

Le contrôle du pouvoir discrétionnaire du procureur général

L'honorable juge Michel PROULX*

INTRODUCTION	379
I. UNE MISE EN SITUATION	380
II. UN EXAMEN DES PRINCIPES PERTINENTS	381
III. LES LIMITES DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE LA POURSUITE	384
A. La retenue judiciaire	385
B. La doctrine de l'abus de procédure appliquée au cas par cas	386
C. La doctrine d'abus de procédure en Angleterre	388
D. Autres techniques pour faire annuler la décision du procureur général	389
E. Le pouvoir d'ordonner l'arrêt d'une poursuite: art. 579 C.cr.	390
IV. SECOND TEMPÉRAMENT AU PRINCIPE DE LA VALIDITÉ CONSTITUTIONNELLE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE LA POURSUITE	391
A. Une poursuite discriminatoire	393
B. Un cas classique d'intervention judiciaire pour assortir un pouvoir discrétionnaire de conditions : R. c. Stinchcombe ...	394
CONCLUSION	395

* Juge à la Cour d'appel du Québec.

L'histoire judiciaire récente, au Canada, (qui n'est pas sans nous rappeler ce qu'a connu l'Angleterre à cet égard depuis les derniers 10 ans) a mis en relief la conduite du procureur général et de ses substituts dans l'exercice, en matière criminelle, du pouvoir discrétionnaire considérable que seulement des «hérétiques» avaient osé jusque-là attaquer.

Ce pouvoir discrétionnaire, pour employer ici les mots de Jack Walsh, un réputé haut responsable du bureau du procureur général du Nouveau-Brunswick, est devenu le «talon d'Achille» du poursuivant. Son collègue Fred Ferguson¹ ajoutait que les erreurs judiciaires mises à jour ces dernières années ont rendu le poursuivant très vulnérable et l'ont obligé à faire son autocritique dans le but de réformer sa façon de faire dont il est devenu responsable («*accountable*») envers les tribunaux, outre sa responsabilité ministérielle et publique dont il s'est toujours acquitté sans heurts.

Comme nous le verrons bientôt, ce qui pouvait tout au plus être traité comme une question d'éthique et d'honneur de la part du poursuivant se situe maintenant au rang d'une obligation constitutionnelle qui transcende nettement le champ d'action de celui-ci. L'existence d'une mesure de contrôle judiciaire de ce pouvoir discrétionnaire n'est plus en cause : c'est de l'étendue de ce contrôle et de son fondement dont nous nous préoccupons maintenant et qui fera essentiellement l'objet de mon propos qui ne prétend pas couvrir l'entièreté du sujet.

D'autres, comme le professeur Bruce P. Archibald dans une étude remarquable², se sont intéressés aux structures institutionnelles dans lesquelles s'exerce ce pouvoir discrétionnaire, et aux changements de ces structures liés aux tensions entre les modèles (paradigmes) de justice qui s'opposent actuellement.

-
1. «Prosecutorial assessment of the case», Victoria, C.-B., National Criminal Law Program, juillet 1998.
 2. B.P. Archibald, «The Politics of prosecutorial discretion : institutional structures and the tensions between punitive and restorative paradigms of justice» (1998) 3 Rev.Can.D.P. 69.

I. UNE MISE EN SITUATION

Je ne pourrais mieux illustrer l'acuité du sujet qu'en évoquant, d'entrée de jeu, l'une des facettes de l'affaire *Regan* qui a fait l'objet de plusieurs jugements en Nouvelle-Écosse. Il est bien connu que M. Regan, ex-Premier ministre de cette province, fut acquitté il y a quelques mois de plusieurs accusations à la suite d'un procès par jury. D'autres accusations avaient été déposées contre lui, mais il n'a pas eu à y faire face, en raison d'une décision d'un juge ordonnant l'arrêt des procédures dans ces dossiers³. Ce juge d'instance avait conclu que la conduite d'un substitut, notamment sa participation active à l'étape de l'enquête policière, en procédant à des entrevues avec les plaignantes avant même que la décision de poursuivre ne soit prise par les policiers enquêteurs, constituait un accroc majeur aux devoirs impérieux du poursuivant; en s'impliquant ainsi à l'étape de l'enquête, le juge était d'avis que celui-ci ne pouvait plus respecter les garanties d'objectivité et d'impartialité nécessaires à son pouvoir discrétionnaire d'accuser ou de ne pas accuser une personne.

Aux yeux de ce juge, cette conduite du poursuivant avait contaminé la décision ultime de poursuivre et constituait par là un abus qui justifiait un arrêt de procédure.

C'était la première fois, au Canada, qu'un débat judiciaire permettait une telle incursion dans un domaine si peu exploré et un examen si complet des faits et gestes du poursuivant, en remettant en question la nature et l'étendue de ses obligations dans l'exercice de son pouvoir de porter une accusation. À ce sujet, il est particulièrement significatif que plusieurs experts, de fait sept très réputés avocats canadiens, furent entendus pour exprimer leurs vues sur la question cruciale de l'étanchéité des rôles respectifs de la police et du substitut à l'étape préliminaire au dépôt de la plainte, mais toujours dans le contexte des obligations du poursuivant dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Par un arrêt majoritaire, déposé le 10 septembre dernier⁴, la Cour d'appel cassa l'ordonnance d'arrêt de procédure, ne partageant pas l'avis du premier juge tant sur le reproche fait à la poursuite que sur la réparation accordée. Le grand intérêt de cette décision dans le cadre de mon propos d'aujourd'hui, tient non seulement de la discussion de principe sur les méandres de la doctrine de l'abus de procédure, mais surtout de l'analyse du juge Cromwell, rédacteur de l'opinion majoritaire, portant sur l'autonomie et l'indépendance dont jouit le substitut dans

3. (1998) 21 C.R. (5th) 366.

4. *R. c. Regan* (1999), 137 C.C.C. (3d) 449, 28 C.R. (5th) 1 (N.S.C.A.).

l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre, et des obligations qui y sont assorties.

À cette étape de mon exposé, il me paraît utile de faire un examen des principes pertinents à la discussion de base traitant du contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire.

II. UN EXAMEN DES PRINCIPES PERTINENTS

Dans un régime comme le nôtre, où c'est le pouvoir exécutif qui assume la responsabilité première en matière d'application du droit criminel⁵, c'est au procureur général qu'appartient le pouvoir de surveillance des poursuites criminelles⁶. L'institution du procureur général, qui date du XIII^e siècle, origine de la Prérogative Royale de Justice que Dicey définit comme étant le résidu du pouvoir discrétionnaire ou arbitraire dont sa Majesté est investie à tout moment⁷ : les pouvoirs nés de la prérogative sont essentiellement ceux qui sont accordés en common law à sa Majesté et qui ne sont pas partagés par ses sujets.

Ce pouvoir discrétionnaire doit s'exercer dans l'application de la loi : il faudra même reconnaître que ce pouvoir discrétionnaire est indispensable à l'application de la *Rule of Law*, en ce qu'il a toujours été accordé au procureur général toute la latitude dans le choix des modes d'action que la loi lui confère, sans doute préférable à une application systématique des lois sans pondérer les intérêts de la société et ceux des individus⁸. Ce pouvoir, dans notre système de droit, se caractérise donc par les choix implicites qui reviennent au poursuivant dans l'exercice de son pouvoir, choix qui sont exercés «au meilleur de son

5. *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, 108.

6. *Dowson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 144, 155.

7. *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, 621-622 : «D.C. Morgan, "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of The Charter" (1986-87) 29 Crim.L.Q. 15, at pp. 20-21, probes the origins of prosecutorial powers :

"Most [prosecutorial powers] derive [...] from the royal prerogative, defined by Dicey as the residue of discretionary or arbitrary authority residing in the hands of the Crown at any given time. Prerogative powers are essentially those granted by the common law to the Crown that are not shared by the Crown's subjects. While executive action carried out under their aegis conforms with the rule of law, prerogative powers are subject to the supremacy of Parliament, since they may be curtailed or abolished by statute."

8. En ce sens, le pouvoir discrétionnaire constitue une sauvegarde ou une mesure de justice et est ainsi reliée à la *Rule of Law*; «**To some degree justice requires regard for the differentiating characteristics of particular crime or criminal**». R. Uviller, «The Virtuous Prosecutor».

jugement et en son âme et conscience⁹», en dépit des «influences politiques ou autres influences extérieures¹⁰». Compte tenu de ces attributs, le poursuivant n'est pas qu'une partie dans le débat judiciaire : il doit agir de façon «quasi judiciaire¹¹» (ou comme un «ministre de la justice»), c'est-à-dire exercer sa charge avec objectivité et impartialité : cela illustre bien la dualité de la fonction. Dans notre système, le ministère public a le devoir de veiller à ce que tout inculpé soit traité avec équité¹² : le poursuivant est un serviteur de la justice¹³.

Le défi éthique du poursuivant est à la mesure de son rôle de tout-puissant sur l'échiquier de la justice. Il suffit de considérer certaines décisions qui relèvent de ce pouvoir du poursuivant pour se rendre compte de ses conséquences considérables : (1) la décision de poursuivre, d'arrêter la procédure ou de «déjudiciariser»; (2) le retrait d'une dénonciation; (3) le choix entre la procédure sommaire et par voie d'acte d'accusation; (4) l'acte d'accusation privilégié; (5) imposer un procès par jury; (6) le *nolle prosequi*; (7) l'immunité accordée à des inculpés et témoins; (8) la participation aux négociations menant à des plaidoyers de culpabilité et la plaidoirie sur la détermination de la peine; (9) le contrôle résiduel à l'égard de la communication de la preuve; (10) la décision de se pourvoir en appel; (11) le choix des témoins dans la présentation des éléments de preuve, sans compter tous les cas où le consentement exprès du procureur général est requis pour autoriser le prévenu à se prévaloir de certaines dispositions du *Code criminel*. C'est en conjuguant ces pouvoirs au fait qu'il agit pour l'État et que dans la réalité quotidienne un contrôle de ses actions serait utopique, que s'apprécie l'importance de la charge.

Dans deux ouvrages marquants publiés au Canada, l'un en 1969 par Brian Grosman¹⁴ et l'autre, en 1977, par Stanley Cohen, les auteurs dénonçaient de façon très convaincante les abus du poursuivant dans l'exercice de son pouvoir. L'étude de Grosman démontrait que ces abus rendaient le pouvoir

9. Dean Roscoe Pound suggested that discretion is «an authority conferred by law to act in certain conditions or situations in accordance with an official's or an official agency's own considered judgment and conscience. It is an idea of morals belonging to the twilight zone between law and morals.» R. POUND, «Discretion, Dispensation and Mitigation : The Problem of the Individual Special Case» (1960) 35 N.Y.U.L.Rev. 925, at p. 926, cité dans B.A. Grosman, *The Prosecutor : an enquiry into the exercise of a discretion*, Toronto, University of Toronto Press, 1969.

10. D.C. MORGAN, *supra* note 7, citée dans *R. c. Power*, *supra* note 7 à la p. 622.

11. *R. c. Boucher*, [1955] R.C.S.. 16.

12. *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, 588.

13. *Berger v. United States*, (1935) 294 U.S. 78, 88.

14. B.A. GROSMAN, *supra* note 9.

discrétionnaire incompatible avec la «*Rule of Law*» : il s'en prenait, par exemple, au manque total de transparence et de cohérence dans la communication de la preuve par le poursuivant avant l'instruction qui, au surplus, se pratiquait de façon discriminatoire. Cohen, pour sa part, se demandait si ce pouvoir n'était pas «*truly anathema to the rule of law*»¹⁵.

Les conséquences de ces abus étaient aggravées par la carence de recours pour y remédier.

Dans notre tradition juridique, c'est le droit administratif qui s'est distingué plus tôt que le droit pénal dans la reconnaissance de la «*Rule of Law*» ou principe de légalité sur lequel s'appuyaient les tribunaux pour exercer un contrôle sur la conduite du poursuivant¹⁶. Cela était en effet acquis au milieu du siècle tandis qu'à l'égard de la poursuite des affaires criminelles, encore en 1977, dans l'arrêt *R. c. Rourke*¹⁷, la Cour suprême du Canada ne pouvait «admettre que les tribunaux criminels aient un pouvoir discrétionnaire général de suspendre des procédures quand la *poursuite* est considérée oppressive».

Une très forte résistance des tribunaux inférieurs à se plier à l'opinion majoritaire exprimée dans l'arrêt *Rourke* devait mener la Cour suprême du Canada à finalement affirmer en 1985, dans l'arrêt *R. c. Jewitt*¹⁸, le pouvoir inhérent des tribunaux de maintenir l'intégrité du système judiciaire et l'équité du procès¹⁹ par la doctrine de l'abus de procédure fondée sur la notion que l'État est limité dans la manière dont il peut traiter ses citoyens²⁰. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*²¹, la Cour suprême a fait le rattachement entre ce principe et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en soulignant que les principes de justice fondamentale qui, au sens de cet article 7 se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique, relèvent du pouvoir inhérent des tribunaux en tant que gardiens de l'intégrité du système judiciaire.

15. S. Cohen, *Due Process of Law : the Canadian system of Criminal justice*, Toronto, Carswell, 1977 à la p. 139.

16. *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

17. [1978] 2 R.C.S. 1021.

18. [1985] 2 R.C.S. 128.

19. *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418.

20. *R. c. Mach*, [1988] 2 R.C.S. 903, 939.

21. [1985] 2 R.C.S. 486, 503.

Quelques années plus tard, la Cour a reconnu que le pouvoir de remédier à un abus de procédure avait maintenant un caractère constitutionnel²².

C'est d'ailleurs en application de ces principes que, par exemple, la Cour suprême a estimé plus opportun de sanctionner la «provocation policière» («*entrapment*») par le biais de la doctrine de l'arrêt de procédure²³, au motif que la provocation policière déconsidère l'administration de la justice en raison du comportement de l'État. Il s'agit de maintenir la confiance du public dans le système de justice, non pas en cherchant tellement à discipliner la conduite inacceptable d'un représentant de l'État, mais en prohibant par là un usage illégitime du processus judiciaire : la fin ne justifie pas le moyens.

Dans une perspective plus globale, je citerai ici le juge Binnie qui, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Campbell*²⁴, rappelait que l'une des réalisations importantes de la common law est que toute personne est soumise au droit commun du pays sans égard à sa position publique ou à son statut au sein du gouvernement : c'est la consécration du principe de l'égalité de tous devant la loi qui constitue l'un des aspects fondamentaux de la «*Rule of Law*», laquelle, comme l'a affirmé la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, constitue l'un «des principes constitutionnels directeurs fondamentaux»²⁵.

III. LES LIMITES DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE LA POURSUITE

Certains principes se dégagent de ces remarques préliminaires : (1) l'autonomie et l'indépendance du poursuivant, mais aussi son devoir d'agir en toute équité dans l'exercice de son très vaste pouvoir discrétionnaire; (2) sa responsabilité («*accountability*») politique, mais aussi légale, en raison de son assujettissement à la «*Rule of Law*» et enfin; (3) le contrôle des tribunaux pour assurer une réparation contre un pouvoir discrétionnaire abusif qui minerait l'intégrité du système judiciaire.

Il y a lieu maintenant d'en étudier l'application. Pour ce faire, j'ai choisi de traiter certains des domaines du pouvoir discrétionnaire du poursuivant qui

22. *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 457.

23. *R. c. Mach*, *supra* note 20.

24. [1999] 1 R.C.S. 565.

25. [1998] 2 R.C.S. 217, 240.

nous invitent à une réflexion plus globale, tant sur le contenu que les principes qui guident les tribunaux dans le contrôle de ce pouvoir.

A. La retenue judiciaire

Traditionnellement, les tribunaux ont toujours montré une très grande retenue à l'endroit de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Ce principe de la réserve judiciaire se fonde essentiellement sur trois motifs, soit (1) le respect de la séparation des pouvoirs; (2) l'efficacité de l'administration de la justice et; (3) ce pouvoir discrétionnaire se prête mal au contrôle judiciaire. Plus spécifiquement, l'on peut retenir ce qui suit de la jurisprudence :

- a) Le danger pour les tribunaux de s'immiscer dans les pouvoirs du procureur général, d'autant que celui-ci doit en bout de ligne répondre de ses décisions au Parlement²⁶.
- b) Il est essentiel que le poursuivant puisse rendre compte de ses décisions à son supérieur mais non pas au tribunal qui ne saurait jouer le rôle de «poursuivant superviseur»²⁷ sans compromettre son rôle essentiel d'arbitre indépendant et impartial.
- c) Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite se prête singulièrement mal au contrôle judiciaire²⁸, en ce que la poursuite doit considérer un ensemble de facteurs sur lesquels elle doit conserver une grande autonomie, notamment ses politiques et ses pratiques qu'elles développent en considération²⁹ de l'intérêt public qui va au-delà du cas en cause.
- d) On peut facilement imaginer qu'un contrôle judiciaire d'un pouvoir discrétionnaire pourrait entraîner la divulgation par le ministère public de détails précis sur le processus par lequel il décide de porter des accusations, d'intenter des poursuites et de prendre d'autres

26. *R. c. Power*, *supra* note 7 à la p. 622.

27. *Ibid.* à la p. 623.

28. *Ibid.* à la p. 625.

29. *R. c. Westmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, 306 : «La décision ultime de poursuivre ou de ne pas poursuivre un particulier et, dans l'affirmative, relativement à quelles infractions, exige qu'on évalue soigneusement une foule de considérations locales, y compris la gravité de la conduite reprochée en regard des normes de la collectivité, les conséquences possibles d'une poursuite pour le particulier, l'avantage que la collectivité peut tirer de la poursuite, la possibilité de récidive et l'existence d'autres mesures comme, par exemple, la déjudiciarisation ou les programmes spéciaux de réhabilitation. L'évaluation de ces facteurs exige de toute évidence la compréhension des conditions qui prévalent dans la collectivité où l'acte criminel a été perpétré.»

mesures³⁰, sans compter les coûts systémiques préoccupants causés par la surveillance judiciaire dans ce domaine³¹.

D'un point de vue constitutionnel, le pouvoir discrétionnaire de la poursuite, comme caractéristique essentielle de la justice criminelle, a été jugé valide en ce qu'il ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la Charte : c'est la conclusion qui se dégage des arrêts *R. c. Lyons*³², *R. c. Jones*³³ et *R. c. Beare*³⁴.

Deux tempéraments doivent cependant être apportés à ce principe, soit (1) que l'exercice du pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu³⁵, mais demeure assujéti au contrôle judiciaire dans un cas d'espèce par l'application de la doctrine de l'abus de procédure comme technique constitutionnelle la plus souvent utilisée ou par d'autres moyens, et (2) que d'un point de vue constitutionnel, rien n'empêche que l'un des pouvoirs discrétionnaires soit jugé invalide s'il contrevient à certaines garanties constitutionnelles.

B. La doctrine de l'abus de procédure appliquée au cas par cas

En situant historiquement l'introduction en droit canadien de la doctrine de l'abus de procédure, j'ai à peine esquissé, le contenu de cette notion : considérant sa portée considérable comme l'un des fondements de la mesure de contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, il s'impose que j'en précise davantage le contenu.

Dans l'arrêt *Jewitt*³⁶ et les arrêts subséquents, la Cour suprême a affirmé que ce remède servait à mettre fin aux procédures «vexatoires et oppressives» ou encore serait approprié quand «forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société», étant acquis que ce pouvoir des tribunaux ne pouvait

30. *R. c. Power*, *supra* note 7 à la p. 626.

31. *Wayte c. United States* (1985) 470 U.S., 598.

32. [1987] 2 R.C.S. 309.

33. [1986] 2 R.C.S. 284.

34. [1988] 2 R.C.S. 387.

35. *R. c. T.(V.)* (1992), 71 C.C.C. (3d) 32, 12 C.R. (4th) 133, [1992] 1 R.C.S. 749, à la p. 762.

36. *R. c. Jewitt*, *supra* note 18.

être exercé que «dans les cas les plus manifestes»³⁷. Pour éviter toute confusion, disons que, si généralement l'arrêt des procédures constitue le seul remède pour sanctionner l'abus de procédure, il n'est pas exclu que d'autres réparations moins radicales soient ordonnées, comme l'exclusion d'un élément de preuve³⁸.

Dans l'arrêt *Power*³⁹, on a décrit ces actes susceptibles de constituer un abus de procédure comme ceux qui démontrent l'existence de motifs illégitimes, de la mauvaise foi ou constituent un acte si fautif qu'il choque la conscience de la collectivité à un point tel qu'il serait vraiment injuste et indécent de continuer la procédure. À propos de ce test, qui consiste à déterminer si l'acte choque la conscience de la collectivité, il y a lieu de rappeler que, dans l'arrêt *Collins*⁴⁰, lorsqu'il s'est agi d'interpréter la portée de la règle d'exclusion d'un élément de preuve en application du par. 24(2), le juge Lamer a rejeté ce test au motif qu'il exige une démarche trop subjective.

Dix ans après l'arrêt *Jewitt*, la Cour suprême, dans les affaires *R. c. O'Connor*⁴¹ et *Canada c. Tobiass*, a cru opportun de distinguer deux catégories de cas où, pour un abus de procédure, l'arrêt de procédure sera justifié : (1) la plus générale, laquelle met en cause l'équité du procès ou l'atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la Charte et; (2) une catégorie résiduelle qui concerne l'intégrité du processus judiciaire mise en cause par la conduite du poursuivant. Dans ce dernier cas, il faut satisfaire à deux critères, (1) le préjudice causé par l'abus en question qui sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue et; (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice. Le premier critère reflète le caractère prospectif de cette réparation : la suspension de procédure ne corrige pas le préjudice causé, elle vise à empêcher que se perpétue l'atteinte⁴². Le simple fait que l'État se soit mal conduit par le passé ne suffit donc pas, à moins que la conduite reprochée ne soit si grave que le simple fait de poursuivre la procédure «*will be offensive*».

On conviendra qu'en raison du caractère exceptionnel du remède, la marge de manœuvre du poursuivant n'en est pas réduite pour autant et que les précédents ne sont pas légion.

37. *Ibid.* à la p. 132; *R. c. Power*, *supra* note 7 à la p. 615.

38. *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362.

39. *R. c. Power*, *supra* note 7.

40. [1987] 1 R.C.S. 265.

41. *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73.

42. *Canada c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391 à la p. 427.

C. La doctrine d'abus de procédure en Angleterre

Depuis une décision importante rendue par la Chambre des Lords en 1993⁴³, la doctrine de l'abus de procédure comporte maintenant l'obligation, pour le pouvoir judiciaire, de voir au maintien de la «*Rule of Law*» par les autorités. Jusqu'alors, les tribunaux anglais, depuis l'arrêt *Reg. V. Sang*⁴⁴, se fondaient sur la doctrine de l'«*abuse of process*» pour veiller au respect de l'équité du procès, ce qui limitait la sphère d'intervention à ce qui était susceptible de porter atteinte à l'équité du procès. Dans cette affaire, dont était saisie la Chambre des Lords, l'appelant s'opposait à la compétence du tribunal anglais au motif que des agents de police anglais l'avaient kidnappé en terre étrangère, soit en Afrique du Sud, pour le traduire devant la justice anglaise, et ce, au mépris des coutumes internationales et des dispositions de la loi d'extradition.

On ne pouvait pas ici alléguer, selon l'approche traditionnelle de la doctrine de l'abus de procédure, une conduite qui compromettrait l'équité du procès puisque la conduite reprochée ne compromettrait pas en soi le droit à un procès équitable : était en litige ce que traditionnellement les tribunaux avaient refusé de considérer dans cette matière, soit de sanctionner les moyens par lesquels l'individu avait été traduit devant la Cour. Le plus haut tribunal anglais concluait qu'il était inacceptable qu'une cour de justice ferme les yeux sur les moyens utilisés pour faire comparaître un prévenu, en contravention flagrante avec la «*Rule of Law*» et en violation des droits fondamentaux de l'individu :

Your lordships are now invited to extend the concept of abuse of process a stage further. In the present case there is no suggestion that the appellant cannot have a fair trial, nor could it be suggested that it would have been unfair to try him if he had been returned to this country through extradition procedures. If the court is to have the power to interfere with the prosecution in the present circumstances it must be because the judiciary accept a responsibility for the maintenance of the rule of law that embraces a willingness to oversee executive action and to refuse to countenance behaviour that threatens either basic human rights or the rule of law.

La Cour ordonna le renvoi de l'affaire en première instance, donnant compétence au tribunal, d'abord de vérifier si la loi anglaise d'extradition avait

43. *Reg. V. Horseterry*, Rd. Ct., Exp. Bennett H.L.(E) [1994] 1 A.C. 41.

44. *Reg. V. Sang*, [1980] A.C. 402.

été suivie et, dans la négative, d'ordonner l'arrêt de procédure et la libération du prévenu.

Ces propos évoquent ceux qu'a tenus la Cour suprême du Canada, dans les arrêts *O'Connor* et *Tobiass*, où elle a envisagé les cas où s'appliquera la doctrine de l'abus de procédure, même lorsque l'équité du procès n'est pas en cause. Mais, encore faudrait-il être persuadé que la conduite répréhensible est si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant, étant entendu que de tels cas devraient être très rares⁴⁵.

D. Autres techniques pour faire annuler la décision du procureur général

Si par l'abus de procédure la partie qui a subi le préjudice recherche essentiellement l'arrêt de procédure, cette technique ne peut disposer des autres cas où c'est l'inverse qui est recherché, par exemple, la décision du procureur général que l'on veut faire annuler pour faire revivre une procédure. Dans cette hypothèse, le recours aux tribunaux peut être exercé par un «bref de prérogative», ou autre requête en cassation de l'ordonnance du procureur général. Ce fut le cas dans *Québec (Procureur général) c. Chartrand*⁴⁶, où Chartrand qui avait déposé, comme simple citoyen, une plainte d'avortement contre un médecin, s'en prenait à la décision du procureur général de mettre fin à cette procédure.

Le juge Jean-Paul Bergeron, de la Cour supérieure de Montréal, avait prononcé un *mandamus* et annulé l'ordonnance du procureur général. La Cour d'appel a cassé ce jugement. Le juge Beauregard a fort bien résumé l'état du droit concernant la limite de la compétence du tribunal pour contrôler le pouvoir discrétionnaire du procureur général :

Malgré la séparation étanche entre les tâches du tribunal et celles du procureur général (celui-là seul statue sur le procès que le procureur général seul décide de faire), j'accepte que le tribunal a le pouvoir d'annuler un nolle prosequi si on démontre qu'en le déposant le procureur général a enfreint la loi ou a abusé de ses pouvoirs, par corruption en faveur de l'accusé, par préjugé défavorable contre la victime ou contre la disposition de la loi qui crée l'infraction ou enfin par une décision carrément déraisonnable.

45. *R. c. O'Connor*, supra note 41 à la p. 413; *Canada c. Tobiass*, supra note 42 à la p. 428.

46. [1987] R.J.Q. 1732.

Dans *R. v. Bird*⁴⁷, les accusés d'un meurtre au premier degré désiraient renoncer à un procès par jury et sollicitaient le consentement du procureur général, selon l'article 473 C.cr., pour subir leur procès devant un juge seul. Le procureur général s'y opposa. Dans le contexte particulier de cette affaire, le juge Berger, alors juge de la Cour du Banc de la Reine d'Alberta, en arriva à la conclusion que la seule raison apparente qui justifiait le refus du procureur général tenait à du «*judge-shopping*», l'accusé se sentant désavantagé si l'instruction devait avoir lieu devant le juge désigné pour ce terme des assises. En conséquence, le juge Berger fit droit à la demande en dispensant les accusés d'obtenir le consentement requis : cela illustre à nouveau la variété des recours qui peuvent être utilisés à part la doctrine de l'abus de procédure pour réclamer l'intervention des tribunaux à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur général.

E. Le pouvoir d'ordonner l'arrêt d'une poursuite : art. 579 C.cr.

Le Parlement donne au procureur général le pouvoir d'arrêter une poursuite à tout moment après que la sommation ou le mandat est décerné, par suite du dépôt d'une dénonciation⁴⁸. Bien que nécessaire, ce pouvoir empiète sur le droit fondamental et historique du citoyen d'informer sous serment un juge de paix de la perpétration d'un acte criminel. À ce moment, comme la Cour suprême l'a souligné dans l'arrêt *Dowson*, le procureur général agit dans l'exercice de son pouvoir de surveillance des poursuites pénales : la Cour a ajouté que la responsabilité du procureur général («*accountability*») devant la législature s'accroît du fait qu'il ait à prendre cette décision, même si le juge de paix a décidé qu'il y avait matière à poursuite. Est-ce dire que le procureur général ne pourrait jamais rendre compte autrement d'une telle décision d'arrêter la procédure⁴⁹?

47. (1996) 3A, Alta.L.R. (3d) 128.

48. Art. 579 C.cr.; *Dowson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 144.

49. *Re Balderstone c. R.* (1984), 8 C.C.C. 532 (C.A. Man.); *Québec (Procureur général) c. Chartrand* (1987) R.J.Q. 1733; *Campbell v. A.G. Ontario* (1987) 60 O.R. (2d) 617; *R. v. Isiwiy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (C.A. Sask.); *Kostuck (Informant) v. Alberta (Attorney General)*, (1995) 101 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Alb.).

Dans un article où il traite de cette question, J.-C. Hébert⁵⁰ cite un jugement inédit, rendu en 1969 par le juge P.V. Shorteno⁵¹ de la Cour supérieure du district de Montréal, qui observait que le «*nolle prosequi*» ne saurait être utilisé pour permettre au procureur général de «refaire sa cause et d'obtenir ainsi un avantage indû, soit pour suppléer à une preuve qu'il craint déficiente ou bien afin d'empêcher un acquittement possible».

Cette approche, sans doute très avant-gardiste à l'époque où elle fut adoptée, colle davantage à la réalité d'aujourd'hui. Dans la plupart des cas, ce ne sera pas tant la décision de suspendre la procédure qui sera attaquée, mais bien ses conséquences, par une décision subséquente du poursuivant qui servirait à démontrer l'iniquité engendrée par l'exercice abusif de son pouvoir en mettant fin à la procédure. L'hypothèse d'un délai déraisonnable pour l'inculpé qui se verrait contraint de faire face à un autre procès en raison de l'interruption du premier, pourrait constituer un exemple d'abus de procédure.

IV. SECOND TEMPÉRAMENT AU PRINCIPE DE LA VALIDITÉ CONSTITUTIONNELLE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE LA POURSUITE

Même si l'existence d'un pouvoir discrétionnaire n'a pas été considérée comme portant atteinte en soi aux principes de justice fondamentale enchâssés dans la Charte, il reste à se demander si d'un point de vue institutionnel, certains pouvoirs octroyés au poursuivant respectent les exigences constitutionnelles.

En principe, un pouvoir discrétionnaire — comme par exemple celui de porter une accusation, de prélever ou non les empreintes digitales de l'inculpé, de décider de faire une arrestation, une fouille ou une perquisition, tout comme la décision de retirer une accusation, le choix du mode de poursuite, de consentir à un ajournement — n'est pas encadré : aucune disposition ne vient préciser en fonction de quels critères la décision d'y recourir ou non sera justifiable. C'est ainsi que dans l'arrêt *Beare*, la Cour suprême a rejeté l'idée d'imposer des conditions visant à mieux protéger les personnes inculpées contre la prise

50. J.-C. Hébert, «La Charte canadienne et le contrôle de la discrétion ministérielle du Procureur général en droit criminel» (1986) 45 R. du B. 343.

51. «Dans un jugement inédit de *Désormier c. P.G. du Québec*, n°. 67-7754, district de Montréal, (2 mai 1969), le juge Shorteno s'est exprimé comme suit : "Cette procédure qui me paraît être évidemment conçue pour la protection des droits d'un accusé ne peut certainement pas, à mon sens, être employée par le procureur général afin, par exemple, de refaire sa cause et d'obtenir ainsi un avantage indû, soit pour suppléer à une preuve qu'elle craint déficiente (*sic*) ou bien afin d'empêcher un acquittement possible d'un prévenu".»

d'empreintes digitales : la Cour a estimé que le pouvoir discrétionnaire laissé aux autorités de par la loi était constitutionnellement valide.

C'est le même argument que l'on tente sans succès de faire valoir depuis fort longtemps à l'égard du pouvoir discrétionnaire laissé au poursuivant quant au mode de poursuite, soit entre la poursuite sommaire et celle par voie d'acte d'accusation.

En 1971, dans l'arrêt *R. v. Smythe*⁵², la Cour suprême du Canada, en concluant que le pouvoir discrétionnaire qui revenait au procureur général du Canada quant au mode de poursuite ne contrevenait pas à l'al. 1(b) de la *Déclaration canadienne des droits* (l'égalité de tous devant la loi), a affirmé que, même la façon par laquelle le procureur général exerce son pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la loi n'a aucune pertinence dans l'examen de la question du traitement fait au prévenu en accord avec ses droits reconnus par la Déclaration canadienne. On acceptait que «*the unbridled*» pouvoir discrétionnaire du procureur général, même si elle menait à un résultat discriminatoire, n'était pas attaquant. Donc, en l'absence de lignes directrices, le procureur général n'avait pas à répondre de sa décision devant les tribunaux : «*no objective standards exist to circumscribe its ethical use*»⁵³. L'une des conséquences de ce choix concerne le choix de la peine qui ne devient plus l'affaire du juge, mais du poursuivant.

Le même débat a été engagé dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais sans succès. Dans l'arrêt *Laws*⁵⁴, la Cour d'appel d'Ontario a conclu que des lignes directrices n'étaient pas requises pour mieux encadrer ce pouvoir. Du même coup, la Cour a ajouté que cela ne dispensait pas pour autant le poursuivant de respecter ses obligations constitutionnelles à l'égard de chacun des inculpés. Ce pouvoir discrétionnaire est donc sauvegardé, mais il est sujet à révision sur une base individuelle. On peut lire à ce sujet plusieurs arrêts de cours d'appel canadiennes⁵⁵ où la question soulevée consistait à déterminer si, dans le contexte de chacune des causes, le recours à la procédure par voie d'acte d'accusation constituait un abus de procédure.

52. [1971] R.C.S. 680.

53. S. Cohen, *supra* note 15 à la p. 143.

54. [1998] 18 C.R. (5th) 257.

55. *R. v. Quinn* (1989), 54 C.C.C. (3d) 157; *Re Parkin and the Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 252; *R. v. Boutilier* (1995), 104 C.C.C. (3d) 327 (C.A.N.E.); *R. v. Kelly* (1998), 128 C.C.C. (3d) 206 (C.A. Ont.).

Je tiens à signaler que, si dans la tradition canadienne il semble bien accepté que ce type de pouvoir ne devrait pas être encadré, les britanniques ont adopté depuis plusieurs décennies des dispositions législatives qui accordent au pouvoir judiciaire, dans plusieurs cas, la compétence de décider du mode de poursuite⁵⁶, sur la base des observations du poursuivant et de l'inculpé et en fonction de critères énoncés dans la loi.

A. Une poursuite discriminatoire

En 1977, un autochtone du Manitoba opposait à une poursuite qui lui avait été intentée selon la *Loi sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*⁵⁷, une dispense contre toute poursuite aux termes de cette loi : il invoquait une directive administrative du gouvernement fédéral qui exemptait les autochtones de toute poursuite dans la mesure où la chasse servait à leur subsistance, et ce, malgré un jugement de la Cour suprême du Canada rendu peu de temps auparavant qui déclarait la loi en cause applicable aux autochtones. En fait, la directive contournait la position majoritaire de la Cour suprême et donnait effet à celle de la minorité. La Cour d'appel du Manitoba, sous la plume du juge en chef Freedman, a jugé inacceptable et contraire aux principes bien ancrés dans notre Constitution que l'État accorde «*a blanket dispensation in favour of a particular group or race*» : «*The Crown may not by executive action dispense with laws*»⁵⁸.

Cette conclusion, selon la Cour, ne saurait toutefois miner le pouvoir discrétionnaire du poursuivant à qui revient ultimement la décision de poursuivre, mais devant être prise individuellement.

Cet arrêt illustre une situation où le poursuivant avait abdiqué son autorité et son pouvoir discrétionnaire à l'avantage d'un groupe distinct et au détriment de tous les autres citoyens, en violation du principe de l'égalité de tous devant la loi.

Nous pouvons évoquer ici une doctrine de la «*selective prosecution*» (qui renvoie à l'application discriminatoire des lois) reconnue par la jurisprudence

56. *Magistrates' Courts Act* 1980, s. 18 et s. 19.

57. *Migratory Birds Convention Act*, 1970, S.R., c. M-12.

58. *Regina c. Catagas* (1977), 38 C.C.C. (2d) 296.

américaine⁵⁹, notamment dans un arrêt récent de la Cour suprême des États-Unis⁶⁰ où il fut considéré contraire à la Constitution qu'une poursuite ait un effet discriminatoire et soit motivée par un tel but «*had a discriminatory effect and that it was motivated by a discriminatory purpose*».⁶¹

Dans l'application de cette doctrine, un tribunal d'appel affirmait, dans un cas où on alléguait une poursuite «*racially biased*», que l'inculpé devait non seulement établir que des individus exposés à des situations similaires et d'un groupe (race) différent n'avaient pas été poursuivis mais qu'en plus la décision de poursuivre «*was invidious or in bad faith*».⁶²

Rien ne s'opposerait au Canada, compte tenu des articles 7 et 15 de la Charte canadienne, à ce qu'une personne puisse signaler le caractère discriminatoire d'une poursuite dans un cas précis, ce qu'a d'ailleurs implicitement reconnu la Cour d'appel d'Ontario⁶³, mais aux conditions que la jurisprudence canadienne a posées dans l'interprétation de l'article 15 de la Charte.

Il sera toujours difficile d'éviter l'effet discriminatoire d'une décision de poursuivre, par exemple celle d'un agent de la paix qui décerne une contravention à un conducteur d'un véhicule automobile pour vitesse excessive, alors que d'autres qui ont commis le même type d'infractions dans les heures précédentes ne sont pas poursuivis : de là à pouvoir soutenir que la décision se fonde aussi sur un motif discriminatoire et qu'elle est empreinte de mauvaise foi, il y a un tout un pas à franchir. Ce qui explique que, dans la réalité des choses, peu de litiges de cette nature sont engagés devant les tribunaux.

*Selectivity in prosecutorial decision is permissible : it is only selective prosecutions brought on the basis of an impermissible standard that are unconstitutional.*⁶⁴

59. R.W. Hubbard, P.M. Brauti et C. Welsch, «*Selective prosecutions and the Stinchcombe model for disclosure*» (1999) 42 *Crim.L. Quarterly* 338.

60. *U.S. v. Armstrong*, (1996) 116 S. Ct. 1480.

61. *Ibid.* à la p. 1487.

62. Dans *U.S. v. Hastings*, 126 F. (3d) 310 (4th Cir. 1997).

63. *R. v. Miles of Music* (1989), 48 C.C.C. (3d) 96; *R. v. Pave Magder Furs Ltd.* (1989), 49 C.C.C. (3d) 267.

64. R.W. Hubbard, P.M. Brauti et C. Welsch, *supra* note 59 à la p. 352.

B. Un cas classique d'intervention judiciaire pour assortir un pouvoir discrétionnaire de conditions : R. c. Stinchcombe

J'ai évoqué précédemment les critiques très sévères formulées en 1969 et en 1977 à l'endroit de l'exercice par les substituts du procureur général de leur pouvoir discrétionnaire relatif à la divulgation de la preuve de la poursuite. En 1984, la Commission de la réforme du droit avait recommandé l'adoption de régimes complets de réglementation de la communication de la preuve. En 1989, le rapport de la Commission Marshall, dénonçant l'injustice pouvant résulter d'une divulgation incomplète, recommandait également l'adoption de mesures très élaborées pour mieux encadrer l'obligation du ministère public de divulguer à la défense l'existence des éléments de preuve pertinents. Devant le silence du législateur, les tribunaux s'en chargèrent eux-mêmes. C'est ainsi que dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*⁶⁵ et dans une série d'arrêts subséquents⁶⁶, la Cour suprême a cru opportun de ne plus s'en remettre à l'honneur ou à la coopération des participants sur une base volontaire et de décider des litiges au cas par cas; elle décida d'imposer des obligations au poursuivant dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire jusque-là intouchable, conférant ainsi à l'inculpé le droit de connaître l'existence de tout élément de preuve pertinent comme composante de son droit constitutionnel à une défense pleine et entière qui lui est garanti par le biais de l'article 7 de la Charte.

Ainsi, le pouvoir discrétionnaire du poursuivant relatif à la divulgation de la preuve devenait constitutionnellement assujéti à des limites, cela en contradiction avec la traditionnelle non-ingérence des tribunaux dans ce domaine.

CONCLUSION

En conclusion, il serait juste d'affirmer que ce phénomène d'implosion qui a ébranlé les structures traditionnelles au sein desquelles le poursuivant exerce ses pouvoirs, a eu pour effet d'accentuer l'intervention du pouvoir judiciaire, mais toujours dans la recherche de cet équilibre entre les intérêts de l'individu et de la société qui caractérise si bien notre système judiciaire.

Il ne serait cependant pas réaliste de croire que le pouvoir judiciaire constitue la seule sauvegarde. La société doit compter en grande partie sur la «responsabilité» du poursuivant qui, à bien des égards, échappe de toute façon à tout contrôle : c'est à lui que revient, dans l'intérêt supérieur de la justice, de

65. [1991] 3 R.C.S. 326.

66. *R. v. Chaplin* (1995), 96 C.C.C. (3d) 225.

s'imposer, comme cela se constate de plus en plus, des politiques ou lignes directrices qui peuvent assurer un exercice plus sage du pouvoir discrétionnaire qu'il s'engage à respecter sous peine d'en répondre publiquement ou même devant les tribunaux.