause de la Couronne contre l'accusé et de produire des preuves à l'appui de ses affirmations. Si une défense est produite à l'encontre de ses prétentions, il fera une critique sans passion dans le plus complet esprit d'équité de la contre-preuve et soumettra au tribunal, pour autant que celui-ci le permette, que la

²² Extrait d'une allocution de Sir John SIMON à l'Association du Barreau canadien, rapporté à 25 L.N. 228, (1922), à la p. 231.

²³ BULL, dans « The Career Prosecutor of Canada », 53 *J. Crim. L.C. & P.S.* 95, (1962).

²⁴ *Boucher v. R.*, (1955) S.C.R. 16, 21, 24.

²⁵ DEVLIN, dans *The Criminal Prosecution in England*, (1958), à la p. 27.

preuve de la poursuite est convaincante quant à lui. Cela n'a rien d'une rebuffade qui porterait atteinte à son prestige s'il ne parvenait pas à convaincre le tribunal de la culpabilité du détenu. Il doit maintenir une attitude objective, au point que, pour autant que la chose soit humainement possible, le résultat lui soit indifférent. »²⁶

Malgré que le système d'« adversaires » débouche sur un procès qui met en jeu les talents respectifs des deux avocats, n'est-il pas plus réaliste de tenir pour acquis que cette confrontation donnera lieu à un débat fort enrichissant? N'est-il pas vrai également que c'est cet esprit combatif qui pousse un homme à désirer le succès dans la lutte et la victoire pour son équipe? Ces motivations ne sont-elles pas engendrées par le système qui permet l'affrontement des rivaux, et n'est-il pas psychologiquement improbable qu'un tel état d'esprit se dissipe devant le tribunal?

Un procureur a soumis que « ce rôle quasi-judiciaire », de « es-qualité de ministre de la justice », ne s'accommode pas facilement de la joute des adversaires sur la place du forum :

« Il y a danger que vous n'arriviez qu'à une situation où vous vous dressiez contre l'autre avocat au lieu de vous en tenir à établir les faits relatifs à votre cause. Dans le cas du procureur permanent, le risque est toujours de vous impliquer à titre personnel contre la défense. Le procureur est engagé dans une lutte où les adversaires se défient, et pour la plupart c'est la première chose qui compte. Il se peut qu'il recoure à des tactiques qu'il n'emploierait pas autrement dans la fougue du combat entre adversaires. Ce n'est peut-être pas équitable pour les accusés, mais ils sont forcément à l'arrière-plan quand deux avocats s'affrontent. »

3 — Le règlement des conflits

La question est de savoir si la position du système actuel de l'affrontement des adversaires, en regard de ses potentialités, est générateur d'émulation dans le sens de l'esprit d'agressivité, qui à son tour suscite de nouveaux motifs d'émulation, ou si les frustrations qui résultent de la confrontation compétitive conduisent à la communication entre adversaires, et donc à l'établissement d'un faisceau de liens qui les attachent l'un à l'autre.

Les conflits, variables selon la source d'où ils proviennent, ont tendance à se résorber dans le sens prévu par les mécanismes de règlement des conflits. L'ajustement d'un conflit est conditionné par les objectifs immédiats des parties en litige et par les valeurs qu'elles recherchent. Il existe deux types de conflits de base, le conflit d'intérêts et le conflit des valeurs²⁷. Dans le conflit d'intérêts, de sa nature caractérisé par l'interaction des deux parties, les solutions semblent toutes trouvées dans un processus d'interaction qui présente les apparences

²⁶ HUMPHREYS, dans « The Duties and Responsibilities of Prosecuting Counsels », *Crim. L. Rev.*, (1955) 739.

²⁷ Voir: AUBERT, dans « Competition and Dissensus: Two Types of Conflicts in Conflict Resolution », 7 *J. Conflict Resolution*, 26 (1963).

d'une compétition, à l'exception que les parties, n'étant pas moralement incommodées par l'issue qui en résultera, sont de ce fait mues par des intérêts qui ne sont pas diamétralement opposés. Quant il ne s'agit que d'un conflit d'intérêts, alors que les parties impliquées sont couramment engagées dans d'autres conflits, le seul jeu de leur interaction commune ouvre la voie aux mesures d'intégration. Cette interaction est stimulée d'autant, lorsque les adversaires réalisent qu'il leur est possible de satisfaire aux nécessités et aux objectifs communs en réduisant au minimum l'ampleur du conflit, ce qui, de ce fait, réduit au minimum, également, l'éventualité d'une perte maximale dans un cas comme dans l'autre.

Le conflit qui se résume à une incompatibilité d'intérêts et n'est pas un éclatement des valeurs trouve une illustration dans la remarque suivante d'un procureur :

« Vous ne pouvez vous identifier avec chaque cause ni avec chaque prévenu. Chaque fois, vous devez être dégagé de toute l'affaire. » Un autre a ajouté : « Vous devez éviter d'être manipulé, dans une cause... Vous ne devez pas obéir à vos sentiments, car autrement vous feriez comme l'écureuil. » Les deux parties réalisent habituellement qu'en définitive leurs intérêts ne s'opposent pas diamétralement et qu'elles ont plus à gagner d'un moyen terme à base de coopération que d'un conflit.

Parallèlement, les procureurs non engagés dans un conflit d'intérêts, mais de valeurs, ont tendance à refuser le compromis. En effet, quoiqu'ils soient continuellement en contact avec les représentants de la défense, leurs rencontres se limitent la plupart du temps aux activités de la cour, et l'absence de toute communauté d'objectifs et de valeurs ne contribue pas à rapprocher les parties entre elles. Bien au contraire, il en résulte un profond éclatement des valeurs, qui non seulement les isole l'une de l'autre, mais les porte à se tenir à l'écart l'une de l'autre. Il est donc impossible de parer aux conflits des valeurs comme cela se fait dans les conflits d'intérêts. Comme le mentionne Aubert, lorsqu'il y a conflit des valeurs, le langage caractéristique des échanges est tenu à un minimum, et tout propos de nature illicite ne fait que contaminer ce genre de pourparlers, car « on ne peut transiger sur les valeurs... et le caractère illicite du compromis au niveau des valeurs... rend difficile la tâche d'en discuter en toute quiétude d'esprit, et de ce fait compromet les chances de succès dans la poursuite d'une solution »²⁸.

Quelques procureurs ont déclaré s'opposer à tout compromis sur ce qui leur apparaît comme « la vérité », exprimant clairement par là qu'il existe à ce sujet un conflit des valeurs entre eux et les avocats de la défense.

« Ce qui me choque, c'est l'attitude de ces avocats qui cherchent à régler des causes dans mon bureau. C'est ce qui arrive dans le cas de conduite dangereuse, alors que ces jeunes avocats, sans expérience, s'amènent et vous disent : "laissez-le filer, il va plaider coupable à une charge

²⁸ AUBERT, dans *Competition and Dissensus*, à la p. 29.

moins grave''. Que le diable les emporte. Si j'accepte de marcher, les avocats diront: ''voyez comment je l'ai eu, le procureur de la poursuite''. Et ils feront payer leurs clients en conséquence. »

Un autre procureur s'abstient carrément de tout contact social avec les avocats de la défense et adopte une attitude hostile à leur endroit: « [...] Je n'aime pas frayer avec les avocats de la défense — ils ne me paient pas des repas pour le charme de ma compagnie... la plupart des avocats de juridiction civile n'ont guère le sens de la réalité et l'expérience des cours criminelles. Je suppose qu'ils s'y intéressent parce que cela leur vaut une bonne publicité. » C'est là l'attitude d'une faible minorité, qui affiche une allure hostile non seulement à la cour mais aussi dans leurs rapports avant le procès, et même dans leurs relations avec leurs confrères de la défense. Lorsque le conflit des valeurs est aigu, l'avocat de la défense pourra manœuvrer de façon à éviter tel procureur en particulier, avant comme pendant le procès. C'est le type d'avocat qui adopte une attitude rigoureuse lorsque les avocats de la défense demandent des ajournements ou suggèrent d'accepter un plaidoyer de culpabilité sur une charge moins grave. « Avec eux pas de quartier. Je me rends à la cour et, dès que certains avocats de la défense m'aperçoivent, ils demandent une remise de la cause... Vous en savez tout de même plus long que la plupart des avocats de la défense, excepté que leur personnalité les amène davantage à sauver la face. »

Des procureurs interviewés, il ne s'en est trouvé que trois à faire étalage d'un tel complexe psychologique à l'égard des compromis²⁹. Il s'agit d'individus punitifs et arrogants, inaccessibles à toute interpénétration des rapports sociaux, et enclins à voir leur propre opinion se refléter dans la personne des autres. Ils ne semblent tolérer aucune ambiguïté ni aucune équivoque, et l'intransigeance de leur comportement apparaît comme le reflet de leur dureté et de leur masculinité. Mais chez la plupart il est plus facile de concilier des intérêts opposés.

La solution juridique du « tout pour le gagnant » et le caractère adversatif des conflits s'émoussent quand se dessine la perspective de gains réciproques par le biais de la coopération. La coopération ne pèche pas tellement contre une éthique qui apparaît comme le prolongement de la fonction officielle du procureur. Le principe reconnu par l'autorité judiciaire à l'effet que le procureur agit en qualité d'officier quasi-judiciaire de la cour et d'un ministre de la justice donne du poids à la doctrine de sa non participation à des activités d'adversaire, et constitue de solides assises à la pratique des rapports procureur-défense fondés sur les principes de la coopération.

4 — Les jeux du marchandage

De nouvelles techniques s'élaborent en matière d'enquêtes sociales qui peuvent commodément trouver leur application dans l'analyse de

²⁹ Ces procureurs se sont avérés des personnalités de type autoritaire. Voir: *The Authoritarian Personality*, (Richard Christie et Marie Jahoda, éd. 1954), et T. W. ADORNO, et al., dans *The Authoritarian Personality*, (1950).

cette zone stratégique où s'exerce l'interaction procureur-défense. La « théorie des jeux » et les moyens d'action de l'investigation sociale, tels que développés par Thomas Schelling³⁰ et d'autres³¹ permettent de synthétiser les problèmes sociaux et de faire l'analyse du comportement à la lumière des réponses révélatrices des sujets qui se débattent dans des situations de conflits. L'une des distinctions fondamentales de la théorie des jeux trouve son illustration dans les jeux dits « somme zéro » et « somme non zéro ». Dans le jeu « somme zéro », lorsqu'il y a deux participants ou deux joueurs, l'un des participants ou joueurs gagne ce que l'autre perd. Ainsi, après chaque jeu ou procès, pour l'un des participants, le résultat ou le « paiement » se traduit nécessairement par zéro. Cette figure symbolise les résultats qu'on peut attendre d'un procès, car si la poursuite a gain de cause, c'est que la défense a perdu, et vice versa. Dans le jeu « somme non zéro », il n'en est rien, ou si l'on veut, il n'existe aucune contrainte de la part des joueurs. Les deux peuvent gagner, les deux peuvent perdre, ou l'un perd pendant que l'autre gagne, et les gains ou les pertes ne sont pas nécessairement en parts égales. On réfère souvent au jeu « somme non zéro » comme étant un jeu de marchandage, interprété généralement comme caractéristique des situations où l'on marchandé, où il y a conflit d'intérêts, sans pour autant qu'on écarte la possibilité de boucler des gains mutuellement, et où tout se concilie grâce à la formule coopérative³².

Des occasions de marchandage à base de coopération sont susceptibles de se produire entre le procureur et les avocats de la défense dans la mesure où les résultats de leurs ententes ont un caractère bénéfique et continu, et sont plus concluants que s'ils se livraient à une lutte ouverte. L'ampleur de l'action réciproque des procureurs et des avocats de la défense est subordonnée aux résultats ou aux avantages qu'ils anticipent de la formule coopérative, par comparaison avec ceux qu'ils obtiendraient en restant à l'écart et en s'acheminant vers le procès. Comme on l'a vu au chapitre précédent, dans la mesure où les attitudes et les ententes des procureurs et des avocats de la défense s'orientent sous un jour favorable, il y a accroissement de la communication et des ouvertures. Certes, il pourra subsister un certain antagonisme mitigé, séquelle de la phase initiale, en ceci que le procureur

³⁰ Pour une vue d'ensemble, voir: T. C. SCHELLING, à propos de la théorie des jeux appliquée aux problèmes de conflits mondiaux, dans *The Strategy of Conflict*, (1966), et T. C. SHILLING, dans *Arms and Influence*, (1966).

³¹ Voir: A. RAPOPORT, dans *Strategy and Conscience*, (1964) et aussi son *Fights, Games and Debates*, (1960); R. D. LUCE et H. RAIFFA, dans *Games and Decisions*, (1967); *Game Theory and Related Approaches to Social Behaviour*, (M. Shubik, éd. 1964).

³² Voir: Joseph WILLIS, dans « Bargaining Behaviour I. "Prominence" as a predictor of the outcome of games of agreement », 3 *J. Conflict Resolution*, 102 (1959). Voir aussi: J. E. COONS, dans « Approaches to Court Imposed Compromises: The Uses of Doubt and Reason », 58 *Nw. L. Rev.* 750 (1963-64), à la p. 790; NORTHROP, dans « The Mediation Approval Theory of Law in American Legal Realism », 44 *Va. L. Rev.*, 347 (1958). Voir aussi l'importance de la médiation dans la législation chinoise; LUBMAN, dans « Mao and Mediation: Politics and Dispute Resolution in Communist China », 55 *Calif. L. Rev.*, 1284 (1967); COHEN, dans « Chinese Mediation on the Eve of Modernization », 54 *Calif. L. Rev.*, 1201 (1966).

pourra considérer l'avocat de la défense comme indigne de la moindre confiance, ou l'avocat de la défense pourra trahir son esprit d'antagonisme aussitôt que le procureur a acquiescé à la formule coopérative. Les conflits de personnalité qui dissocient, par exemple, ceux qui manifestent une propension à la lutte et ne cherchent qu'à vaincre à tout prix, et ceux qui s'avèrent psychologiquement hostiles, rétrécissent considérablement le champ de la coopération. Dès que les motivations ont été établies de part et d'autre, et ont été clairement définies sous l'impulsion des avantages dont l'anticipation a pour effet d'atténuer le risque ou le coût de l'opération, les intéressés auront vite fait de reconnaître que la coopération, comme fondement de leur action respective, constitue une formule d'ajustement plus appropriée.

Les relations réciproques ou à base de coopération représentent la meilleure solution pour l'avocat de la défense : elles lui fourniront les solutions durables les plus heureuses de toutes celles qui lui sont possibles, y compris la classique des débats entre adversaires. En effet, grâce aux relations soutenues entre le procureur et l'avocat de la défense, celui-ci sera en mesure d'obtenir plus facilement des remises, et pourra compter sur la bienveillance du procureur pour conclure des plaidoyers de culpabilité sur des offenses plus légères. Parce qu'il aura obtenu des renseignements complets sur la cause de la poursuite, il sera en état d'évaluer avec précision ses chances de gagner le procès et pourra disposer de la cause sans tergiversations inutiles et sans s'exposer à la perte d'un procès. Il y trouve son compte dans l'économie de temps et d'argent. Quant au procureur, il obtient généralement des résultats plus positifs que ceux qu'il pourrait espérer d'un procès. Dans son optique, tout ce qui assure la bonne gouverne de l'institution et l'écoulement des causes est plus bénéfique que l'engagement dans une multitude de procès, avec le risque de perdre des verdicts de culpabilité et de perdre son temps.

Selon Thibaut et Kelly, les relations entre les intéressés confèrent à l'un des deux une certaine qualité « d'expert », et par conséquent créent chez l'autre un état de sujétion à l'égard de l'« expertise ». La décision du procureur, à sa seule discrétion, de fournir ou refuser des renseignements sur la cause avant le procès illustre typiquement son rôle d'expert et sa puissance.

« Une personne peut améliorer les résultats d'une autre, d'une ou deux façons : soit en lui assurant des gains, soit en réduisant ses coûts. L'art et la manière de réduire les coûts est le fait de l'expert, celui dont la compétence particulière permet d'orienter les actions des autres vers des résultats compatibles avec la réduction des efforts, de l'anxiété, ou dans le sens de l'économie de temps — et en général à des coûts moindres. »³³

Cette remarque s'applique fort à propos aux rapports actuels procureur-défense et à la question de la divulgation des renseignements avant le procès, dont l'intensité dépend entièrement du pouvoir discrétionnaire du procureur. D'autre part, forcer le procureur à dévoiler

³³ J. W. THIBAUT et H. H. KELLY, dans *The Social Psychology of Groups*.

des informations avant le procès serait changer singulièrement la nature des relations mutuelles.

Si le bénéficiaire des recommandations de l'expert (l'avocat de la défense) « est en lieu de se procurer les mêmes renseignements par lui-même... la valeur de l'expert devient illusoire. C'est comme s'il abandonnait à un autre un outil qui lui appartient et dont l'utilisation permet de réduire les coûts. C'est à la condition de considérer cet outil comme sa propriété et de pouvoir par conséquent le retirer quand bon lui semble qu'il peut continuer à s'en servir comme moyen de puissance »³⁴. Si le procureur perd sa qualité d'expert ainsi que son pouvoir d'accorder des faveurs qu'il est impossible d'obtenir autrement, de telles relations s'avèrent désormais d'aucune utilité.

Il y a donc dans le régime actuel permettant au procureur de contrôler la divulgation des renseignements avant le procès, et les options permises, un intérêt évident pour les parties de mettre à profit une source de compromis et de conserver le système des relations réciproques. À retenir que le procureur peut être fort utile à la défense sans qu'il lui en coûte tellement. Tant et aussi longtemps que la défense respectera les règles de l'éthique au cours de ses relations avec le procureur, celui-ci pourvoira de mieux aux nécessités de la défense en guise de récompense pour son comportement compréhensif. Tant que l'avocat de la défense adhérera sans détour à l'éthique commune en se gardant de contre-interroger les témoins de la Couronne sur des renseignements qu'il détient confidentiellement, et apportera un nombre convenable de plaidoyers de culpabilité, il continuera à bénéficier des avantages du régime des échanges.

Le non-conformisme ou le comportement agressif plutôt que compétitif est interprété par le procureur comme un mauvais emploi de sa confiance, et cela risque de mettre ses privilèges virtuellement en péril. L'avocat de la défense apprend vite comment ménager ses intérêts en agissant de telle ou telle façon plutôt que de telle autre, car se conformer à la règle des échanges se traduit par des avantages concrets sur le plan des renseignements avant le procès et dans la flexibilité qui entoure les diverses options facilitant le règlement de la cause. Quand l'avocat de la défense s'écarte de la voie du conformisme il ne fait qu'alourdir son fardeau, puisqu'il encourt la rigidité des cadres de la poursuite et se heurte aux virtualités propres aux conflits adversatifs. Ce genre d'interaction crée un arsenal de connaissances qui, à la longue, aboutit à la stabilité des relations réciproques. On arrive à ce résultat tacitement, sans nécessité d'une intercommunication formelle sur l'essence de ce marché des relations, sur les composantes du comportement psychologique, ni sur les normes d'éthique.

Les relations réciproques seront paralysées, ou prendront fin assez vite, si le procureur durcit exagérément sa position stratégique ou s'il se complaît dans l'arbitraire. Dans de telles circonstances, le coût excède le gain ou les avantages qu'on peut en retirer. Par voie de

³⁴ *Ibid.*

conséquence, il s'ensuit que la dépendance de l'avocat de la défense à l'égard des relations réciproques s'amenuise d'autant. En aucun temps le coût des relations doit-il excéder les gains qu'il est possible d'en retirer. Si l'on peut obtenir les mêmes avantages en dehors des relations, il reste peu d'intérêt à les maintenir. Les procureurs et les avocats de la défense, en majorité, se conforment à un code d'éthique uniforme, à des règles ou des normes qui comptent pour autant de directives à l'intention des co-participants actifs de l'environnement. Ainsi que l'affirme Homans : « Une norme, alors, est une idée que les membres d'un groupe gardent à l'esprit, une idée qui peut prendre la forme d'une directive qui prescrit aux membres ou à d'autres individus ce qu'ils devraient faire, ce qu'ils ont l'obligation de faire, ce qu'on s'attend qu'ils feront dans des circonstances données... »³⁵

Une norme est donc une règle de conduite que les membres d'un même groupe observent dans leurs rapports mutuels; dès qu'ils sont d'accord là-dessus, point n'est besoin de recourir à la contrainte personnelle pour assurer la bonne marche des relations. Simultanément, on évite ce qui est agressivité et ce qui provoque la frustration, car les membres qui participent à une commune action ont le sentiment intime que les ajustements qui s'imposent sont le fait d'une norme reconnue plutôt que d'une contrainte exercée par un seul individu³⁶. Tout membre d'un même groupe sait dans son for intérieur comment se conduire dans certaines circonstances, tout comme il sait ce qu'il faut éviter dans des circonstances identiques. Un avocat qui fait partie du réseau des relations réciproques n'a nullement à se faire dire qu'il lui est interdit de se servir de la preuve de la poursuite, que celle-ci lui a été dévoilée sous le couvert de la confiance, pour abuser des témoins de la Couronne. Les normes régularisent le processus des négociations avant le procès sans qu'il soit nécessaire d'attendre les décisions individuelles pour arrêter la procédure à suivre dans chaque cause. L'acceptation des normes garantit l'harmonie de l'interaction des membres et les met à l'abri des caprices individuels ou des revirements imprévisibles tant des procureurs que de la défense.

5 – L'intime conviction

Les malaises qu'engendrent les relations réciproques s'expliquent en partie par le fait que, semble-t-il, les décisions ne se fondent pas sur des critères préétablis, et que l'absence de toute règle formelle à cet effet et de tout dispositif permettant de scruter l'action réciproque des membres donne prise au caprice individuel. Quand il y a peu d'opportunités d'examiner de près, il se profile un sentiment de suspicion selon lequel toute conduite arbitraire de la part de ceux qui sont investis du pouvoir constitue un grave préjudice à la vie et à la liberté des autres. Mais, comme l'a fait remarquer Skolnick : « Un pouvoir illimité et démuné de lois qui s'exprime uniquement par des interventions imprévisibles et sans règles établies dans les affaires d'autrui ne

³⁵ G. C. HOMANS, dans *The Human Group*, (1950) 123.

³⁶ *Ibid.*, à la p. 138.

peut être taxé d'injuste que dans la mesure où il ne s'exerce pas selon des règles reconnues. Il serait difficile de le qualifier d'injuste de quelque manière que ce soit tant qu'on ne décèle pas le principe caché, si toutefois il en existe, qui a déclenché l'intervention. »³⁷

Il peut exister d'une façon continue une forte propension au conformisme à l'égard des normes du comportement, qu'on pourrait assimiler à autant de lois, entendues dans le sens fonctionnel du mot, bien qu'elles ne soient pas pour autant sanctionnées par l'autorité régulière. Ces modes habituels de l'action réciproque ne sont assujettis à aucune autorité ni à aucun contrôle tel que l'usage le veut. Au contrôle d'une autorité supérieure ou indépendante se substitue, grâce à ces normes, la stabilité des relations. Elles constituent une formule d'autorégulation à l'intérieur des cadres. En dépit de l'absence apparente de tout barème reconnu, en réalité, dans la plupart des négociations avant le procès, il existe une façon d'agir qui s'oriente dans le sens des normes dans l'esprit de la majorité et qui laisse une faible marge à l'arbitraire de l'action individuelle. Ce « substratum de l'intime conviction »³⁸ imprègne toute situation de conflit ouvert ou de confrontation entre adversaires dans un procès. Les solutions inspirées de la coopération pour assurer le maximum de résultats positifs sont toujours latentes en dépit du choc de la compétitivité. Elles s'inscrivent dans le cadre général des mesures d'autorégulation qui échappent au regard du pouvoir législatif et de l'autorité judiciaire, et qui trouvent leur application en dehors du tribunal.

Nonobstant les modalités courantes et normatives qui s'offrent aux relations réciproques qui ont cours dans le milieu juridique, une question primordiale se pose relativement aux critères qui servent de fondement aux décisions qui en résultent. Que de telles relations soient concomitantes aux objectifs avoués ou aux engagements du système juridique à l'égard de visées d'ordre idéologique, ou qu'elles soient simplement l'effet d'une excroissance fortuite qui trouve son explication dans les impératifs d'un état de fait concret ayant peu à voir aux considérants idéologiques de longue portée, cela n'a rien de précis. Comme on l'a vu, les procureurs ne mettent aucunement les objectifs en question, ni même leur pertinence, car ils se préoccupent avant tout de ce qu'ils ont à faire et n'ont guère le loisir ou le temps de spéculer sur les implications à long terme de leurs activités. Les mérites de la spéculation ont un impact peu déterminant dans la conjoncture actuelle et celle de demain. Ils n'agissent aucunement sous la dictée du hasard, mais selon que le commande la situation dans laquelle ils se retrouvent, eux et les autres avec qui ils sont en contact. Mais il convient de faire la distinction entre faire pour le mieux selon des considérations d'ordre utilitaire commandées par des nécessités urgentes, et agir dans le dessein de mieux servir les objectifs, les idéaux et les valeurs visées par le système juridique. Le professeur Coons, lors d'une dissertation sur le rôle des compromis dans le contexte judiciaire, a écrit ce qui suit :

³⁷ SKOLNICK, dans *Justice without Trial*, à la p. 15.

³⁸ M. BARKUN, dans *Law without Sanctions*, (1968) 39.

« Tout système judiciaire implique la corrélation constante et de bon aloi de la nécessité de sauvegarder un ensemble cohérent de principes directeurs et la recherche de résultats concrets, acceptables dans le dénouement des disputes entre individus... L'incidence des cas où la théorie prédominante et formelle se concilie avec la justice à l'échelle individuelle des délinquants en est le test. L'harmonie perpétuelle des deux est un idéal irréalisable — mais un idéal quand même. »³⁹

Certes, nous savons établir une distinction entre ce que les procureurs devraient faire pour se conformer aux objectifs du système et ce qu'ils font effectivement, coïncés qu'ils sont entre les idéaux du système et les conditions dans lesquelles ils opèrent. Chez les procureurs il n'existe aucune distinction bien nette à cet égard. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils n'agissent pas simplement sous la dictée de motifs d'ordre fonctionnel. Les actes correspondent à des convictions, même si elles diffèrent de celles qui sont commandées par les exigences du système juridique. La dichotomie qui dissocie l'idéal de la réalité ne s'entend pas tant de ce qu'elle élimine l'idéal que de ce qu'elle satisfait aux considérants d'un ordre compétitif⁴⁰. Se conformer à un objectif est avant tout subordonné au sentiment qu'il existe des moyens appropriés pour l'atteindre. Or les cours sont surchargées et manquent de personnel, ce qui donne prise aux réactions instinctives et aux expédients dans l'urgence des nécessités administratives. En particulier, les règles normatives de conduite seront d'autant moins bien observées que les objectifs seront moins bien définis et moins compris de la part de ceux qui ont la tâche de les appliquer. Non seulement faut-il posséder une vaste connaissance des fins poursuivies, mais encore une action coordinatrice s'impose-t-elle à ceux qui ambitionnent de les atteindre. Si les moyens requis pour parvenir à ces fins font défaut, ou si les fins elles-mêmes ne sont pas clairement comprises et acceptées par ceux qui ont la charge de les poursuivre, la dichotomie qui sépare la loi du plan théorique et la loi du plan de la réalité continuera nécessairement à subsister.

Parmi les idéaux que recherche le système juridique on relève le concept d'« adversaires » de la justice criminelle, la cour, et les protections découlant des règles de la preuve, parties intégrantes du concept. Les formalités de la procédure et les limites qu'imposent les règles de la preuve provoquent une situation de conflit qui appuie la théorie selon laquelle la confrontation des adversaires est le moyen le plus efficace de connaître la vérité et d'assurer la justice aux parties concernées. Le hiatus entre ces énoncés de principes et la réalité des faits est patent. Des arrangements sans formalités, qui sont choses courantes, qui sont à l'origine de la plupart des dispositions d'ordre pénal, encore que non écrites ni formulées dans l'ensemble de la législation, telle est la loi vivante⁴¹.

³⁹ Voir: COONS, dans *Approaches to Court Imposed Compromise*, à la p. 751.

⁴⁰ Voir: K. D. NAEGELE, dans *Some Observations in the Scope of Sociological Analysis in Theories of Society*, (T. Parsons, E. Shils, K. D. Naegle, and J. R. Pitts, éds. 1961).

⁴¹ Vue d'ensemble dans *Fundamental Principles of Sociology of Law*, (1936), de E. EHRLICH.

Le conflit d'« adversaires » et le ritualisme du procès sont incompatibles avec les mesures de conciliation, plus satisfaisantes, qui garantissent des résultats plus durables et plus positifs. Tant que les rapports réciproques assureront une meilleure justice à la défense et à la poursuite que la tenue d'un procès, les causes criminelles continueront à se régler hors cours.

Chapitre neuf

RÉÉVALUATION ET RÉFORME

1 – L'entraînement en vue de la poursuite

L'enseignement du droit criminel, au Canada comme partout ailleurs, s'est avéré la Cendrillon du *curriculum* de l'école de droit. On y enseigne à peine plus que les principes de base du droit criminel et de la procédure criminelle, bien souvent en première année, de sorte que, le jour de la collation des diplômes, il n'en reste plus que des rudiments fort confus. Pour l'étudiant en droit qui projette de se spécialiser éventuellement dans le droit criminel, les écoles de droit, jusqu'à présent, ont fait peu d'efforts dignes de mention pour lui permettre de poursuivre sa formation en droit criminel. Le jour où il reçoit son diplôme, l'étudiant en droit s'y entend assez peu en criminologie, en philosophie appliquée au secteur pénal-correctionnel, et pas davantage en ce qui concerne l'évaluation des valeurs sociales et éthiques qui sont à la base de toute administration de la justice criminelle. En ouvrant la voie à des options plus sophistiquées sur le droit criminel, on pourrait profiter de l'occasion pour étudier en profondeur les théories courantes du domaine correctionnel, des pratiques administratives, et pour sensibiliser davantage sur les problèmes du comportement humain et de l'angoissant contexte social.

Les jeunes diplômés qui, arrivés au terme de leurs études de droit, se joignent aussitôt au bureau des procureurs, se privent de la multitude de perspectives qui s'ouvrent à ceux qui débutent dans la pratique générale du droit avant de se lancer dans l'atmosphère pénétrante qui imprègne l'environnement de la poursuite criminelle. Il n'existe aucun système d'entraînement approprié qui permette au novice de se préparer au rôle de procureur. On lui confie de but en blanc la tâche d'occuper dans les instances inférieures, à la cour des « facultés affaiblies », où il est submergé par un flot d'expériences qui ont pour effet de le désensibiliser. Bien que nous ne sachions pas dans quelle mesure les pratiques de la justice criminelle sont coordonnées de manière à tenir compte du degré de compétence de chaque procureur, il est très probable que plus les procureurs sont compétents et expérimentés plus alors ils deviennent sensibilisés et rompus à leur tâche, et plus en conséquence leurs résultats s'affirment-ils et se maintiennent-ils.

Dorénavant, la nomination des procureurs ne devrait pas reposer uniquement sur la valeur d'un parchemin, comme cela se fait aujourd'hui, mais en plus, et cela est important, devrait être conditionnelle à un séjour préalable d'au moins deux ans dans la pratique générale du droit, ou dans la fonction publique, ou comme praticien dans le droit criminel pour le compte de la défense. Les jeunes procureurs, dès leur engagement, mais avant d'exercer leur fonction d'une manière active, devraient poursuivre une période d'entraînement qui susciterait chez eux une sorte de prise de conscience commune. Il est essentiel qu'ils comprennent l'ampleur et les limites de leurs nouveaux pouvoirs de même que les cadres où s'exercera leur action. Un tel programme contribuerait à remettre en discussion les critères qui sont à la base des décisions qui émanent des effectifs de la poursuite. La participation active des nouveaux titulaires aux colloques réunissant les procureurs, dans le but de définir les valeurs et les moyens disponibles pour poursuivre les objectifs communs, serait un apport précieux pour les y intégrer davantage, comme le disent Thibaut et Kelly :

« Tant et aussi longtemps que les membres d'un groupe dépendent les uns des autres dans la poursuite des objectifs communs, ils doivent se mettre profondément d'accord sur le choix des moyens ainsi que sur les objectifs eux-mêmes. En effet, comme on l'a vu précédemment, poursuivre un objectif c'est souvent reconnaître implicitement qu'il existe un moyen adéquat d'y parvenir. En outre, l'action concertée et coordonnée de plusieurs membres, condition indispensable pour atteindre certaines fins, requiert de connaître très bien la nature des moyens choisis. Si, par hypothèse, la participation de l'ensemble du groupe à l'élaboration et à la planification d'un moyen a pour effet d'en pénétrer davantage les esprits et de bonifier davantage l'engagement collectif, il en résulterait peut-être que le processus de règlement des problèmes au sein du groupe s'avérerait plus économique à long terme que s'il s'inspirait de la pensée et des conseils les plus autorisés qui soient. » ⁴²

L'articulation des objectifs aide à valoriser les normes juridiques dans l'esprit de la police et de ceux qui font valoir leurs influences avant le procès. Le jeune procureur qui pourrait analyser le système se ferait une idée d'ensemble des rouages de la machine de la justice criminelle et serait en mesure d'apprécier par lui-même les moyens employés pour parvenir à certaines fins. Les pratiques de la poursuite criminelle, réputées pour s'exercer en champ clos, pourraient être restructurées en vue d'une aire d'opération plus vaste. Il est plus que probable qu'une marge d'accommodation pourrait s'établir entre le cours normal de la justice et les valeurs invoquées dans la lutte contre le crime si les divergences qui les séparent étaient étudiées au grand jour et si on analysait le mérite des engagements respectifs de ces contrastes. L'institution d'un organisme central d'entraînement des candidats qui se destinent à la fonction de procureur de l'accusation serait probablement le mode le

⁴² Voir: THIBAUT et KELLY, dans *The Social Psychology of Groups*, (1959), à la p. 272.

plus efficace de mettre au point des normes et des pratiques qui soient uniformes dans le pays. La période d'entraînement ne saurait se limiter à six ou huit semaines de cours, mais devrait se poursuivre au-delà, en introduisant le nouveau collaborateur, non dans l'atmosphère fruste des cours inférieures, qui incitent à l'intransigeance et à l'insouciance dans la préparation des causes, mais plutôt dans les cours de juridiction supérieure, où il ferait son stage, si court serait-il, en la compagnie d'un procureur senior dont il serait le stagiaire attitré. Un tel apprentissage, au contact d'un confrère chevronné et compétent, lui éviterait de s'enraciner dans les erreurs communes aux débutants et l'inviterait à concentrer ses efforts sur la préparation de la plaidoirie, le centre nerveux de toute instance de juridiction supérieure. Ce n'est qu'au terme de son apprentissage que le novice devrait s'aventurer dans les cours inférieures où, grâce à un stage qui l'aurait habitué à se bien préparer et à plaider, il serait en mesure de contribuer à rehausser le niveau des pratiques courantes et à implanter l'usage des normes juridiques, à l'encontre des entorses causées par les pressions et le brouillamini des cours inférieures.

2 – La décision de poursuivre

La mise en vigueur de normes juridiques rationnelles, appelées effectivement à dominer le processus de la poursuite criminelle, doit s'inscrire dès l'échelon initial, au moment où l'on décide d'ouvrir la procédure. La décision d'engager la poursuite criminelle doit se fonder sur des critères juridiques et non sur le pouvoir discrétionnaire de l'officier de police, ou sur la politique de la police dans l'application des lois. Afin de s'assurer que l'ouverture de la poursuite criminelle soit conforme à des barèmes juridiquement établis, on devrait nommer un assesseur, dont la tâche permettrait d'alléger le fardeau du bureau de la poursuite, un homme qui aurait une formation juridique, et dont le rôle consisterait à évaluer les accusations dans chaque cause, ainsi que les preuves qui les appuient. Les assesseurs n'auraient rien à voir à la poursuite en tant que telle, mais agiraient à titre de contrôleurs et de censeurs des causes criminelles, tenus de faire respecter dans chaque cas les barèmes juridiques, peu importe que l'accusation provienne de la police ou d'une dénonciation privée. Cela réduirait sensiblement le nombre d'accusations inutiles reposant sur des preuves insuffisantes ou portées d'une façon exagérée par la police. La mise en œuvre d'un processus efficace de vérification préalable aurait pour résultat de diminuer considérablement le nombre des désistements et des réductions de charges. C'est le procureur au bureau du Procureur général qui formulerait les critères de base de tout désistement, de toute réduction, de toute décision à l'effet de retenir les accusations telles que libellées, éliminant du coup les empiétements auxquels se prête la politique de la police quand elle applique les lois. La nomination d'un conseiller juridique à plein temps mettrait fin à la situation actuelle qui oblige la police à s'en remettre à son propre jugement ou aux avis légaux et aux recommandations du procureur.

3 – La responsabilité des causes

Il faut réévaluer l'actuelle fragmentation de la distribution des tâches individuelles chez les procureurs dans le processus de la poursuite criminelle, qui débouche sur une situation où plusieurs procureurs ont la responsabilité d'une cause selon le tribunal où elle est en instance. L'assignation des procureurs selon la cour plutôt que selon la cause devrait être la règle dans les seuls cas de plaidoyers de culpabilité dès la première instance, de même que dans les cas d'offenses sommaires, telles que les causes de conduite en état de facultés affaiblies, les infractions aux lois et aux règlements de la circulation. La plupart du temps c'est la responsabilité d'une cause, non d'une cour, qu'on devrait confier au procureur. Autrement dit, dès l'introduction d'un plaidoyer de non-culpabilité, il faudrait désigner un procureur qui aurait d'office la responsabilité de la cause, qui la piloterait en entier depuis le stade des procédures préliminaires jusqu'à la phase finale du procès. Présentement on limite l'assignation à des causes spécifiques uniquement dans les affaires qui ont un certain rebondissement devant l'opinion publique et dans celles dont la complexité est particulièrement prononcée. Faire de l'assignation aux dossiers la règle et non l'exception créerait le lien de continuité entre le procureur et la cause, et de ce fait ce dernier serait davantage en état d'évaluer dès le début les éléments favorables et les points faibles de la cause. Puisque la qualité de sa décision dépend en définitive de la qualité de l'information qu'il trouve à sa portée, il s'ensuit que, grâce à l'information qu'il reçoit au tout début, jointe à sa connaissance des problèmes particuliers à une poursuite dont il a le contact, le procureur améliore sensiblement la qualité de ses décisions.

4 – Le freinage du pouvoir de discrétion

La faculté de disposer de gré à gré suppose l'absence de tout formalisme et l'exercice de vastes pouvoirs discrétionnaires par la poursuite. Le pouvoir discrétionnaire permet de régler une masse considérable de causes criminelles sans recourir au procès, au défi et à la confrontation. Les garanties offertes par les règles de la procédure et de la preuve sont maintes fois mises au rancart dans cette ambiance non formaliste des règlements avant le procès. La critique qui s'élève sur les pratiques de la poursuite tient en grande partie au fait que l'exercice de si vastes pouvoirs est incompatible avec les vues du droit. La tradition juridique a maintenu les concepts qui sont à l'origine de l'adage: « les causes criminelles ne peuvent être soumises à l'arbitrage, car elles impliquent nécessairement l'imposition de peines dans l'intérêt commun »⁴³.

Toute dérogation aux protections garanties par la procédure et aux prescriptions des règles du Droit de la part de la police, de la

⁴³ *Bacon's Abridgment*, Arb. A: « Si l'offense revêt un caractère public, on ne peut valider une opinion en se basant sur le seul fait qu'une poursuite criminelle a été intentée avec force », par L. J. DENMAN, dans *Keir v. Leeman*, (1884) 6 Q.B. 308, à la p. 321. Voir aussi: *Baker v. Townsend*, (1817) 7 Taunt. 422, et d'une façon générale, F. RUSSELL, dans *Arbitration*, 5-6 (14th ed., 1949).

poursuite et de la défense, fait craindre que le pouvoir de discrétion ne soit utilisé à des fins étrangères à l'accusé et à l'accusation qui pèse sur lui. Se conformer aux règles du Droit veut dire que toute ingérence de l'autorité dans les droits de l'individu doit être assujettie à des règles strictes et qu'il faut maintenir avec énergie les protections de la procédure afin de tempérer la puissance de l'autorité officielle. L'avi-lissement des règles du Droit qui découle d'un pouvoir de discrétion qui s'exerce d'une façon inconsiderée est susceptible d'entraîner la déconsidération et la méfiance du public à l'endroit des institutions juridiques qui, trop souvent, semblent être l'objet de manipulations administratives.

Il est loisible de soutenir la nécessité qu'il y a, d'abord de mettre fin aux dérogations aux règles du Droit et de cesser de tolérer les tractations des adversaires entre eux, avec les avantages que cela comporte, puis de réinscrire les règles du Droit dans la procédure avant et pendant le procès⁴⁴. Il semble qu'un tel alignement aurait pour effet de faire réapparaître une rigidité qui annihilerait les avantages de la souplesse et aussi les dangers d'abus à volonté. Il est de toute évidence impossible et indésirable d'entreprendre de faire observer les lois sans consentir à laisser toute latitude d'en interpréter l'application pratique⁴⁵. En conclusion, l'élimination ou même la diminution du pouvoir de discrétion de la poursuite n'est donc pas la solution. Mais se rallier d'emblée à l'Implantation mesurée du pouvoir de discrétion au sein des structures administratives de la justice criminelle est un premier pas dans la direction des contrôles indispensables à la sauvegarde des protections inhérentes au système adversatif, sous la surveillance de l'autorité judiciaire, et vers l'élimination des abus de l'administration dans ses décisions arbitraires ou simplement improvisées.

Il est possible de concilier d'une façon rationnelle un régime de négociations au grand jour, tout en le laissant libre de tout formalisme, avec les règles du cours normal de la justice, en restreignant le contrôle exclusif des procureurs sur l'information et la puissance des organismes qui leur assurent le monopole de la force. Par exemple, la divulgation avant le procès, susceptible de préjudicier gravement à la liberté de l'accusé et à la préparation de sa défense, ne dépendrait plus uniquement des relations réciproques de la défense et de la poursuite.

Le Conseil de la Société juridique d'Angleterre a recommandé récemment de rendre obligatoire la communication de renseignements par la poursuite avant le procès et, de ce fait, formule une critique sur les pratiques actuelles :

« La pratique courante selon laquelle un avocat de la défense doit dépendre, non des droits de l'accusé, mais du bon vouloir et de la bienveillance de l'avocat de la poursuite, constitue un fondement inadéquat des procédures qui visent à décider des droits d'un citoyen de demeurer en liberté. Non seulement un accusé qui n'est pas représenté ou dont

⁴⁴ Voir : *Essays in Criminal Science*, 77, 82 (G. O. Mueller, éd., 1961).

⁴⁵ BRIETEL, dans « Controls in Criminal Law Enforcement », 27 *U. of Chi. L. Rev.*, 427 (1960).

le conseiller juridique est "persona non grata" auprès de tel procureur en particulier est-il en position désavantageuse, mais encore la mesure des renseignements qu'un procureur, quel qu'il soit, dévoilera sur la nature de la preuve, même aux avocats les plus accrédités, et qu'il considère, est toujours sujette à caution. »⁴⁶

La poursuite devrait dévoiler sa cause dans son intégrité à l'accusé aussitôt que l'accusation a été portée. S'il arrive que la poursuite doive faire comparaître d'autres témoins ou procéder à des expertises scientifiques, la défense devrait être en droit de connaître le détail de la cause, y compris le droit pour l'accusé d'avoir la liste de tous les témoins ainsi que leurs déclarations⁴⁷. La divulgation avant le procès ne saurait être efficace que si le prévenu est représenté par un conseiller habilité à donner une opinion valable sur la valeur de la cause de la poursuite, et à entamer des pourparlers dans le but de protéger les meilleurs intérêts du prévenu.

Parallèlement, l'arrangement et le compromis par le truchement du plaidoyer de culpabilité ne devraient pas être assujettis dorénavant à la fantaisie de l'échange de bons procédés entre professionnels, ou à l'instabilité des relations réciproques. Tout arrangement conclu avant le procès qui aboutit à la réduction des charges ou au désistement devrait recevoir la sanction du pouvoir judiciaire⁴⁸. La surveillance exercée par le tribunal et son droit d'enquêter joueraient le rôle d'un rempart, pour assurer que l'accusé sera à l'abri de toute oppression, et atténueraient la propension de l'administration à mettre de l'avant des solutions expéditives. Un contrôle sévère, exercé par l'autorité judiciaire, des pouvoirs délégués et des décisions discrétionnaires, ou par tout autre mécanisme de surveillance, est vital pour les droits et la dignité des justiciables soumis aux rouages administratifs de la justice criminelle. Un tel contrôle donnerait davantage l'assurance que les objectifs juridiques et judiciaires ne tomberont pas sous la coupe des politiques courantes dont le but est d'améliorer le rendement des services administratifs ou de rendre plus facile l'application des lois. Le contrôle des compromis

⁴⁶ Voir: *Council of the Law Society of England*, mémoire daté de décembre 1965.

⁴⁷ Voir: *Dallison v. Caffery*, (1964) 2 ALL E.R. 610, p. 618 où Lord DENNING affirme: « Le devoir d'un procureur de la poursuite criminelle ou de tout avocat conseil, ainsi que je l'ai toujours compris, est le suivant: s'il sait qu'un témoin digne de foi peut rapporter des faits matériels susceptibles de démontrer l'innocence du prisonnier, il a le devoir, soit de faire comparaître ce témoin, soit d'en informer la défense. Il serait tout à fait répréhensible de soustraire à la Cour toute preuve que ce témoin peut apporter. Si le procureur ou l'avocat conseil de la poursuite possède ces informations, non de la part d'un témoin digne de foi, mais d'un témoin dont il met en doute la véracité, il doit en faire part à la défense, de sorte que celle-ci puisse l'assigner si bon lui semble ». Voir aussi *Standards relating to Discovery and Procedure Before Trial*, *Am. Bar. Ass. Project on Minimum Standards for Criminal Justice, Tentative Draft*, (1969).

⁴⁸ Le *Code de Procédure criminelle*, de New York, article 342a se lit ainsi: « Dans toute cause où la Cour, sur la recommandation du Procureur de district, et pour assurer davantage la justice, accepte un plaidoyer de culpabilité sur un crime ou une offense de moindre gravité, ou pour lequel la peine prescrite est moins lourde que dans le cas du crime ou de l'offense alléguée, le Procureur de district doit soumettre à la Cour un rapport écrit donnant les raisons qui l'amènent à recommander d'accepter le plaidoyer de culpabilité ».

adoucirait la sèche rigueur des solutions pour le moins simplistes du tout-ou-rien qui sont la caractéristique du système adversatif. Il y parviendrait en institutionnalisant les options qui offrent un choix de solutions s'adaptant davantage à la situation de l'individu que l'on accuse et à son éventuelle réhabilitation.

Lorsque la présente étude fut terminée, un détenu de la prison de Toronto nous a fait parvenir la lettre suivante :

« Maintenant qu'il est admis que ce genre d'arrangements est chose courante, si on regardait les résultats de près on constaterait qu'ils mettent en lumière des faits intéressants. On verrait qu'au lieu d'agir "pour le bien du défendeur", on cherche plutôt à "envoyer le mouton à l'abattoir". Je suis convaincu que le procureur de l'accusation et l'avocat de la défense agissent selon leur conscience, mais ils ont tendance à promettre ce qu'il leur est impossible de produire, du fait que le président du tribunal n'est pas invité à se joindre à leurs confidences. On fausse la justice lorsqu'on fait la promesse d'une chose à un accusé et qu'on lui en sert une autre. Un cas très fréquent devrait être soumis à une enquête, celui d'un homme que l'on accuse d'une offense plus grave, et qui obtient de la faire réduire au rang de celle pour laquelle on aurait dû d'abord l'inculper, mais qui reçoit cependant la peine maximale applicable à la moins grave des deux. Selon moi, toute entente avant le procès devrait se conclure avec le concours du juge qui, en dernier ressort, est l'arbitre dont la voix est prépondérante, sinon aucune entente ne devrait intervenir. »

Une chose est certaine, c'est que le regard du tribunal sur les mesures de conciliation avant le procès ne constitue pas une panacée en soi, car les pressions administratives sont susceptibles de s'exercer sur le pouvoir judiciaire tout comme sur les procureurs de l'accusation. Néanmoins, qu'il soit permis d'espérer qu'à l'avenir la surveillance exercée par l'autorité judiciaire et le pouvoir de discrétion dont est investie l'accusation seront en conformité des directives émanant du pouvoir législatif, du pouvoir judiciaire et de l'autorité administrative. Ils détermineraient les grandes lignes de la conduite à suivre dans la question des négociations avant le procès, tant celles qui ne doivent souffrir aucune dérogation que celles qui ouvrent la voie aux solutions alternatives. En l'occurrence, les processus ne seraient plus soumis au caprice individuel, mais, bien au contraire, seraient conformes aux barèmes établis par l'autorité judiciaire ou législative. Le pouvoir judiciaire aurait l'obligation de surveiller « la loi en action », et la manière dont on la respecte. S'il survenait des dérogations, c'est le pouvoir judiciaire qui, conformément aux directives, imposerait les correctifs et menacerait de recourir aux sanctions pour s'assurer que les barèmes établis soient respectés. L'organisme de contrôle et de surveillance que l'on suggère, du fait qu'il se fonderait sur des critères spécifiquement définis aux fins de pouvoir juger des procédés qui se découlent au grand jour, aurait pour résultat d'amoindrir les pratiques discriminatoires. Par le même truchement, ce dispositif instaurerait le mécanisme des solutions d'échange et une marge de malléabilité acceptable. L'obligation pour le procureur de subir au préalable un stage

d'entraînement afin de s'initier aux tâches de la poursuite criminelle avant sa nomination, l'apport de modifications aux procédures qui président à l'ouverture de la poursuite, l'élimination des îlots de pouvoir au sein de la communauté de la poursuite criminelle, l'officialité et la pertinence du droit de regard de l'autorité judiciaire sur les agissements qui ont cours avant le procès, et la formulation de directives sous l'autorité du pouvoir législatif en ce qui a trait à l'exercice du pouvoir de discrétion dont est investie la poursuite, tout cela constituerait en définitive un frein à l'exercice discriminatoire du pouvoir de discrétion et aux irrégularités congénitales des pratiques actuelles. Au demeurant, rien de cela ne s'oppose aux avantages des solutions alternatives qui écartent l'affrontement des adversaires et qui sont devenues une partie importante de l'administration de la justice criminelle.

5 – Les nouvelles orientations

D'une part, la confusion qui embrouille les fins poursuivies par l'Etat et, d'autre part, la variété évidente des valeurs qui motivent les agissements de la poursuite incitent les justiciables à se faire leurs propres opinions sur ce qu'ils croient être les objectifs les plus louables et les moyens de les atteindre. Toute ambiguïté sur les limites de la puissance de l'Etat comporte des dangers, car elle peut constituer un sérieux obstacle à la liberté individuelle et inciter la police et la poursuite à la manipulation et au cynisme. Comme le système implique l'incessante manipulation des individus sur qui pèsent des accusations, une ingérence susceptible d'affecter leur vie entière, il faudrait que l'on garde constamment à l'esprit les buts et les limites de cette ingérence. L'organisation de la justice criminelle associe un groupe de fonctionnaires par un éventail de procédures dans la poursuite en justice des délits criminels. On peut juger de l'efficacité du système en regardant comment il s'acquitte de sa fonction. Fort à propos, la question capitale n'est-elle pas de savoir quelle est cette fonction? Tel qu'on l'a mentionné précédemment, il se peut qu'elle consiste principalement à exercer le contrôle efficace et rapide du crime en procédant au plus grand nombre de condamnations dans les plus courts délais. Une autre fonction est sans doute de s'assurer que seuls les individus convaincus de culpabilité soient condamnés, et ce, uniquement après la tenue d'enquêtes judiciaires et équitables selon des procédures établies. Pour autant que ces deux conceptions soient inconciliables, n'en demeure-t-il pas moins vrai qu'il soit possible de trouver des correctifs qui permettraient de normaliser tant un contrôle du crime qui soit efficace au maximum que l'application courante des principes de la justice, pour autant que les deux ne se contrecarrent pas, de sorte que l'on pourrait poursuivre et condamner les délinquants, sans pour autant opprimer les innocents et risquer de léser leurs droits? Ou bien, alors, l'efficacité serait-elle foncièrement incompatible avec ce qui est normal?

Il faut faire l'unanimité, dans une certaine mesure, sur les fins que poursuit la justice criminelle avant de s'engager à reconvertir les moyens, c'est-à-dire les processus mis en place par la loi criminelle.

En effet, il faut faire le choix des processus optionnels en fonction des valeurs primordiales, de façon que chaque processus, dans l'émission de ses opérations, s'oriente vers une fin commune. Chaque composante de l'action de la justice criminelle doit être évaluée, non comme une entité distincte qui ressortit à une juridiction différente, ayant chacune sa propre projection des valeurs reconnues par les autres, sans toutefois qu'ils s'y intéressent tellement, mais comme un phénomène d'interrelation qui joue dans l'ensemble d'un contexte symétrique.

Il est superflu de fixer des nouveaux barèmes et des nouveaux objectifs à l'intention d'un secteur particulier des opérations, alors qu'au même moment l'autre secteur donne préséance à des barèmes et des objectifs périmés. Il faut considérer l'ensemble des processus comme un continuum et non comme autant de parties détachables qu'on peut façonner indépendamment les unes des autres, si l'on désire instaurer une politique cohérente. Dès que les difficultés d'en arriver à un certain accord sur une politique cohérente seront aplanies, il sera vraisemblablement impérieux, pour peu que les processus s'ajustent de façon à se mettre au diapason de la politique adoptée, de mettre l'accent sur la diversification plutôt que d'entreprendre de valoriser quelques secteurs institutionnels, ou certaines étapes de la procédure où s'exerce l'action de la poursuite criminelle. Il sera peut-être nécessaire de diversifier simultanément les cadres, le personnel, les moyens matériels, voire l'environnement du système tel qu'il a opéré dans le passé⁴⁹. Les criminologues ont déployé une énergie spectaculaire et procédé à de nombreuses recherches sur la phase finale, le stage de la sanction ou de la clôture des débats, le moment qui suit la fin du procès et le prononcé de la condamnation par le tribunal. C'est sur ce palier de la poursuite criminelle, postérieurement au procès, que convergent les regards des criminologues et des réformistes. Ceux qui se préoccupent des questions se rapportant à l'imposition des peines, la probation, la prévention et la réhabilitation, sont d'avis que si l'on concentrait les efforts sur l'examen et sur l'amélioration des processus qui font la relève une fois le procès terminé, la récidive en serait réduite d'autant. De nouvelles formules de traitement ont été mises à l'essai à l'intérieur des murs comme en dehors, dans le but de prévenir le retour aux processus de la poursuite criminelle des individus que le système a libérés.

L'on a mis en doute l'efficacité des phases finales des processus de la poursuite criminelle, particulièrement en ce qui concerne le manque d'uniformité des peines, l'impuissance des structures actuelles de la détention à redresser et à réhabiliter les délinquants. En imposant une surcharge à la recherche limitée et aux ressources professionnelles dont on dispose au niveau postérieur au procès, le processus initial, en l'occurrence l'arrestation et l'ouverture de la procédure criminelle, a été assez mal compris, et s'est isolé dans une fonction qui n'a rien à voir au procès et à ce qui s'ensuit. Si l'on soumettait l'arrestation, l'inter-

⁴⁹ Voir: J. MICHAEL et M. J. ALDER, dans *Crime, Law and Social Science*, (1933) 254, pour une excellente synthèse sur les réformes à apporter à l'administration de la justice criminelle.

rogatoire, le cautionnement et le pouvoir discrétionnaire de la poursuite à un examen serré, peut-être découvrirait-on que nombre de justiciables, couramment précipités par la police dans l'engrenage de la poursuite criminelle, qui subissent éventuellement leur procès, sont acquittés ou sont reconnus coupables selon le cas, auraient dû être traités tout autrement que selon les processus de la poursuite criminelle, et que les poursuites criminelles ne s'imposaient aucunement dans leur cas. C'est à la condition de bien comprendre la nature des procédures qui s'offrent à notre choix et de savoir comment les mettre en œuvre que nous saurons qui est passible de poursuite criminelle et en vertu de quels critères on décide d'y recourir. C'est grâce aux données que fournirait une telle enquête qu'il serait possible de faire converger judicieusement les efforts vers la réhabilitation et le redressement après le procès.

Dans le cas d'inculpés atteints de maladie ou sujets aux diverses formes du comportement étiquetées de criminelles, mais qui ne constituent en réalité aucune menace pour l'ordre public ou la sécurité, on devrait recourir à des mesures optionnelles non coercitives. L'ivrognerie, les offenses mineures des jeunes délinquants dans les affaires de narcotiques, les relations sexuelles dans le privé, entre adultes qui sont d'accord, et les disputes entre époux, sont autant de cas qui ne devraient pas être assujettis aux poursuites criminelles mais référés plutôt au bien-être social ou aux organisations privées, pour être traités judicieusement. L'imposition de peines est inutile dans ces cas, et l'emprisonnement inopportun, dommageable et impropre à la réintégration de l'individu dans la société à titre de citoyen utile. Restreindre l'appellation de criminel aux seuls individus qui constituent une menace pour la vie, la propriété ou l'ordre public, permettrait à la cour de se tenir disponible pour les cas d'offenses graves et soulagerait les procureurs de l'obligation de recourir aux négociations avant le procès dans le but d'alléger le lourd programme de la cour.

On ne saurait suggérer des réformes en se basant uniquement sur une analyse portant sur une partie de la justice criminelle, sans considérer celle-ci dans sa totalité. Par analogie, la réforme d'un système de justice criminelle doit tirer bénéfice d'une analyse des systèmes en opération dans certains pays étrangers et des résultats probants qu'ils obtiennent face au crime et ses problèmes. Il y a plus qu'un intérêt académique à comparer les grandes lignes et les divergences de structures de la poursuite criminelle en Angleterre, en France, aux États-Unis et au Canada. Mais le travail le plus enrichissant consiste à établir une comparaison, non des structures législatives, mais des correctifs opérationnels qui nécessairement se situent au niveau de la législation dans chaque pays. L'on pourrait découvrir, par une recherche empirique judicieuse que, en dépit du fait que les structures législatives varient d'un pays à l'autre, la réalité des opérations quotidiennes des régions urbaines, que ce soit à Londres, à New York, à Paris ou à Toronto, révèle que les foyers du crime organisé ont beaucoup de caractéristiques communes. Une analyse comparative fonctionnelle n'est possible que si l'on explore au préalable la réalité des opérations de chaque système afin d'évaluer la dimension des écarts par rapport aux principes législa-

tifs et judiciaires. Les procureurs de Paris agissent-ils à leur discrétion moins que ceux de Londres? En s'engageant dans une recherche comparative qui soit valable à cet égard, l'enquêteur doit scruter au-delà des couches législatives et des dénominations de la procédure, au-delà de la sémantique de chaque code criminel, il se doit d'étudier et comparer les fonctions. Les effets des différents climats sociaux sur l'administration de la justice criminelle peuvent s'étudier plus méthodiquement quand les climats sociaux ont eux-mêmes été étudiés sous leur angle fonctionnel.

Avant d'essayer de formuler la règle du comportement que l'on recherche, il importe nécessairement de définir le comportement lui-même, car c'est à cette seule condition qu'il est possible d'établir clairement la politique législative sur le comportement qui convient ou ne convient pas. Dans le passé, l'ignorance des faits concrets a donné libre cours aux décisions floues, fondées sur des considérations inconnues ou sur une politique sans officialité. L'exposé véridique des faits et l'existence de critères sont la condition préalable et essentielle de tout projet d'évaluation ou de réforme. Ainsi que Thibaut et Kelly l'ont indiqué :

« On peut maintenir une surveillance plus étroite des agissements des membres dans la mesure où ceux-ci agissent plus ouvertement. Si le comportement est la règle suivie dans la vie privée, l'impact de la norme en est substantiellement atténué. Cela est de nature à engendrer un état d' "ignorance pluraliste" où les idées communes sur le degré de conformisme à la norme sont en flagrante contradiction des faits patents qui se rattachent au conformisme. »⁵⁰

Dès qu'on est fixé avec certitude sur le comportement, il faut surveiller, et évaluer sans répit, dans quelle mesure il est conforme au barème juridique, ou s'en écarte. Toute tentative d'introduire des barèmes ou un contrôle par voie juridique est vouée à l'échec quand les groupes reliés entre eux par une action commune adhèrent à des barèmes qui leur sont propres par le truchement d'engagements réciproques non formulés, dont l'inobservance est punie uniquement par leur exclusion de l'action commune. En sus du comportement monitoire, il y a la nécessité de pourvoir à l'implantation de mesures de sanctions destinées à cerner tout comportement inconciliable avec la règle établie. De cette façon, aucune conduite ne serait dorénavant dictée sous la seule autorité des groupes de l'intérieur ou d'organismes opérant au sein de l'environnement, mais serait la manifestation du souci de se conformer aux buts institutionnels tels qu'établis. La surveillance alliée à la force dans l'imposition des sanctions aurait pour effet d'amoinrir éventuellement la dichotomie qui existe entre les buts avoués du système juridique et les fins administratives non définies. Cela ne signifie aucunement que les règles établies à l'égard du pouvoir de discrétion doivent rester prisonnières d'une section du code criminel, ou du code d'éthique, ou de tout code administratif des pratiques réservées au monde de la poursuite criminelle ; pas plus que le système d'« adversaires », avec tout son cortè-

⁵⁰ THIBAUT et KELLY, dans *The Social Psychology of Groups*, à la p. 246.

ge de protections, ne doit être muté dans le processus préalable au procès. Ni l'un ni l'autre de ces procédés n'éliminerait le pouvoir de discrétion, mais n'aboutirait qu'à l'amener davantage à s'infiltrer en sous-main sous la forme de nouveaux média d'expression. Ce qui s'impose c'est de trouver les moyens qui font place à la souplesse et mettent fin au pouvoir arbitraire.

Il faudrait continuer à user d'une souplesse qui soit ostensible et monitoire afin d'harmoniser la rigidité des textes de lois avec les valeurs humaines reconnues. L'abus des lois, quand elles stipulent qu'un acte est criminel, pourrait continuer d'être tempéré par le jeu de l'interprétation discrétionnaire. La conciliation et le compromis en retour du plaidoyer de culpabilité sont les moyens d'ordre purement pratique de régler les causes, non tant en raison de la poussée en soi du flot incessant des causes, mais surtout parce que le compromis et la conciliation s'avèrent des procédés concrets permettant de faire face aux problèmes individuels d'application plus fréquente que la solution du tout-ou-rien du forum où s'affrontent les adversaires. L'action au vu et au su de tous et le contrôle peuvent donner naissance à un mode créatif de règlement qui harmonise les mérites d'une conciliation empreinte de souplesse, avec les buts et les barèmes traditionnels du système juridique.

Annexe 1

MÉTHODOLOGIE

A – L'échantillonnage et l'échantillon

Une enquête pilote a été conduite au cours de l'automne de 1966 à Montréal, où quinze procureurs sur un total de vingt-deux furent interviewés. Dès que les données fournies par l'enquête pilote furent analysées et que les techniques d'interview furent scrutées, une autre enquête expérimentale a débuté à Ottawa. Ottawa étant une plus petite ville que Montréal, il apparaissait probable que les procédures, les pratiques et les réponses des procureurs fussent différentes de celles d'une ville plus considérable. Les procureurs d'Ottawa, au nombre de cinq, furent interviewés sur une période d'une semaine. Ces deux études préliminaires ont servi de base à l'élaboration des techniques d'interview et à la programmation de l'échantillonnage.

B – Les techniques d'interview

C'est l'auteur lui-même qui a conduit chaque interview, et chacune a duré de trois à six heures. En plus du plan des interviews et de l'utilisation des constatations recueillies, le problème des réponses aux questions a trouvé sa solution dans l'emploi de questions neutres, genre de

« Que voulez-vous dire ? » ; « Je voudrais connaître davantage votre opinion là-dessus » ; « Je ne suis pas sûr d'avoir saisi ce que vous avez à l'esprit ». A l'aide des observations qu'il a pu recueillir, des questions neutres qu'il a posées, en outre de l'élaboration des questions soulevées au cours du programme, l'interviewer est parvenu à bâtir éventuellement une technique d'interview dont la nomenclature lui a permis de se mouvoir en toute liberté, tout en ne perdant pas de vue les buts et les limites de l'étude. De cette façon, une réponse en enchaînait une autre, de sorte que la rigidité d'un questionnaire préparé à l'avance n'a soumis le sujet interviewé à aucune contrainte. Le programme des interviews, tout en étant conçu pour vider la question, ne tendait aucunement à arracher des renseignements en fonction d'idées préconçues susceptibles de conduire à des conclusions préconçues.

C - L'enregistrement des interviews

L'intégralité des interviews eut pu être respectée avec certitude si elles eussent pu être enregistrées dans leur teneur au moyen d'un appareil enregistreur à bandes magnétiques. La présence de cet appareil, a-t-on pensé, eut définitivement paralysé la réponse du sujet. Force fut donc d'essayer de rapporter les propos du sujet. Dès la fin d'une interview, celle-ci était immédiatement retransmise sur l'appareil enregistreur au moyen des notes et d'un effort de mémoire. L'intervalle de temps entre l'interview et sa retransmission a été réduit à un minimum. Compiler des erreurs est souvent aberrant, car l'interviewer a tendance à arrondir, à exagérer, ou à autrement altérer la réponse d'une manière ou d'une autre. C'est peut-être parce qu'il était imbu du sentiment que ce danger est réel qu'il a possiblement réussi à transposer le contenu des notes sur l'appareil avec quelque exactitude.

Annexe 2

LE PROGRAMME D'INTERVIEW

A - Explication de la nature de la recherche.

L'anonymat du sujet interviewé est assuré.

Age.

Statut matrimonial.

Degré d'instruction.

Qu'avez-vous fait après avoir obtenu votre diplôme ?

Nombre d'années passées dans la pratique ? (s'il y a lieu).

Etes-vous satisfait d'avoir exercé dans la pratique avant votre arrivée au bureau de l'avocat de la Couronne?

Quand avez-vous commencé à travailler au bureau du Procureur?

Quel travail vous a-t-on confié dès votre arrivée?

Cela a duré combien de temps? Entraînement préalable?

Quel travail faites-vous maintenant comme adjoint du procureur de la Couronne? Quelles sont vos responsabilités?

Comment se déroule votre journée de travail?

Commentaires sur le salaire et sur l'attitude en matière de rémunération?

Commentaires sur l'enseignement du droit et les chances qu'il procure au sujet de l'entraînement.

Quels sont vos passe-temps et vos loisirs? Participez-vous à la vie publique ouvertement? Quelles sont les emplois de vos amis intimes? Qu'est-ce qui vous a décidé à vous joindre au bureau de la Couronne et de devenir procureur?

B – Quelles sont les satisfactions de la carrière de procureur? Quelles insatisfactions?

Quels sont les obstacles, s'il en est, à l'accomplissement de vos fonctions?

La police limite-t-elle votre rendement? En quoi?

Les avocats de la défense entravent-ils votre rendement? En quoi?

Le pouvoir judiciaire entrave-t-il votre rendement? En quoi?

La législation entrave-t-elle votre rendement? En quoi?

Quelle est la principale fonction du procureur?

C – Quelles sont les pressions qui s'exercent sur vous à titre d'adjoint du procureur de la Couronne et qu'un praticien ou un avocat de la défense n'a pas à subir normalement? S'exerce-t-il des pressions politiques?

Est-ce que les media d'information, comme la presse, vous influencent ou influencent votre conduite de quelque façon?

Etes-vous tenu de participer à des relations publiques?

Etes-vous sous pression pour obtenir des condamnations? Par les supérieurs? Par la police?

Quelles pressions la police pourrait-elle exercer?

Le pouvoir judiciaire exerce-t-il des pressions?

Quelles sont les pressions d'ordre administratif? Le flot des causes?

Combien de causes menez-vous dans une semaine?

Quel est votre contact avec chacune des causes?

Combien de temps consacrez-vous à vos causes et sur la base de quels facteurs?

Quelle est l'aide ou l'entrave de la police dans le processus administratif?

Dans quelles causes la police vous consulte-t-elle avant de procéder à l'arrestation?

Qui porte les accusations? Les procureurs exercent-ils un contrôle sur l'établissement des accusations?

Les arrestations sont-elles faites dans un autre but que celui de poursuivre?

Quand la charge a été portée, qui rédige les informations?

A quel moment êtes-vous saisi de la cause?

D – A quel niveau votre discrétion s'exerce-t-elle? (*i.e.* charges, ouverture des procédures, cautionnement, sentence).

Quelles sont les raisons qui vous influencent quand vous refusez de concourir à un cautionnement dans un cas particulier?

Quelle est, selon vous, la réaction des juges aux représentations de la Couronne en matière de cautionnement?

Se conforme-t-on à vos représentations? Sinon, pourquoi? S'ils acquiescent, pour quelle raison pensez-vous qu'ils le font?

Quel intérêt y a-t-il d'incarcérer un individu en attendant son procès?

Y a-t-il des problèmes qui retardent la mise en accusation immédiate d'un accusé?

Le régime actuel des cautionnements est-il adéquat?⁵¹

La présence d'un avocat de la défense est-elle nécessaire pour assister l'accusé avant son procès?

Certains avocats prétendent qu'il faut informer l'accusé de ses droits de recourir aux services d'un avocat dès qu'il a été incarcéré par la police. Qu'en pensez-vous? A quel moment devrait-il lui être permis de demander l'avis d'un avocat?

Croyez-vous que l'assistance judiciaire fonctionne adéquatement?

⁵¹ Lors de la préparation du présent ouvrage, le système d'aide judiciaire de la province était en voie de révision complète. C'est pourquoi on n'a tenu aucun compte de cette question.

E — Quel genre de négociations accepteriez-vous d'entreprendre avec un avocat de la défense quand l'accusé est prêt à plaider coupable à un chef d'accusation à condition que vous vous désistiez sur une autre?

Quels facteurs sont à considérer, selon vous, avant d'acquiescer à une telle demande?

Prendriez-vous une telle décision de votre propre chef ou en parleriez-vous à l'un de vos supérieurs afin de vérifier?

Quand une accusation a été portée, dans quelles circonstances décideriez-vous de ne pas procéder? Dans quelles circonstances devez-vous désister d'une accusation?

Qui doit prendre la décision, soit de se désister d'une charge et de poursuivre sur une autre, soit d'accepter un plaidoyer de culpabilité sur une charge et d'abandonner l'autre(s)?

Quels facteurs vous incitent à prendre cette décision?

Existe-t-il des offenses particulières que vous acceptez de réduire plus que d'autres si l'accusé est prêt à plaider coupable?

Dans quelles circonstances, s'il en est, lors de la commission d'un délit, une charge ne sera-t-elle pas portée? Et une fois portée, retirée? Et déjà portée, le cours à la règle *Noble prosequin*?

Dans quelles circonstances serez-vous d'accord pour agréer les propositions de l'avocat de la défense sur la sentence?

F — Y a-t-il divers types d'avocats avec qui vous êtes en relation? En quoi se différencient-ils?

Quelles sont vos rapports habituels avec les avocats de la défense?

Quelle est votre opinion sur la valeur des avocats de la défense avec qui vous êtes en contact?

Y a-t-il, selon vous, plusieurs types d'avocats de la défense? Quels sont vos rapports avec chaque type?

Si vous avez conscience qu'un avocat est de tel type plutôt qu'un autre, cela affecte-t-il vos relations en vue de négociations (ou les renseignements) avec lui?

Croyez-vous qu'il se soulève des problèmes avec les avocats de la défense? Quels sont-ils? Comment les traitez-vous?

G — Si vous étiez appelé à conseiller un jeune avocat qui désire se joindre au bureau du procureur de la Couronne, que lui déclareriez-vous sur les qualités ou les caractéristiques que doit avoir l'adjoint du procureur de la Couronne pour réussir?