

Les abus de pouvoir et de fonction en droit pénal canadien

André Jodouin

Volume 19, Number 1, 1978

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042224ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042224ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Jodouin, A. (1978). Les abus de pouvoir et de fonction en droit pénal canadien. *Les Cahiers de droit*, 19(1), 21–54. <https://doi.org/10.7202/042224ar>

Article abstract

This paper was originally given at the Congrès *Henri Capitant* to an audience composed mainly of Continental jurists. It deals with abuse of power in the context both of crime and of criminal process.

The relative extension of the concept as a criminal qualification and the clear sanctions provided by the Code are contrasted with the permissivity of the law relating to the occurrence in the criminal process, of different instances of abuse.

Les abus de pouvoir et de fonction en droit pénal canadien

André JODOUIN*

This paper was originally given at the Congrès Henri Capitant to an audience composed mainly of Continental jurists. It deals with abuse of power in the context both of crime and of criminal process.

The relative extension of the concept as a criminal qualification and the clear sanctions provided by the Code are contrasted with the permissivity of the law relating to the occurrence in the criminal process, of different instances of abuse.

	<i>Pages</i>
1. Les détournements de pouvoir	22
1.1. Les infractions	22
1.1.1. L'intégrité du pouvoir	23
1.1.1.1. La qualification du pouvoir	23
1.1.1.2. La nature de l'acte de corruption	26
1.1.2. Les mécanismes de gouvernement	29
1.2. Les sanctions du détournement de pouvoir	30
1.2.1. Les sanctions pénales	31
1.2.2. Les sanctions pécuniaires et professionnelles	33
2. Les excès de pouvoir	36
2.1. Les actes abusifs	36
2.1.1. Les actes illégaux	36
2.1.2. Les actes déloyaux	39
2.2. Les sanctions des excès	42
2.2.1. Les sanctions directes des abus	42
2.2.2. Les sanctions indirectes des abus	46
2.2.2.1. La recevabilité de la preuve	46
2.2.2.2. La régularité de la poursuite	49
Conclusion	54

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

L'article 154 du *Code criminel* du Canada énonce :

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe masculin qui, étant le propriétaire ou capitaine d'un navire affecté au transport de passagers moyennant un prix de louage, ou, étant employée à bord d'un tel navire, y séduit une passagère, ou, à la suite de menaces ou par l'exercice de son autorité, a avec une passagère des rapports sexuels illicites à bord du navire. 1953-54, c. 51, article 146.

L'article 44 du même Code déclare :

Le capitaine, patron ou commandant d'un navire en voyage est fondé à employer la force dans la mesure que, sur des motifs raisonnables et probables, il croit nécessaire pour maintenir le bon ordre et la discipline à bord du navire. 1953-54, c. 51, art. 44.

Ces deux articles traitent du pouvoir. Dans le premier cas, le législateur punit celui qui, investi d'un pouvoir le fait servir à des fins toutes autres que celles auxquelles il est destiné. Dans le second cas, le législateur confère un pouvoir en assortissant ce pouvoir de limites.

Le premier cas constitue un détournement, le second, un excès.

Il serait possible dans un sujet comme celui-ci d'examiner toutes les formes de détournements de toutes sortes de pouvoir. Nous estimons cependant ne pas devoir le faire pour des raisons qui tiennent de la structure du droit canadien. En effet, s'il peut exister des infractions relatives aux détournements et aux excès du pouvoir économique ou de la position sociale, l'incrimination dans ces domaines s'inscrit dans un régime tout à fait différent du régime pénal classique. Il faudrait pour donner une idée juste de l'éventail juridique des mesures qui régissent la vie économique ou les relations de travail, leur consacrer une étude beaucoup plus approfondie que nous le puissions faire.

Nous avons donc confiné notre étude au seul abus du pouvoir public.

1. Les détournements de pouvoir

1.1. Les infractions

Les détournements de pouvoir constituent à la fois un manquement à l'intégrité du détenteur du pouvoir et une subversion des mécanismes de gouvernement. C'est dans cette double perspective que nous les étudierons.

1.1.1. L'intégrité du pouvoir

La loi distingue la gravité des infractions par la qualité du détenteur du pouvoir qui s'est corrompu ou qu'on a tenté de corrompre. Il en coûte plus cher de soudoyer un député qu'un fonctionnaire municipal, du moins en ce qui regarde la sanction prévue au Code. Cependant les qualifications prévues par la loi ne sont pas mutuellement exclusives, de sorte que la poursuite aura une certaine latitude de choisir, suivant les circonstances, une accusation plus ou moins grave. Cette relative imprécision des qualifications provient de la nécessité d'aller au fond des choses et d'incriminer le détournement du pouvoir réel que peut exercer le titulaire d'une charge ou d'une fonction.

L'article 108 du *Code criminel* vise la corruption du juge ou du membre du Parlement fédéral ou d'une législature provinciale agissant en sa qualité officielle.

L'article 109 vise les fonctionnaires chargés de l'administration du droit criminel.

Les articles 110 et 111 visent la corruption des fonctionnaires et employés du gouvernement.

L'article 112 a trait à la corruption de fonctionnaires municipaux.

Ces infractions renvoient à un article préliminaire de définitions, l'article 107, où l'on apprend que « fonctionnaire » désigne une personne qui :

- (a) détient une charge ou un emploi, ou
- (b) est nommée pour remplir une fonction publique;

et que « charge » ou « emploi » comprend :

- (a) une charge ou fonction sous l'autorité du gouvernement,
- (b) une commission civile ou militaire, et
- (c) un poste ou emploi dans un département public.

1.1.1.1. La qualification du pouvoir

Deux faits significatifs sont à noter. D'abord les définitions du *Code criminel* ne coïncident pas exactement avec celles de diverses lois administratives. Il en est ainsi des expressions « département public » et « fonctionnaire », « dont le sens déborde très largement le sens usuel » (selon l'arrêt *Doré* de la Cour suprême du Canada¹). Ensuite, on retrouve

1. [1975] 1 R.C.S. 756.

une divergence entre les versions française et anglaise du Code, l'anglaise utilisant l'expression « official » là où la française parle de « fonctionnaire ». Les tribunaux appliquent la version anglaise qui semble, en l'occurrence, traduire mieux l'intention législative, et répond mieux aux besoins de la répression.

C'est ainsi que l'article 110, visant la corruption de fonctionnaires a été appliqué à des personnes à qui on aurait pu imputer des crimes d'une catégorie différente. Dans l'arrêt *Martineau*², la Cour d'appel du Québec a déclaré qu'on pouvait appliquer l'article 110 à un membre du Conseil législatif qui est pourtant « membre de la législature d'une province » et partant, susceptible d'être condamné pour une infraction à l'article 108. À ce sujet le tribunal affirme :

Il est (. . .) difficile de concevoir une fonction qui ait plus le caractère et la nature de la fonction publique que celle de participer à la discussion et à l'adoption des lois; il est dès lors difficilement concevable que le législateur n'ait pas entendu inclure la fonction de Conseiller législatif dans celle qu'il a décrite comme fonction publique pour les fins de l'application de l'article 110.

S'il y a concours de qualifications du plus grave au moins grave, il y en a également en sens contraire. Selon l'article 112, un fonctionnaire (lisez : « *official* ») municipal corrompu est passible d'une peine de deux ans. Cependant, la Cour suprême du Canada a décidé que l'expression « tout fonctionnaire » employé dans les articles 110 et 111 (dont nous parlerons plus tard) visait aussi un conseiller municipal³. La définition de fonction publique, au sens du dictionnaire, était suffisamment large pour s'appliquer à une personne exerçant une fonction municipale.

La définition vise également l'employé d'une société de la Couronne. Ces sociétés sont établies par des lois qui consacrent leur indépendance vis-à-vis du gouvernement. Pourtant le *Code criminel* les inclut dans sa définition générale du « département public », ce qui porte leurs employés dans le champ d'application de l'article 110. Dans l'arrêt *Doré*⁴, la Cour suprême du Canada a décidé que l'article 2b de la Loi créant la Société Radio-Canada, article qui déclarait que « les fonctionnaires et préposés (de la Société) ainsi employés ne sont ni fonctionnaires ni préposés de Sa Majesté », ne pouvait faire échec à l'incrimination de corruption de fonctionnaire, vu le renvoi à la notion de charge, qui comprend l'emploi dans un « département public ».

2. (1965) 47 C.R. 27.

3. *R. v. Sheets*, 1971, 1 C.C.C. (2d) 508.

4. *Supra*, note 1, p. 4.

Par contre, les tribunaux ont refusé d'étendre la notion de « fonctionnaire » à des personnes qui, bien qu'exerçant des fonctions publiques, semblaient ne pas tomber sous le coup de la loi. C'est ainsi qu'un tribunal a pu acquitter un membre d'une Commission provinciale des prix, pour le motif que la notion de « département public » vise seulement les organismes relevant de « Sa Majesté, du chef du Canada »⁵. L'organisme en question étant une société relevant de « Sa Majesté du chef d'une province », il n'est pas compris dans les termes de la définition.

Cet arrêt appelle une critique et une observation : d'une part le tribunal n'a peut-être pas suffisamment cherché du côté de « la commission civile ou militaire » ; il eût été intéressant de vérifier si le mandat détenu par les membres de la Commission des prix ne les entraînait pas dans le champ d'application de l'article 107. D'autre part, la corruption d'un membre d'une commission provinciale est objectivement aussi grave que celle d'un employé de « Sa Majesté du Chef du Canada ». Toutefois le rôle du tribunal est d'appliquer la loi et non de combler les lacunes de l'œuvre législative.

La seconde limitation concerne l'importance du pouvoir détourné. Ainsi, le tribunal des territoires du Yukon a refusé de considérer « fonctionnaire » un pilote d'hélicoptère qui avait effectué des vols pour le compte du Ministère des mines et des relevés techniques et qui avait, vu la nature confidentielle de ses missions, prêté serment de ne rien divulguer de ce qu'il pourrait apprendre durant son service⁶. Le serment de ne pas dévoiler des secrets appris grâce à sa situation privilégiée ne saurait constituer un pouvoir dont le détournement constituerait une infraction.

Ce refus d'étendre la prohibition au pouvoir occasionnel éclaire bien la notion, toute sous-jacente, du pouvoir visé par les infractions canadiennes. Les détenteurs de pouvoir qui peuvent commettre des infractions au Canada sont investis de confiance et leur malhonnêteté va beaucoup plus loin que l'acte purement temporel, ponctuel qu'ils peuvent poser lors d'un détournement. Elle constitue une atteinte à la légitimité de l'exercice du pouvoir et, pour cela, choque profondément la conscience de la société.

L'étendue de l'application des infractions visant la corruption du pouvoir se manifeste également en ce qui regarde non plus le titulaire du

5. *R. v. Jones*, (1965) 3 C.C.C. 263.

6. *R. v. Pruss*, (1966) 47 C.R. 358.

pouvoir mais son pouvoir même. Ainsi, l'article 108 relatif aux actes de corruption des juges et membres du Parlement fédéral et des législatures provinciales agissant « dans leur capacité officielle » a subi une interprétation judiciaire remarquable qui tient compte, non seulement du pouvoir, mais de l'aura du pouvoir.

Dans l'arrêt *de Livera*⁷ le Comité judiciaire du Conseil privé a décidé, dans un appel provenant du Ceylan, qu'une tentative de corrompre un député pouvait avoir lieu non seulement à l'égard de ses fonctions constitutionnelles mais aussi à l'égard de l'influence qu'il pouvait exercer sur l'administration publique. Les « fonctions officielles » ne peuvent s'évaluer sans tenir compte des coutumes et pratiques administratives. Cet arrêt a été suivi par une Cour d'appel canadienne, celle de l'Ontario, dans l'arrêt *Bruneau*⁸.

Dans cette affaire, Bruneau, député, avait accepté une somme d'argent pour recommander au Ministère des travaux publics l'achat de terrains appartenant à un particulier. La Couronne avait mis en preuve que les fonctionnaires du Ministère, avant de procéder à des achats de terrains généralement profitables au vendeur) consultaient les élus de la localité. L'accusé a plaidé en défense que cette fonction coutumière consistant à conseiller les fonctionnaires des travaux publics ne relevait pas du tout de ses « fonctions officielles » au sens de la loi. Celles-ci se rattachaient exclusivement à son rôle législatif. La Cour d'appel a préféré l'interprétation du Comité judiciaire du Conseil privé, privilégiant ainsi la notion de pouvoir réel.

C'est aussi le pouvoir réel ou son aura que vise l'article 110.1(d) qui incrimine celui qui « (. . .) ayant ou prétendant avoir de l'influence auprès du Gouvernement ou d'un ministre du Gouvernement, ou d'un fonctionnaire, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter (. . .) une récompense (. . .) en considération (. . .) d'un exercice d'influence. » Il importe peu que l'inculpé soit le titulaire du pouvoir politique; s'il a accès au pouvoir, il doit assumer l'obligation d'intégrité qui accompagne celui-ci.

1.1.1.2. La nature de l'acte de corruption

Une fois établie la qualité de détenteur de pouvoir chez l'accusé, le tribunal analysera la nature de l'acte de corruption. Il ressortira de cette

7. *Attorney-General of Ceylon v. M.G.J.M. De Livera and Another*, [1962] 3 W.L.R. 1413.

8. *R. v. Bruneau*, [1964] O.R. 263.

analyse que le premier but des infractions de corruption est de faire régner chez les détenteurs d'une parcelle du pouvoir public un haut niveau d'intégrité.

C'est en ce sens que les tribunaux ont interprété l'article 111, créant l'infraction d'abus de confiance. Bien que cette expression soit une expression technique en *common law* et se rapporte à des droits d'*equity*, les tribunaux canadiens l'ont comprise dans un sens plus politique que juridique.

Ainsi, dans l'arrêt *Sheets*⁹ la défense avait plaidé que le fonctionnaire accusé, bien qu'il eut agi de façon indélicate, n'avait pas commis le *breach of trust* traditionnel, celui-ci reposant sur l'existence d'un *trust property* (c'est-à-dire l'équivalent du contrat nommé de l'article 408 du *Code pénal* français). Le tribunal a rejeté cette prétention en donnant à l'abus de confiance un sens non technique, beaucoup plus large. Selon le tribunal, l'article 111 « (...) est de portée suffisamment large pour sanctionner n'importe quelle violation des normes de responsabilité et de conduite qu'impose à l'accusé la nature de sa charge de haut fonctionnaire de la Couronne. » Citant l'arrêt *Arnoldi*¹⁰, qui avait condamné un fonctionnaire qui s'était illicitement attribué un contrat de travaux publics et avait ensuite masqué l'opération grâce aux services d'un homme de paille, le tribunal a affirmé : « La question n'est pas celle de savoir si l'accusé a fait des profits illicites mais s'il a détourné un pouvoir qui lui avait été conféré pour le bien public. L'exemplarité exige que l'on condamne ceux qui ont ainsi abusé de la confiance du public (...) »

Cette appréciation subjective de la corruption ne fait pas dépendre celle-ci d'un préjudice matériel subi par la collectivité; elle se distingue de l'escroquerie. Même en l'absence de profit illicite ou de tout résultat concret de l'acte de corruption, l'infraction sera complète.

Cette conclusion ressort du libellé des articles du *Code criminel*. Ainsi, l'article 108 incrimine l'acceptation, par corruption, par un juge ou un député d'une contrepartie « (...) à l'égard d'une chose qu'il a faite ou omise ou qu'il doit faire ou omettre en sa qualité officielle. » Pour les fonctionnaires chargés de l'application du droit criminel, il suffit que l'acceptation de la contrepartie soit faite « avec l'intention » d'entraver l'administration de la justice. L'article 110(a)ii incrimine l'acceptation par un fonctionnaire d'un « (...) prêt, récompense, avantage ou un bénéfice de quelque nature que ce soit en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou omission (...) » que, de

9. *Supra*, note 3.

10. *R. v. Arnoldi*, (1893) 23 O.R. 201 (C.A.).

fait, le fonctionnaire soit en mesure ou non de collaborer, d'aider, d'exercer une influence ou de faire ou omettre ce qui est projeté, selon le cas; (. . . »

L'article 110(c) vise le cas du fonctionnaire qui accepte une commission, récompense, avantage ou bénéfice d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement « à moins d'avoir obtenu le consentement écrit du chef de la division du Gouvernement qui l'emploie. »

L'article 110 soumet au même régime non seulement le fonctionnaire qui a accepté un pot de vin en considération d'une collaboration active mais aussi celui qui a accepté un cadeau « (. . .) à moins d'avoir obtenu, du chef de la division de gouvernement qui l'emploie (. . .) un consentement écrit. » Le fait de mettre sur le même pied les deux comportements a pour but d'obvier aux difficultés que pourrait éprouver la Couronne à prouver le lien entre le service accompli par le fonctionnaire et la contrepartie qu'on lui offre. L'article crée en quelque sorte une présomption irréfragable de malhonnêteté du fait de ne pas pouvoir exhiber la permission du chef de division. On conviendra tout de même qu'il devrait y avoir une différence entre la façon de considérer la corruption caractérisée et le défaut, purement technique, de pouvoir démontrer la permission de recevoir un cadeau.

La même conclusion ressort également de la jurisprudence. Dans l'arrêt *Bruneau*¹¹, le tribunal a condamné un député qui avait accepté un pot de vin « (. . .) bien qu'il n'eût rien fait pour le mériter. » Dans l'arrêt *Doré*¹², le juge Pigeon, commentant l'argument de la défense voulant que les sommes perçues par l'accusé représentaient un salaire pour des travaux licites faits par lui, affirme : « (. . .) même en admettant que l'inculpé n'aurait reçu (. . .) rien autre chose que la valeur véritable de services rendus en dehors de ses heures de travail, il a commis l'infraction parce qu'il a reçu le bénéfice sans le consentement écrit du chef de la division de gouvernement qui l'employait. »¹³

Cette conclusion ressort enfin de ce que le législateur pénal met sur le même pied la tentative et l'infraction complète. En effet, le manque d'intégrité de celui qui tente de marchander son pouvoir est aussi évident que celui qui réussit à le faire.

11. *Supra*, note 8.

12. *Supra*, note 1.

13. *Id.*, p. 780.

1.1.2. Les mécanismes de gouvernement

Si le premier souci du législateur canadien semble avoir été l'intégrité des détenteurs du pouvoir, les infractions qu'il a créées auront également pour effet d'assurer le bon fonctionnement des mécanismes de gouvernement. Dans certaines infractions, ce but sera accessoire; dans d'autres, il sera principal.

L'article 108 du *Code criminel*, traitant de la corruption des juges et des membres du Parlement ou des législatures, ne vise pas un mécanisme précis mais la « qualité officielle » du détenteur du pouvoir. Cette « qualité officielle » n'est pas restreinte, comme nous l'avons vu, à la seule fonction statutaire, mais tient compte de toutes les attributions, même coutumières.

De même, l'article 111 se préoccupe du niveau d'intégrité du fonctionnaire en punissant toute manifestation de déloyauté de sa part « (. . .) que la fraude ou l'abus de confiance constitue ou non une infraction s'il est commis à l'égard d'un particulier. »

Par contre, dans la plupart des infractions, l'objet de la corruption est décrit avec une précision assez grande pour que l'on puisse identifier le mécanisme de gouvernement que le législateur entend protéger.

L'article 109 déclare que la corruption doit avoir pour but :

- d'entraver l'administration de la justice,
- de provoquer ou faciliter la perpétration d'une infraction ou
- d'empêcher la découverte ou le châtement d'une personne qui a commis ou se propose de commettre une infraction.

L'article 110 crée plusieurs infractions où la corruption doit porter sur « (. . .) la conclusion d'affaires avec le gouvernement ou un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement ou une réclamation contre Sa Majesté ou un avantage que Sa Majesté a l'autorité ou le droit d'accorder. » Ou encore, « (. . .) la nomination d'une personne à une charge. »

Cet article crée, de plus, deux incriminations qui illustrent bien le souci de protéger certains mécanismes administratifs et politiques. Il s'agit de 110(f) qui vise l'entrepreneur qui a présenté une soumission en vue d'obtenir un contrat avec le gouvernement et qui cherche, par corruption, à obtenir le retrait de la soumission d'un concurrent. De même, celui-ci commet une infraction en acceptant de se désister. On ne peut parler ici de détournement de pouvoir; l'entrepreneur n'est pas un fonctionnaire du gouvernement. Comme il s'agit cependant d'une dépense de

fonds publics le jeu de la libre concurrence ne doit pas être faussé par la collusion des entrepreneurs.

L'article 110(2) vise les dons aux candidats des élections fédérales ou provinciales en vue d'obtenir ou de retenir un contrat avec le gouvernement. Deux mécanismes sont ici en cause, celui de l'attribution des contrats suivant les normes réglementaires et celui du financement des élections.

L'article 112 porte sur la corruption des fonctionnaires et des élus municipaux tant en ce qui regarde l'accomplissement des actes officiels que la fonction de réglementation du conseil municipal. La prestation du conseiller municipal dans ce marché frauduleux sera son vote, son abstention ou son engagement partisan dans les débats à l'occasion d'une « mesure, motion ou résolution ».

Enfin, les articles 113 et 114 concernent la vente, réelle ou prétendue, des charges.

L'article 114(c) défend même de « (. . .) maintenir un établissement pour la conclusion ou la négociation de toutes affaires concernant

- i) la nomination de personnes pour remplir des vacances,
- ii) la vente ou l'achat de charges (. . .) »

Il semble ressortir de ce survol des infractions que le législateur, en désignant expressément les mécanismes sur lesquels pouvait porter la corruption, a voulu éviter la création de modes parallèles d'administration. Pour ne prendre comme illustration que la vente des charges, à part le manquement à l'intégrité que peut stigmatiser cette infraction, on peut se demander, si cette pratique n'était pas réprimée, ce qu'il adviendrait de tous les mécanismes de sélection des fonctionnaires, mécanismes prévus par une réglementation abondante et conçus à la fois pour donner une chance égale à tous les postulants et pour assurer un personnel compétent dans la fonction publique.

1.2. Les sanctions du détournement de pouvoir

Les infractions de détournement de pouvoir seront sanctionnées pénalement comme le sont toutes les infractions de droit commun. Par ailleurs, le statut des détenteurs du pouvoir est généralement régi par des lois particulières dont certaines prévoient des sanctions pécuniaires et professionnelles.

1.2.1. Les sanctions pénales

Comme le *Code criminel* est silencieux quant aux objectifs que doit rechercher une sentence, les jugements des cours d'appel ont tenté d'établir les critères qui doivent guider le juge dans le choix d'une sentence juste. Ainsi, le juge doit tenir compte de la gravité objective de l'infraction, manifestée par le maximum de la peine que le législateur lui a attaché, et de facteurs subjectifs tenant à la personnalité de l'accusé. Il ne doit pas perdre de vue l'aspect d'intimidation que doit revêtir la sanction criminelle, sans oublier non plus la nécessité d'agir avec justice à l'égard de l'accusé, permettant ainsi sa réintégration rapide dans l'ordre social.

La gravité objective des infractions de détournement de pouvoir se détermine aisément en se rapportant au texte qui les crée et les assortit d'une sanction. La corruption d'un juge ou d'un membre du Parlement ou d'une législature est passible de quatorze années d'emprisonnement. Il en est de même pour la corruption des fonctionnaires chargés de l'application du droit criminel.

La corruption et l'abus de confiance des fonctionnaires et employés du gouvernement, ainsi que les atteintes aux mécanismes du gouvernement prévues par les articles 110, 113 et 114 sont passibles de cinq années de pénitencier.

La sentence maximum prévue pour la corruption de fonctionnaires municipaux est de deux années. La relative légèreté de cette sanction s'explique assez mal vu l'importance des fonctions en question.

Pour situer ces sanctions dans l'économie pénale canadienne, nous pouvons les comparer à d'autres infractions. Ainsi, le vol et la fraude sont passibles de dix années d'emprisonnement. Le vol avec effraction est passible de quatorze années ou de l'emprisonnement à perpétuité s'il a lieu dans une maison d'habitation. La séduction d'une passagère à bord d'un navire, puisque nous en avons parlé, est punissable par deux années d'emprisonnement.

On constate donc qu'à part les infractions de corruption des juges, députés et fonctionnaires chargés d'appliquer le droit criminel, les sanctions prévues pour les infractions de détournement de pouvoir se situent dans la voie moyenne. Cependant, la jurisprudence, à l'intérieur du cadre législatif, a eu tendance à réprimer assez sévèrement ces crimes, en insistant sur la trahison de la confiance du public qu'on pouvait reprocher à leurs auteurs.

Dans l'arrêt *Bruneau*¹⁴, le seul jugement rapporté sur l'infraction de corruption d'un membre du Parlement, le juge de première instance avait sursis au prononcé de la sentence, et imposé une ordonnance de probation à l'accusé bien que l'infraction fut passible de quatorze années d'emprisonnement. Le juge avait motivé sa clémence en déclarant qu'il était inutile de se préoccuper de l'effet d'intimidation et que ce serait faire injure aux autres députés de croire que la seule façon de les empêcher d'accepter des pots-de-vin serait d'imposer une sentence sévère ! La Couronne a porté cette sentence en appel et la Cour d'appel de l'Ontario a prononcé, à la place de l'ordonnance de probation, un emprisonnement de cinq années.

Cette sévérité remarquable se fondait, d'après la Cour, sur la dignité des fonctions du député. Le tribunal a notamment déclaré : « La responsabilité d'un député à l'égard de ses électeurs et de la Nation exige de sa part un haut niveau d'intégrité et de bonne conduite dont il faut sévèrement réprimer les écarts. Si, en violation de leur responsabilité on peut acheter les services des députés, la justice et la liberté ne survivront pas longtemps et notre nation ne sera plus une nation d'hommes libres (. . .) La protection du public et la nécessité de l'intimidation doivent dominer le champ de nos considérations. »¹⁵

Le thème de la trahison revient dans plusieurs arrêts.

Dans l'arrêt *Belzberg*¹⁶, la Cour d'appel de l'Alberta a imposé à l'accusé, qui avait tenté de corrompre un conseiller municipal, une peine de six mois de prison. Le tribunal a déclaré : « L'infraction (commise par l'accusé) ne lèse pas les droits d'une seule personne mais de toute la collectivité parce que c'est une tentative de saboter l'intégrité. »

La Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Bergeron*¹⁷; confirmant la sentence d'un an de prison et \$5000.00 d'amende imposée par le juge de première instance, a repris les motifs de celui-ci :

« Considérant que l'accusé était un fonctionnaire public jouissant de la confiance du public et que l'infraction qu'il a commise était plus grave parce qu'il était le maire de la municipalité;

Considérant que la bonne administration des affaires municipales repose sur la loyauté et l'intégrité des fonctionnaires publics;

Considérant qu'il est du devoir du tribunal de démontrer à ceux que l'appât du gain pourrait conduire à commettre de semblables infractions que le crime ne paie pas. »

14. *Supra*, note 8.

15. Traduction libre.

16. *R. v. Belzberg*, (1961) 35 C.R. 297.

17. (1972) 17 C.R.N.S. 85.

L'arrêt *Haineault*¹⁸, rendu par la Cour d'appel du Québec a également maintenu un emprisonnement d'une année contre un échevin d'un conseil municipal qui avait accepté un pot-de-vin de \$3000.00. Dans ses motifs, la Cour déclare qu'un membre d'un conseil municipal joue un rôle semblable à celui du fiduciaire à l'égard de la localité qu'il représente. Fait significatif, le tribunal s'étonne de ce que le législateur n'ait pas prévu une peine plus sévère pour cette infraction !

Cependant, les tribunaux seront plus cléments si les faits ne mettent pas directement en cause une trahison. L'acceptation d'une gratification par un fonctionnaire qui n'a pas obtenu la permission de son chef de service est passible des mêmes peines qu'un acte caractérisé de corruption. Mais, si la gratification n'est pas excessive et surtout si elle n'apparaît pas comme la contrepartie de l'exercice du pouvoir en faveur de celui qui l'a donnée, le tribunal ne suivra pas le législateur sur le terrain de la fiction. Il considérera l'infraction comme étant de nature plutôt technique et la sentence qu'il imposera traduira cette perception.

Nous avons un exemple de cette attitude dans l'affaire *Tanguay*¹⁹. L'accusé, un fonctionnaire d'une société de la Couronne, avait accepté d'un entrepreneur en relation d'affaires avec le gouvernement, un cadeau de Noël assez somptueux, soit un poste de télévision. Le juge de première instance avait sursis au prononcé de la sentence et avait imposé une ordonnance de probation. En appel, la Cour a modifié cette sentence pour y substituer une libération inconditionnelle, ce qui permettait à l'accusé de conserver et son poste et les avantages complémentaires s'y rattachant, y compris la pension. En opérant cette substitution la Cour d'appel commente la sentence du premier juge en reconnaissant que celui-ci avait voulu réprimer des « pratiques abusives et repréhensibles », mais que cette sentence, impliquant le renvoi de l'accusé, est trop exemplaire compte tenu des facteurs subjectifs de l'affaire.

On constate donc que les règles jurisprudentielles et législatives ayant trait à l'imposition des sentences permettent aux tribunaux de distinguer entre les cas d'indélicatesse, péchés plutôt véniels, et les véritables détournements.

1.2.2. Les sanctions pécuniaires et professionnelles

En plus de la sanction classique du droit pénal, l'emprisonnement et l'amende, les auteurs des diverses infractions étudiées plus haut

18. (1965) 44 C.R. 131.

19. 1975, 24 C.C.C. 77.

s'exposent à des sanctions pécuniaires et professionnelles. Cependant ces sanctions ne sont pas aménagées dans un régime unitaire : il faut les retracer à travers diverses lois. Cela dépend en partie du partage des compétences législatives propre à la fédération canadienne, en partie du mode particulier de rédaction des lois que l'on retrouve au Canada.

Il est possible d'envisager l'action en dommages et intérêts contre l'auteur d'une infraction de corruption. Le contrat qui aurait dû être accordé, l'emploi ou la charge qui aurait été offert sont sources de revenus et le manque à gagner peut justifier l'action en dommages. De même, l'acte criminel du détenteur du pouvoir et de son complice sont bien évidemment des fautes. La difficulté, toute pratique, provient du rapport de causalité qui doit exister entre ces deux éléments.

Il sera parfois difficile de démontrer que, n'eût été l'action du défendeur, l'entrepreneur évincé aurait obtenu le contrat, ou le postulant malheureux la charge ou l'emploi. Cette difficulté écartée, rien ne s'oppose au succès de l'action.

La *Loi de l'administration financière*²⁰ tente d'assurer que Sa Majesté ne sera pas privée de ses revenus légitimes. L'article 91 de cette Loi prévoit en effet que :

Si, en raison d'un acte illégal, d'une négligence volontaire de ses devoirs ou d'une insouciance flagrante par une personne employée à la perception ou réception de deniers publics, une somme d'argent se trouve perdue pour Sa Majesté, cette personne est responsable de la somme ainsi perdue comme si elle l'eût perçue et reçue, et ladite somme peut être recouvrée d'elle comme si elle l'avait perçue et reçue. S.R., c. 116, art. 91.

Quant aux sanctions professionnelles, elles sont prévues par le *Code criminel*, certaines lois fédérales et provinciales ainsi que par les règlements.

L'article 682 du *Code criminel* prononce des incapacités pour les personnes exerçant une « fonction relevant de la Couronne ou un autre emploi public » et qui sont condamnées à l'emprisonnement pour plus de cinq ans. Dans ce cas, « (...) la fonction ou l'emploi devient immédiatement vacant. » Tant que cette personne n'a pas « (...) subi sa peine ou reçu de Sa Majesté un pardon absolu, elle est incapable d'occuper une fonction relevant de la Couronne ou un autre emploi public, ou d'être élue, de siéger ou de voter comme membre du Parlement ou d'une législature, ou d'exercer un droit de suffrage. » De plus, condamnée pour une infraction visée par les articles 110, 113 ou 376 (la

20. S.R.C. 1970, c. F-10.

vente de marchandises défectueuses à Sa Majesté), elle n'a plus qualité pour passer un contrat avec le gouvernement ou d'occuper une fonction relevant de la Couronne.

Les incapacités créées par l'article 682 peuvent paraître sévères; l'une d'elles ne l'est pas en réalité puisqu'elle dépend d'une condamnation ferme à cinq années. Or une telle sentence sera relativement rare dans ce domaine puisqu'un grand nombre d'infractions de détournement de pouvoir comportent des peines maximum moins longues. Cette restriction ne s'applique pas à l'incapacité de contracter prévue à l'alinéa (3); par contre, celle-ci ne vise pas tous les cas.

La question se pose de savoir quelle sanction l'on réservera aux fonctionnaires qui ont été condamnés à des peines inférieures à cinq ans.

En ce qui regarde les juges, il faut distinguer entre les juridictions inférieure et supérieure. Un juge de comté peut être révoqué par le Gouverneur en conseil (c'est-à-dire par le Gouvernement) pour mauvaise conduite. Un juge de juridiction supérieure, cependant, ne peut être déplacé que par un vote des deux chambres du Parlement. Cela ne s'est jamais produit au Canada²¹.

La loi n'a pas expressément prévu le cas des fonctionnaires de la fonction publique fédérale. Ceux-ci sont nommés pour une période indéterminée, « durant le bon plaisir de Sa Majesté ». On peut présumer que ce bon plaisir ne se manifesterá plus à leur égard du moment qu'ils ont commis une infraction, d'autant plus que tout fonctionnaire doit prêter serment de « remplir avec fidélité et honnêteté » les fonctions qui lui incombent.

Le juge révoqué ou le fonctionnaire renvoyé ne sont pas au bout de leurs tribulations. La plupart des codes déontologiques prévoient la radiation de leurs membres pour des actes préjudiciables à la dignité de la profession. Il en est ainsi notamment de l'Ordre des avocats. Le condamné sera donc dans l'impossibilité d'exercer sa profession, soit pour une période déterminée, soit pour la vie. De plus, il perdra les avantages complémentaires découlant de son emploi, c'est-à-dire l'apport de l'employeur au régime de pension.

21. Cependant les juges des cours provinciales inférieures peuvent être destitués par le Gouvernement québécois sur rapport de la Cour d'appel. Voir H. BRUN et D. LEMIEUX, « Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu ? », (1977) 18 *C. de D.* 265.

2. Les excès de pouvoir

Ordinairement, celui qui excède son pouvoir le fait pour un bon motif. C'est particulièrement le cas des policiers et de ceux qui sont responsables chez nous des poursuites criminelles. Cet excédent de zèle ne va pas sans susciter des difficultés, voire même des paradoxes, puisqu'il peut d'une part exposer celui qui a cédé à la tentation de son pouvoir à des sanctions criminelles et, d'autre part, il peut mettre en cause la légitimité de la répression. Nous allons voir quelles sont, au Canada, les principales manifestations de ces excès de pouvoir et quelles en sont les incidences en droit pénal.

2.1. Les actes abusifs

Ceux-ci s'étageront à partir de l'illégalité la plus flagrante jusqu'au simple manque de loyauté.

2.1.1. Les actes illégaux

De façon générale, mais non universelle, ce sont les exécutants, c'est-à-dire les policiers, les agents de la paix, qui seront exposés à commettre des illégalités. Ces illégalités prendront deux formes : ou bien le policier agira alors que la loi ne lui donne pas le droit d'agir, ou bien il agira dans un cas prévu par la loi mais sans respecter les limites que cette loi lui impose.

L'alinéa 1^{er} de l'article 450 du *Code criminel* énumère les trois cas où un agent de la paix peut arrêter quelqu'un sans mandat. Les trois cas sont ceux, tout d'abord, du flagrant délit d'infraction, qu'il s'agisse d'acte criminel ou d'infraction proprement dite. Un second cas, plus délicat, est celui où l'agent de la paix estime qu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire qu'il existe un mandat exécutoire contre la personne que l'on arrête. Le troisième cas est plus délicat encore et c'est ce troisième cas qui a alimenté un contentieux considérable, c'est celui où l'agent de la paix croit pour des motifs raisonnables et probables qu'une personne a commis un acte criminel ou est sur le point de le commettre. Ce troisième cas présente deux zones de difficultés. L'agent de la paix doit avoir une croyance « raisonnable et probable » et cette croyance doit porter sur un acte criminel, ce qui pose un problème parfois difficile de qualification²².

22. L'arrêt *Biron*, (1976) 23 C.C.C. (2d) 513, pose à ce sujet des difficultés considérables. Selon le jugement majoritaire dans cet arrêt, le droit d'arrêter pour une infraction

L'alinéa deux du même article vient compliquer encore plus la tâche du policier en lui enjoignant de ne pas arrêter sans mandat dans certains cas où la loi lui permet pourtant de le faire, s'il estime que l'arrestation ne serait pas dans l'intérêt public. Selon l'alinéa trois de l'article 450 cependant, cette limitation ne saurait avoir aucune conséquence en droit pénal puisque « (. . .) nonobstant l'alinéa 2 un agent de la paix agissant aux termes du paragraphe 1 est censé agir légalement et dans l'exercice de ses fonctions aux fins de toutes procédures en vertu de la présente loi ou de toute autre loi du Parlement. » Cela signifie que le défaut par le policier d'obéir à l'injonction de l'alinéa 2 pourrait avoir tout au plus des conséquences civiles.

L'article 455.3 permet à un juge de paix de décerner, à la suite d'une dénonciation assermentée, un mandat pour l'arrestation du prévenu. L'article 456 énonce que le mandat doit nommer ou décrire le prévenu, indiquer brièvement l'infraction dont le prévenu est inculqué et ordonner que le prévenu soit immédiatement arrêté et amené devant le juge de paix.

En dehors de ces cas, somme toute très restrictifs, un agent de la paix n'a aucun pouvoir d'arrestation. Il peut se produire néanmoins des cas où l'agent de la paix agit sans que la loi ne lui confère expressément le pouvoir. Ainsi dans l'arrêt *Frey v. Fedoruk*²³, la Cour suprême du Canada a affirmé le principe de la limite des pouvoirs d'arrestation. Dans cet arrêt, le demandeur, un voyeur qui avait satisfait aux impératifs de sa passion malsaine en espionnant à une fenêtre et avait été arrêté par l'occupant de la maison aidé d'un policier, s'était vu accordé des dommages et intérêts pour arrestation illégale. Les actes de « voyeurisme » ne figurant pas dans les incriminations du *Code criminel*, la personne détenue n'avait en effet commis aucune infraction qui put justifier l'arrestation effectuée par le policier.

L'arrêt *Koechlin v. Waugh et Hamilton*²⁴, de la Cour d'appel de l'Ontario, a consacré le même principe. Dans cette affaire un policier avait interpellé deux jeunes gens qui se promenaient tard la nuit. Sur le refus de l'un d'entre eux de s'identifier et de rendre compte de sa présence, il l'avait arrêté. La Cour d'appel l'avait condamné à des dom-

poursuivable par voie sommaire n'est pas restreint au cas du flagrant délit mais existe aussi en cas de flagrant délit « apparent ». Cette interprétation acceptable pour couvrir l'erreur de bonne foi du policier l'est moins lorsqu'elle conduit comme dans l'arrêt *Biron*, à priver un citoyen de son droit de résister à une arrestation mal fondée. L'arrêt est très instructif en ce qu'il démontre comment la philosophie politique peut prendre le pas sur les règles d'interprétation traditionnelles.

23. [1950] R.C.S. 517, 97 C.C.C. 1.

24. (1957) 118 C.C.C. 24.

mages et intérêts parce qu'il ne se trouvait pas dans l'un des cas prévus par la loi, ses motifs pour arrêter le jeune homme constituant tout au plus un soupçon que celui-ci avait commis un acte criminel. Or la loi exige que le policier ait des motifs raisonnables et probables de croire à la commission d'un tel acte criminel et l'absence d'une conviction fondée sur de tels motifs rendait illégale l'arrestation.

L'article 25 du *Code criminel* énonce :

Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi (. . .)

b) à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public,

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

L'article 26 qualifie l'emploi de cette force de la façon suivante :

Quiconque est autorisé par la Loi à employer la force est criminellement responsable de tout excès de force, selon la nature et la qualité de l'acte qui constitue l'excès.

Cette conjonction d'articles nous permet de déceler une autre source d'abus de pouvoir. Il s'agit de l'hypothèse où le policier opère une arrestation parfaitement légale mais, ce faisant, emploie une force excessive.

L'usage de cette force peut prendre plusieurs formes, allant des simples empoignades jusqu'à l'usage d'armes à feu. Dans tous les cas le critère pour la mesurer est celui de la nécessité. Le juge doit se demander si la violence utilisée a dépassé ce qui était nécessaire pour l'accomplissement de l'acte. Naturellement, l'appréciation de ce critère sera toujours empreinte d'une certaine subjectivité²⁵. D'une part, le juge aura tendance à tenir compte de la difficulté à évaluer dans certains cas avec précision, dans le feu de l'action, le degré de force strictement nécessaire; d'autre part la question de la crédibilité soulèvera souvent des difficultés : qui croire ? Le policier, l'auxiliaire de la justice et serviteur de la société ou celui qui se plaint de la violence excessive et qui est, lorsque l'arrestation est fondée, un vulgaire malfaiteur.

Comme l'arrestation, la perquisition est en droit canadien un pouvoir exceptionnel. Les articles 443 à 446 du *Code criminel* permettant la perquisition dans le but de découvrir des preuves matérielles d'une infraction. De plus, certaines dispositions spéciales, tel que l'article 181 en

25. Ainsi, dans *R. v. Marky*, [1976] 6 W.W.R. 390, la Cour suprême de l'Alberta, division d'appel, a reconnu l'état de légitime défense d'un homme qui avait infligé des blessures nécessitant 176 points de suture à une dame qui, au cours d'une rixe de taverne, avait attaqué à coups de pied ses parties viriles.

matière de maisons de jeux et de paris, 103 à 105 en matière d'armes offensives, et des lois comme celle des douanes et celle sur les stupéfiants permettent des perquisitions et des saisies dans des cas particuliers. Enfin, les règles générales de la *common law* permettent, par mesure de sécurité, la fouille des personnes arrêtées. En dehors de ces cas, le principe qui a cours est celui de l'inviolabilité de la personne et du domicile. Toute violation de ces limites, même dans le but de découvrir les preuves matérielles d'une infraction, constitue un acte illégal de la part des policiers.

Une fois l'arrestation effectuée l'inculpé, placé dans un lieu sûr en attendant de comparaître devant un juge, ne devrait plus avoir à craindre l'exercice de la violence de la part des policiers. Il arrive cependant que ceux-ci, placés devant la nécessité que leur impose le système accusatoire canadien de recueillir une preuve convaincante hors de tout doute raisonnable, cherchent à obtenir des aveux. En droit canadien, comme en droit anglais et américain, l'inculpé n'est nullement tenu d'assister la poursuite dans la découverte des preuves. Il est arrivé à certaines occasions que les policiers ayant la garde d'un accusé aient abusé des pouvoirs que leur confère la loi en prolongeant la détention de celui-ci afin de faciliter le passage à l'aveu. Dans certains cas, heureusement très rares, les policiers ont pu se laisser entraîner par leur zèle au point de faire subir à l'inculpé des mauvais traitements. Ces cas dépassent l'objet de la présente étude : ils ne représentent d'aucune façon un abus de pouvoir mais une simple infraction criminelle à laquelle la qualité de ses auteurs donne une coloration particulière sans incidence légale.

Depuis 1973, le législateur canadien a réglementé l'utilisation des tables d'écoute. Ce moyen d'enquête est maintenant soumis à un régime d'autorisation très exigeant qui nécessite, entre autres, l'intervention du procureur général d'une province ou du solliciteur général du Canada ou d'un mandataire expressément nommé par l'un d'eux. L'autorisation est accordée par un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle dans des cas bien précis et à des conditions très rigoureuses. Le défaut d'obtenir une telle autorisation prive un policier de toute protection légale s'il pratique une interception de communication privée; c'est alors le droit commun qui s'applique, c'est-à-dire l'article 178.11(1) qui incrimine l'interception de communications en assortissant cette infraction d'une peine de 5 années d'emprisonnement.

2.1.2. Les actes déloyaux

Ceux-ci peuvent être le fait des policiers ou des poursuivants. En effet, en dehors des cas de perquisition et du cas exceptionnel des tables

d'écoute, le processus de la découverte des preuves n'est pas régi par la loi. Néanmoins la jurisprudence a consacré un certain nombre de règles de *fair play* à toutes les étapes du processus pénal. Ces règles de *fair play*, de respect de l'équilibre des forces, pourrait-on dire, sont autant d'occasions prochaines de fautes en matière d'abus de pouvoir.

Ainsi, bien qu'aucun texte de loi ne réglemente les interrogatoires policiers, il existe quand même une déontologie de l'interrogatoire qui tient compte des droits de l'accusé et de la situation de force des enquêteurs. Les policiers doivent expliquer à l'accusé qu'il a le droit de ne faire aucune déclaration et que ses déclarations peuvent servir de preuve devant le tribunal. L'interrogatoire ne doit pas être précédé d'une détention trop prolongée, dans des conditions pénibles. On ne doit pas priver l'accusé du droit de communiquer avec son avocat.

Enfin, les policiers qui sont chargés de la détention de l'accusé ne doivent pas exercer sur lui des pressions indues pour qu'il plaide coupable à son procès, surtout lorsqu'il n'a pas d'avocat.

Certains manques de loyauté ne sont pas le seul fait des policiers. En droit canadien, où les poursuites se font au nom de la Couronne, celle-ci est représentée par un avocat que l'on appelle le procureur de la Couronne. Bien qu'il n'ait pas le statut d'un magistrat, sa fonction comporte de larges pouvoirs discrétionnaires qu'il exercera tant à l'égard de la décision de poursuivre qu'à l'égard de la conduite même du procès. Dans certains cas ses pouvoirs sont prévus par la loi; dans d'autres cas ils sont régis par une tradition déontologique.

Le procureur de la Couronne, dont l'ultime supérieur hiérarchique est le procureur général de la province où il exerce, ou, dans certains cas le procureur général du Canada, doit décider de l'opportunité des poursuites. Parfois il en déterminera aussi la modalité lorsque l'infraction est mixte, c'est-à-dire lorsqu'on peut poursuivre comme acte criminel ou comme infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. Le procureur général pourra exceptionnellement avoir recours à des modes spéciaux de poursuite qui auront pour but d'accélérer le déroulement des procédures, telle que l'accusation directe devant le jury. À toute étape du procès, mais avant le jugement, le procureur général pourra arrêter la poursuite par le dépôt du *nolle prosequi*. Enfin, certaines poursuites en première instance (telle l'accusation de « nudité publique ») et toutes les procédures d'appel exigeront l'autorisation expresse du procureur général.

Cette description théorique du rôle de la Couronne dans l'initiation et la continuation de la poursuite appelle un certain nombre de commen-

taires. D'abord, si pour accuser une personne d'un acte criminel, le procureur de la Couronne doit intervenir en signant un acte d'accusation, il faut dire que cette procédure s'accomplit parfois de façon routinière, sans que l'avocat de la Couronne ait pu prendre dans chaque cas, une décision éclairée. De plus, un grand nombre d'infractions sont poursuivies par voie de déclaration sommaire de culpabilité, à partir d'une dénonciation assermentée : la Couronne n'a pas eu l'occasion de poser un acte de décision. Souvent donc, la décision de poursuivre se limitera à entériner une procédure initiée par la police ou par un particulier²⁶.

Par ailleurs, le procureur de la Couronne ne se référera pas toujours au procureur général lorsqu'il s'agira d'interrompre la poursuite. Après la dénonciation, mais avant le dépôt de l'acte d'accusation, il pourra demander au tribunal le retrait de la plainte. Il pourra également déclarer ne pas avoir de preuve à offrir dans la cause et le tribunal acquittera.

L'exercice de pouvoirs discrétionnaires par le procureur général est assorti d'une garantie spéciale : celui-ci est un ministre du gouvernement et il doit répondre de ses actes devant le parlement. Normalement son ministère devrait être exempt de considérations partisans, mais le fond même de sa discrétion ne peut être que politique.

Le procureur de la Couronne, par contre, même si l'exercice de sa discrétion engage théoriquement et ultimement le procureur général, doit répondre en pratique à sa seule conscience. Les risques d'abus sont pourtant nombreux. Ainsi, il peut choisir de poursuivre alors que la preuve ne justifie pas une poursuite. Il peut poursuivre malgré la présence dans le dossier d'irrégularités graves. Ce sera le cas par exemple si l'acte criminel a été commis sur l'instigation de la police, dans le but de piéger l'accusé. Il peut se dédire et poursuivre malgré une promesse d'immunité faite par lui ou par la police. Il peut recommencer des poursuites déjà intervenues sur les mêmes faits. C'est le cas épineux de la multiplicité des poursuites.

Si la discrétion du procureur est considérable quant à l'initiation des poursuites, elle l'est aussi quant à la conduite de celle-ci. Le procureur de la Couronne est maître de sa cause dans les limites imposées par le droit de la preuve. Ainsi, il peut tenter de surprendre la défense en présentant des preuves au procès alors que ni l'accusé ni son avocat ne peuvent les prévoir, limitant la connaissance de la défense aux seuls actes de procédure. Il peut utiliser au procès des preuves obtenues irrégulièrement par les policiers, entérinant ainsi un comportement déloyal de leur part. Il peut faire des pressions indues sur le jury, soit en chargeant son

26. Voir à ce sujet : *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*, Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 15, p. 10.

réquisitoire de propos inflammatoires, soit en insistant sur sa propre conviction de la culpabilité de l'accusé.

Je n'ai pas encore abordé la pratique du *plea bargaining*, la négociation entre l'avocat de l'accusé et le procureur de la Couronne, dont l'objet est généralement l'échange d'un plaidoyer de culpabilité contre l'abandon d'un ou de plusieurs chefs, ou contre la « collaboration » de la Couronne au moment de la sentence.

Cette pratique de la négociation est extrêmement répandue puisqu'elle permet de soulager l'encombrement des rôles et diminue l'incertitude des procès criminels. Elle est cependant complètement para-légale lorsqu'elle porte sur les sentences, puisque celles-ci sont du seul ressort du juge. Bien qu'elles posent des difficultés sur le plan théorique, notamment en ce qui regarde la règle de la qualification la plus grave, il est question de soumettre ces négociations à un régime juridique dans lequel le juge serait amené à vérifier le consentement de l'accusé.

2.2. Les sanctions des excès

Elles sont directes lorsqu'elles visent l'auteur de l'abus, indirectes lorsqu'elles portent sur le résultat de l'abus.

2.2.1. Les sanctions directes

Avant d'évoquer les diverses sanctions qui s'appliquent à ceux qui ont commis des actes illégaux ou déloyaux dans le processus pénal, il est important de rappeler certains principes du droit criminel canadien qui régissent les rapports des citoyens avec les autorités.

D'une part, l'article 25 du *Code criminel* protège ceux qui agissent pour faire appliquer la loi :

Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi (. . .) est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

Signalons que l'action doit se fonder sur des « motifs raisonnables et probables »; cette norme d'action est plus exigeante que la simple bonne foi et exclut notamment toute erreur de droit.

L'article 118 apporte un renfort actif à l'agent de la paix dans l'exécution de son devoir en incriminant les personnes qui « l'entravent », c'est-à-dire qui rendent sa tâche plus difficile. « L'exécution de son devoir » implique que l'agent de la paix agit

conformément à la loi. Cette entrave constitue une infraction. De même, le fait d'exercer des voies de fait contre un agent de la paix agissant dans l'exécution de ses fonctions constitue une infraction passible de cinq années de pénitencier²⁷.

Lorsque l'agent de la paix commet un acte illégal, il perdra le réconfort et de l'article de la loi qui le protège personnellement, et de ceux qui renforcent son autorité. D'une part, il pourra être condamné en justice. Au pénal, si sa conduite constitue une infraction, au civil, s'il a causé des dommages. D'autre part, son illégalité privant ses actes de toute qualité officielle, les victimes de ses interventions pourront se défendre même en utilisant la force et la loi leur reconnaîtra ce droit.

L'article 245(1) incrimine les voies de fait simples; 245(2) les voies de fait causant des lésions corporelles. Cette infraction, passible d'un emprisonnement de 6 mois dans le premier cas et de 5 ans dans le second, exige l'intention. Toutefois, l'intention dont il s'agit ne tient aucun compte des motifs. Il suffit que la violence soit autre qu'accidentelle. De même, d'après l'article 244 qui définit les éléments de l'infraction, la simple menace effective d'appliquer la force ou la violence contre la personne d'autrui constitue les voies de fait.

C'est bien la sanction que peut encourir le policier qui a agi illégalement en arrêtant un individu, soit qu'il n'eut pas le droit de l'arrêter, soit qu'il ait excédé les limites de la force permise. S'il ne peut exciper de la protection exceptionnelle de l'article 25, c'est le droit commun qui s'appliquera et toute application de force, toute menace de recourir à la force, seront qualifiées voies de fait, simples ou graves, suivant leurs conséquences.

Si l'emploi de la force cause la mort, le policier pourra se voir accuser soit de négligence criminelle causant la mort, s'il a agi avec une « imprudence téméraire et déréglée », soit même de meurtre. L'article applicable serait alors 212(c) « (. . .) lorsqu'une personne, pour *une fin illégale*, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort, et conséquemment cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit ».

En outre, l'article 247(1) incrimine quiconque, sans autorisation légitime, séquestre, emprisonne ou saisit de force une autre personne. Cette infraction est passible d'un emprisonnement de 5 ans. Néanmoins une difficulté se pose quant au recours à cet article : puisqu'il s'agit d'une

27. *Code criminel*, art. 246(2).

infraction criminelle, la *mens rea*, l'intention coupable est exigée. Or dans un grand nombre de cas, même si le policier ne peut faire état de « motifs raisonnables et probables » qu'il était dans un cas permettant l'arrestation (critère objectif), il sera quand même difficile de lui imputer le degré de mauvaise foi que comporte la notion subjective de *mens rea*.

C'est la difficulté que rencontrera aussi une poursuite de « présence illégale dans une maison d'habitation », prévue à l'article 307. Cette incrimination exige en effet « l'intention d'y commettre un acte criminel ». Or le policier qui s'introduit ou se trouve irrégulièrement dans une maison d'habitation (c'est le cas de la perquisition illégale) ne s'y trouve pas dans l'intention de commettre un acte criminel. Le seul acte criminel qu'il y pourrait commettre serait le vol et celui-ci exige une intention « frauduleuse », ce qui ne saurait être le cas dans ces circonstances.

On voit donc que des sanctions pénales existent à l'égard des abus des policiers entraînant la violence contre les personnes, mais non à l'égard de toutes les illégalités qu'ils peuvent commettre. Il faut tout de même signaler que si la qualification pénale des comportements violents est théoriquement claire, la poursuite du policier rencontrera des obstacles pratiques. D'abord, si toute personne peut, dans le système accusatoire canadien, déposer une dénonciation, la poursuite sera conduite par le procureur de la Couronne. Il n'existe aucune action civile qui puisse contraindre la Couronne d'agir. De plus, dans un grand nombre de cas, le policier suscitera de la sympathie chez le juge ou le jury, qui tiendront sans doute compte de sa motivation. Enfin, celui qui accusera l'agent de la paix, en plus de susciter souvent le sentiment contraire auprès du tribunal, souffrira souvent, pour des raisons de circonstances ou de personnalité, d'une crédibilité déficiente. Il en résulte que la poursuite pénale ne constituera pas toujours une sanction efficace.

Aux sanctions pénales ordinaires, il faut ajouter les sanctions disciplinaires. Celles-ci sont appliquées par une commission de police, dont la composition varie suivant la localité. Parfois elle sera composée de fonctionnaires de la police. Parfois en feront également partie des juges ou de simples citoyens.

Bien qu'elles puissent parfois assurer un contrôle plus efficace que les tribunaux des actes abusifs de la part des policiers, ces commissions ne sont pas exemptes de tous reproches à la fois pratiques et doctrinaux. D'une part, leur composition n'est pas rassurante pour l'opinion publique, dans la mesure où celle-ci aura tendance à conclure (trop hâtivement peut-être) à la solidarité professionnelle. D'autre part, les actes abusifs risquent de faire l'objet d'une dépénalisation purement pratique, qui cadre mal avec le schéma législatif canadien.

Restent les sanctions civiles. On appliquera aux policiers qui auront commis des actes illégaux, la sanction ordinaire de la faute civile, l'action en dommages et intérêts. À cet égard, deux observations s'imposent.

D'abord, bien que le policier puisse être condamné aux dommages et intérêts, cette condamnation ne frappera ordinairement pas son employeur. La jurisprudence a décidé que l'action du policier, employé municipal, n'entraînait pas la responsabilité de la municipalité lorsque le policier agissait pour l'application du droit pénal. En effet, d'après ce raisonnement (très critiquable selon nous), l'agent de la paix tire ses pouvoirs du *Code criminel*, loi fédérale, et ne saurait engager la municipalité que lorsqu'il fait respecter un règlement municipal²⁸. Il en serait sans doute autrement pour les agents de la Gendarmerie royale ou des sûretés provinciales (organismes national et provinciaux respectivement).

Autre observation : l'action en dommages et intérêts n'a pas pour premier but de faire respecter la loi aux policiers, mais de compenser les dommages réellement causés. Or, même si une arrestation illégale a lieu, même si la détention qui s'ensuit est irrégulière, quels dommages peuvent être encourus s'il s'avère que le demandeur était coupable et s'il a été condamné ? Bien que sa culpabilité n'ait rien à voir avec l'observation ou la non-observation par le policier des règles régissant l'arrestation, cette culpabilité deviendra un facteur de premier ordre dans l'appréciation du dommage. Dans les provinces canadiennes dont le droit civil s'inspire de la *common law*, cette difficulté est résolue par l'existence des dommages punitifs qui sont d'ailleurs fréquemment employés en matière de « fausse arrestation ».

La même observation peut s'appliquer aux cas de perquisition illégale. Il sera très difficile dans ce cas, à partir d'une présence temporaire de l'agent de police dans un local quelconque, d'établir l'existence d'un dommage réellement subi. Dans les provinces anglophones cette question est réglée par l'action en *trespass*, qui pourra conclure elle aussi à des dommages punitifs.

28. L'arrêt *R. v. St-Pierre*, [1971] C.A. 758, utilise en droit pénal, quant aux qualifications des articles 101 et 104 (aujourd'hui 109-112) une distinction entre agent de paix et fonctionnaire municipal, calquée sur la distinction civile entre agent de la paix exerçant des pouvoirs en vertu du droit criminel et agent de la paix préposé de la municipalité. Sans contester nécessairement le bien fondé de cette distinction, n'aurait-il pas mieux valu la faire reposer sur des motifs de politique criminelle plutôt que sur une jurisprudence en matière de responsabilité civile ?

Il est difficile de prévoir des cas où des actes seulement déloyaux pourraient donner lieu à des sanctions directes. En ce qui regarde les policiers, les observations déjà formulées s'appliquent ici.

Quant aux procureurs de la Couronne, bien que théoriquement ils soient soumis aux règles disciplinaires de l'Ordre des avocats, cette obédience peut entrer en conflit avec l'exercice de leurs fonctions. La dualité d'obédience peut tout au moins gêner les syndics du barreau qui pourraient être chargés de contrôler la conformité déontologique des incidents de la poursuite²⁹.

2.2.2. Les sanctions indirectes des abus

Paradoxalement, les actes illégaux n'ont qu'exceptionnellement une incidence sur la régularité de la poursuite et la recevabilité de la preuve.

2.2.2.1. La recevabilité de la preuve

Le système accusatoire en vigueur au Canada implique une procédure contradictoire au procès. La preuve, qu'il s'agisse du dépôt de quelque pièce ou objet ou de témoignages, doit rencontrer certaines conditions de recevabilité avant de pouvoir servir à conviction. Or, règle générale, la condition de recevabilité la plus importante sera la pertinence au litige. L'irrégularité de l'obtention de la preuve ne sera pas du tout prise en considération. Le droit canadien ne fait que reprendre le droit anglais de la preuve, notamment les arrêts *Leathan*³⁰ et *Kuruma, fils de Kaniu*³¹. Dans l'arrêt *Leathan*, qui date de 1861, Lord Crompton a déclaré : « (. . .) peu importe comment vous avez obtenu ces choses qui sont produites en preuve; même si vous les avez volées, elles sont néanmoins recevables. » Cette formule assez crue n'a pas été reprise à leur compte par les tribunaux canadiens mais l'esprit de la règle est le même. Cependant, dans un arrêt postérieur, *Kuruma, fils de Kaniu*, la Chambre des lords a assorti la règle d'une exception : le droit d'un juge d'exclure une preuve dont la réception opérerait une injustice à l'égard de l'accusé. En 1970, la Cour suprême du Canada a sonné le glas de cette exception dans l'arrêt *Regina v. Wray*³².

29. Dans l'arrêt *Barreau de Montréal v. Wagner*, [1968] B.R. 235, la Cour d'appel a statué que les règlements disciplinaires ne pouvaient, à moins d'une disposition expresse de la loi, s'appliquer à la Couronne.

30. *R. v. Leathan*, (1861) 8 Cox C.C. 498.

31. [1955] A.C. 197.

32. [1971] R.C.S. 272.

Dans cette affaire, la Couronne avait tenté de faire recevoir une preuve découverte par la police à la suite d'un aveu que l'on avait extorqué à l'accusé. Lorsqu'un aveu est irrecevable, et qu'une preuve est découverte à la suite de cet aveu, la preuve matérielle découverte est recevable ainsi que la partie de l'aveu corroborée par la preuve matérielle. Cependant, le juge de première instance, vu les moyens particulièrement repréhensibles utilisés par la police pour extorquer l'aveu, avait prétendu tout rejeter pour le motif que la réception de cette preuve « entraînerait une injustice à l'égard de l'accusé et discréditerait l'administration de la justice. » Confirmé en appel, le jugement a été cassé par la Cour suprême du Canada, qui a nié l'existence du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de rejeter une preuve pertinente au litige au nom de la justice naturelle et de la probité de l'administration de la justice. Il ressort donc de l'arrêt *Wray* que les tribunaux ne peuvent sanctionner les abus de pouvoir en déclarant irrecevables les preuves obtenues à la suite de tels abus.

Il existe cependant des exceptions à cette règle. D'une part, les tribunaux canadiens se sont toujours reconnu le pouvoir d'exclure des preuves dont la valeur probante est faible si le risque de préjudice à l'accusé est grand. Il en sera ainsi de certaines preuves tendancieuses, telles les photographies montrant la victime baignant dans son sang. À moins que celles-ci ne présentent un intérêt particulier démontrant que l'accusé a bien commis le crime, le juge les exclura.

L'article 178.16 du Code criminel aussi une exception particulière :

Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inapplicables en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins :

- a) que l'interception n'ait été faite légalement; ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.

Cependant, l'alinéa 2) de cet article permet au juge de recevoir une telle preuve « (. . .) si son exclusion peut empêcher que Justice soit rendue. »

Pourquoi cette dérogation au droit commun, dérogation dont l'audace est tempérée par le pouvoir du juge d'admettre quand même la preuve illégale pour éviter l'injustice ? Principalement parce que la réglementation des tables d'écoute a posé un cas de conscience au législateur canadien. L'insécurité provoquée au pays par la vision apocalyptique d'un gouvernement espionnant ses citoyens a suscité des réactions très fortes au Parlement. Le Canada s'est inspiré pour cette

modification législative d'un modèle inhabituel pour lui, la législation américaine. Or la règle américaine quant à la preuve irrégulièrement obtenue est celle de l'exclusion. La preuve est considérée (selon une formule très éloquente) comme « le fruit de l'arbre vénéneux ». C'est cette doctrine que l'arrêt *Wray* a refusé d'embrasser mais qui a été adoptée par le Parlement canadien pour le cas unique des tables d'écoute.

On peut ajouter à ces deux exceptions véritables à la règle de la recevabilité des preuves obtenues par des moyens abusifs, deux exceptions apparentes. D'une part, la loi crée parfois des présomptions dont l'effet sera de renverser le fardeau de la preuve, comme à l'article 180(c) :

la preuve qu'un matériel de jeu a été découvert dans un local où l'on est entré sous l'autorité d'un mandat (. . .) constitue, en l'absence de toute preuve contraire, une preuve que le local est une maison de jeu (. . .)

Si la découverte du matériel de jeu a été faite régulièrement, c'est-à-dire par un agent de la paix muni d'un mandat en vigueur, le dépôt de la preuve fera jouer la présomption. Au contraire, l'absence de formalités sera fatale à la présomption. Cependant, même dans ce cas, le droit commun pourra autoriser la réception de la preuve dont l'effet probant sera celui d'une circonstance que le tribunal devra peser. L'abus par le policier n'aura donc pas de sanction quant à la réception de la preuve, mais seulement quant à son effet probant.

Enfin, les moyens abusifs employés par les policiers pour provoquer l'aveu extrajudiciaire de l'inculpé feront rejeter cet aveu par le tribunal. On pourrait croire qu'il s'agit là d'une sanction de l'abus; pourtant si cette règle a cet effet, ce n'est que par voie de conséquence. Le but de la règle est de garantir la véracité de l'aveu.

En droit anglo-canadien, l'aveu n'est recevable en preuve qu'à titre d'exception. En effet, la preuve d'un aveu ne peut se faire que par oui-dire, c'est-à-dire par un témoin qui viendra raconter non pas un incident faisant partie de la *res gestae* de l'acte qui a constitué l'infraction, mais la parole d'un autre témoin, en l'occurrence l'accusé. Or le droit anglo-canadien n'admet pas les preuves par oui-dire puisque ces preuves échappent au double contrôle du serment et du contre-interrogatoire. L'aveu peut toutefois fournir une garantie psychologique de véracité : il est fait contrairement à l'intérêt de l'accusé. Seule la vérité peut constituer un mobile assez puissant pour pousser celui-ci à avouer son crime. Il s'ensuit donc que l'aveu sera recevable en preuve à condition que les personnes en autorité n'aient pas faussé le jeu de l'intérêt. L'aveu sera donc recevable à condition que la poursuite établisse qu'il est « libre et volontaire », c'est-à-dire exempt de craintes ou d'espoirs suscités par des promesses ou des menaces des personnes en autorité.

Cette question de l'absence de menaces ou de promesses a alimenté un contentieux considérable en droit canadien comme en droit anglais. La jurisprudence a ainsi pu dégager une véritable déontologie de l'interrogatoire policier, dont la règle la plus importante est celle de la mise en garde qu'on doit formuler avant l'interrogatoire et qui informe l'inculpé de son droit de se taire. La non-observance de l'une ou l'autre de ces règles déontologiques n'entraînera pas fatalement le rejet de l'aveu; elle comptera cependant pour beaucoup dans la décision du tribunal de recevoir ou de rejeter l'aveu.

2.2.2.2. La régularité de la poursuite

Les abus même illégaux ne sont pas en soi un motif de rejeter la poursuite contre l'accusé. La saisine du tribunal se fonde sur l'existence d'une dénonciation régulière ou d'un acte d'accusation valide. Ce raisonnement conduit les tribunaux à s'estimer régulièrement saisis même si l'accusé a été illégalement arrêté. On applique la maxime *mala captus, bene detentus*.

Cependant, il existe certains cas où les tribunaux interviendront (parfois de façon un peu oblique) pour sanctionner les abus de la police. C'est le cas de l'*entrapment*, du piège tendu par la police à l'accusé³³. Aux États-Unis, lorsque la défense établit que les policiers ont tendu un piège à l'accusé de façon à lui faire commettre une infraction qu'il n'aurait pas commise de lui-même, le tribunal conclut à l'*entrapment* et acquitte³⁴. Cette doctrine américaine commence à être admise par les tribunaux canadiens, mais sans enthousiasme.

Ainsi, dans une affaire *Lemieux*³⁵ un agent provocateur de la police avait induit l'accusé à pénétrer par effraction dans une maison d'habitation dans l'intention d'y commettre un vol. Les policiers, qui avaient préalablement averti le propriétaire de la maison de la venue de ce visiteur du soir, attendaient l'accusé dans la maison. Condamné par le tribunal de première instance, la Cour suprême prononça son acquittement pour le motif qu'il manquait un élément à la commission de l'infraction : la connaissance préalable du propriétaire équivalait à son acceptation de la présence de l'accusé et excluait le *trespass* nécessaire pour constituer l'effraction. Cette analyse un peu étriquée des éléments de l'infraction de même que le refus tacite de la haute Cour de déceler l'infraction évidente de tentative que révélaient ces faits, témoignent à la

33. Voir Michael STOBER, « Entrapment », (1976) 7 R.G.D. 25.

34. *Sorrells v. U.S.*, (1932) 287 U.S. 435.

35. [1967] R.C.S. 492; [1968] 1 C.C.C. 187.

fois d'un désir de sanctionner l'abus des policiers et d'un refus d'admettre franchement l'exercice du pouvoir direct de contrôle judiciaire de tels abus. Cependant l'arrêt *Lemieux* n'a pas expressément exclu ce qu'il est maintenant convenu d'appeler la défense d'*entrapment*, qui a été admise par des tribunaux inférieurs.

La difficulté provient de ce que certaines infractions nécessitent de la part des policiers chargés d'en recueillir la preuve, un comportement tout au moins équivoque. Ainsi la preuve de la vente de stupéfiants est faite très souvent en démontrant qu'un policier a réussi à s'en procurer grâce aux bons offices de l'accusé. Ce n'est que lorsque l'accusé cède à des instances très pressantes du policier prétendument acheteur (lorsque le policier a prétendu par exemple être un narcomane en état de manque, qu'il a monté une mise en scène accompagnée de larmes, voire de menaces) qu'il agit en d'autres termes sur l'instigation réelle du policier, que le tribunal tiendra compte de l'abus et prononcera l'acquittement³⁶. Encore faudra-t-il que l'accusé puisse établir avec une certaine vraisemblance la véracité de ses dires.

Alors que le droit de la preuve est relativement fixé au Canada, le domaine de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite l'est beaucoup moins. L'arrêt *Wray*, pour critiquable qu'il soit, a au moins le mérite de définir de façon générale le degré de contrôle que le juge au procès possède sur la réception des preuves. Une tentative similaire de fixer le degré de contrôle judiciaire sur la procédure s'est échouée sur les écueils de la théorie du *stare decisis*.

Dans l'affaire *Osborn*³⁷, l'accusé avait été acquitté en septembre 1966 d'une accusation de fabrication de faux résultant de la possession de faux chèques. Après que la Cour d'appel eut maintenu l'acquittement, la Couronne l'accusa de nouveau, en mai 1967, mais cette fois-ci de complot pour utiliser les faux. Il fut trouvé coupable. La Cour d'appel de l'Ontario l'acquitta de cette 2^e accusation pour le motif que le tribunal de première instance aurait dû refuser d'entendre la poursuite. En effet, le long délai accompagné de l'appel de la Couronne transformait la poursuite en oppression de l'accusé.

36. La défense « à l'état pur » a été admise par l'arrêt *Shipley*, [1970] 2 O.R. 411. Cependant, l'arrêt *Kirzner* de la Cour d'appel de l'Ontario (*R. v. Kirzner*, (1977), 74 D.L.R. (3d) 351) conteste l'existence même de la défense en droit canadien. Cet arrêt a été porté en appel à la Cour suprême du Canada où son sort sera sans doute lié à celui de la théorie de l'*abuse of process*.

37. (1971) 1 C.C.C. (2d) 482.

La Cour suprême du Canada rétablit la condamnation par un arrêt dont la portée n'est pas à première vue évidente. Trois des juges de la Cour ont déclaré que les poursuites criminelles ne devraient pas être sujettes à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Trois des juges ont au contraire semblé reconnaître l'existence de ce pouvoir discrétionnaire. Tous les juges ont estimé qu'il n'y avait pas eu de poursuites oppressives puisque, d'une part, le droit de la Couronne de porter appel est un droit que reconnaît la loi et que, d'autre part, le procès verbal de la procédure antérieure indiquait que les délais avaient été occasionnés par le défaut de comparaître de l'accusé.

D'après l'application stricte de la doctrine du *stare decisis*, la seule règle qui ressort de *Regina v. Osborn* est que l'acquiescement dû à un défaut de qualification de la première accusation n'empêche pas la Couronne, dans certains cas, de formuler une nouvelle accusation fondée sur une qualification plus appropriée. Le délai occasionné par la procédure d'appel ne constitue pas un abus de pouvoir puisque le droit d'appel est expressément conféré par la loi.

La question du contrôle judiciaire de la discrétion de la Couronne n'est donc pas résolue³⁸. Une interprétation plus large de la portée de l'arrêt *Osborn* laisse toutefois entendre que le tribunal refusera d'intervenir lorsque la discrétion est conférée expressément par la loi. Il en a été ainsi lorsque la Couronne a déterminé conformément à la loi les modalités de la poursuite. La Cour suprême a respecté, dans une infraction mixte, le choix de la Couronne de procéder par voie de mise en accusation, choix que la défense avait attaqué comme étant une violation du *due process of law*, puisque ce choix exposait l'accusé aux peines attachées à la qualification criminelle plutôt qu'à celles moins sévères de l'infraction poursuivable sommairement³⁹.

De même, la décision de porter directement l'accusation devant le jury, privant ainsi l'accusé des avantages qu'il pourrait tirer de l'enquête préliminaire et du renvoi judiciaire au procès n'est pas non plus attaquable. Dans ces deux cas, la loi confère expressément le pouvoir à la couronne et les tribunaux ne sont jamais intervenus pour le motif que la

38. La Cour suprême, dans l'arrêt *R. v. Rourke*, (1977) 16 N.R. 181, s'est prononcée plus clairement. Dans cet arrêt unanime quant au résultat, cinq juges ont nié l'existence en droit canadien d'un pouvoir judiciaire de contrôle sur l'équité des poursuites. Cet arrêt, dont l'autorité est contestable vu le défaut de la Haute Cour de tenir compte de l'incidence de l'article 7(2) *C. crim.* sur l'existence au Canada de ce pouvoir discrétionnaire pourtant reconnu en Angleterre, va sans doute retarder la clarification de cette question.

39. *R. v. Smythe*, [1971] R.C.S.

décision prise pouvait, dans un cas donné, constituer un abus. On doit noter également que ces décisions, même si elles ont une portée judiciaire, sont de nature administrative et que les tribunaux manifestent une certaine répugnance à réformer l'exercice d'un pouvoir qui jouit d'une présomption favorable.

Cependant, il existe des situations assez peu fréquentes où le tribunal estimera que la poursuite a mal agi et qu'il ne peut, par son acceptation passive d'un abus évident de pouvoir, laisser discréditer la justice. Dans une affaire récente, un jeune homme, sous le coup d'une sentence avec sursis pour possession de stupéfiants, avait livré à la police une quantité de marijuana qu'il avait encore en sa possession, s'étant d'abord assuré qu'il ne serait pas poursuivi pour une infraction nouvelle. La Couronne, malgré sa promesse d'impunité avait quand même déposé une accusation. Mis au courant des faits, le juge a rejeté l'accusation⁴⁰.

Dans le système accusatoire canadien, le tribunal joue le rôle d'arbitre entre l'avocat de la Couronne qui dirige la poursuite et la défense. Le juge possède le pouvoir de décider, en accord avec les règles du *fair play*, des divers incidents du procès : faut-il accorder un ajournement, le cas échéant l'accusé a-t-il droit à un procès séparé de celui de ses co-accusés, etc. Il reste un large pouvoir de décision à l'avocat de la Couronne, en ce qui regarde l'administration de la preuve et les plaidoieries.

La question qui se pose est donc celle du contrôle ultime de ces pouvoirs. Certaines des décisions de la Couronne ne relèvent pas du strict droit de la preuve. Ainsi, la décision de communiquer préalablement la preuve à la défense, de faire entendre un témoin favorable à l'accusé, de mettre celui-ci au courant d'éléments qui pourraient profiter à la défense, relèvent de la discrétion de la Couronne dans la conduite de l'accusation.

Les abus qui peuvent se produire à cet égard sont très difficiles à contrôler. La jurisprudence n'accepte pas d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire relatif à la preuve à moins que le procureur n'ait été influencé par quelque motif détourné.

Cependant la déontologie du procureur de la Couronne l'oblige à agir dans le respect du *fair play*. S'il n'existe pas de sanctions judiciaires quant à l'administration de la preuve sauf en de rares hypothèses où le procureur aurait été « influencé par des motifs détournés », il demeure que celui-ci doit entretenir des rapports professionnels avec ses pairs, les avocats de la défense. Il en résulte donc une obligation para-juridique que

40. *R. v. Smith*, (1975) 30 C.R.N.S. 383.

respectent un grand nombre de procureurs de la Couronne. C'est en vertu de cette obligation notamment que le procureur de la couronne indiquera à l'avocat de la défense le nom des témoins qu'il entend présenter au procès, de façon à éviter que l'avocat de la défense soit pris par surprise. Bien que le défaut de se conformer à cette pratique ne soit pas sanctionné par le tribunal, un grand nombre de procureurs de la Couronne la suivent. Les sanctions morales sont parfois aussi contraignantes que les sanctions judiciaires.

C'est la déontologie qui inspire l'attitude du procureur de la Couronne dans le dernier acte qu'il pose dans un procès criminel : son réquisitoire. Bien qu'il ait essentiellement le même statut devant le tribunal que l'avocat de la défense, son rôle de défenseur de l'intérêt commun lui confère un prestige considérable auprès du jury. Le procureur de la Couronne qui, au cours de son réquisitoire, céderait à la tentation de miser sur ce prestige plutôt que sur la force probante de sa cause encourrait une sanction sévère : le juge au procès pourrait déclarer le *mistrial*, c'est-à-dire annuler les procédures et ordonner un nouveau procès. Cet abus de prestige constitue également un motif de cassation par la Cour d'appel. La Cour suprême du Canada, dans un arrêt important⁴¹ a bien défini à la fois le rôle spécial du procureur de la Couronne et les abus qu'il pouvait commettre dans son réquisitoire :

(...) il peut passer en revue la preuve et demander au jury de conclure à la culpabilité. Son devoir est d'assister le jury mais il excède son devoir lorsqu'il exprime par des propos inflammatoires ou vengeurs qu'il est lui-même persuadé de la culpabilité de l'accusé ou lorsque ses propos laissent entendre que l'enquête faite par la couronne est telle que le jury devrait trouver l'accusé coupable.

L'unanimité de la jurisprudence canadienne à sanctionner les abus du pouvoir de requérir tiennent sans doute à l'image que les juges se font du procès. S'il est difficile de sanctionner les abus de pouvoir qui ont lieu dans les officines et les corridors, lorsque ces abus éclatent au grand jour et risquent de discréditer la justice, le mouvement « sanctionnateur » est spontané et ressemble à un mécanisme d'auto-défense.

La Commission de réforme du droit du Canada s'est penchée sur le problème des abus de pouvoir⁴². Le sens général de leur recommandation est de clarifier l'étendue des divers pouvoirs discrétionnaires en les assortissant de critères d'exercice. Les pouvoirs qui, comme la décision de poursuivre, resteraient discrétionnaires, seraient soumis à des contrôles politiques, comme tout acte de gouvernement.

41. *R. v. Boucher*, [1955] R.C.S. 16.

42. *Supra*, note 26.

Conclusion

La conclusion qui ressort de l'étude des infractions de détournement de pouvoir en droit pénal canadien est que la jurisprudence a assuré une certaine cohérence dans ce domaine. Cohérence quant aux qualifications, puisque les tribunaux ont perçu que le législateur avait visé l'exercice du pouvoir réel et que l'aspect fondamental des comportements incriminés était la trahison de la confiance qui doit exister entre le pouvoir et les citoyens. Cohérence aussi quant aux sanctions qui considèrent le défaut d'intégrité et la violation de la mission sociale comme une faute grave, en corrigeant toutefois la rigueur des textes lorsque les faits incriminés ne présentent pas un caractère de malhonnêteté flagrante.

Cette cohérence est moins évidente lorsqu'il s'agit de réprimer les abus de pouvoir. Il faut, bien sûr, reconnaître l'extrême difficulté de sanctionner directement un grand nombre de ces abus. Les circonstances de leur commission en rendent la preuve très difficile, puisque le pouvoir, au banc des accusés, jouit de toutes les garanties de la défense. Cependant, on pourrait souhaiter voir se vivifier le régime des sanctions indirectes par lesquelles on enlève aux détenteurs de pouvoir la motivation d'un zèle intempestif.

Dans le domaine de la preuve, ces sanctions existent de façon embryonnaire dans la règle de l'irrecevabilité des preuves irrégulièrement recueillies au moyen de tables d'écoute. Dans celui de la procédure, le rejet des poursuites en cas d'*entrapment* en est aussi un exemple.

Le pouvoir ne peut s'exercer en société démocratique s'il ne repose sur la confiance envers ceux qui l'exercent. Le danger que court le droit à ne pas réagir aussi fortement aux abus qu'aux détournements du pouvoir est de paraître le complice de ces abus. Certes, les objectifs de la répression sont importants, mais infiniment moins que l'aura de légitimité qui doit se dégager de ceux qui doivent les poursuivre.