

DROIT PÉNAL

l'immunité contre les poursuites

Document de travail 64

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve** (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 févr. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 févr. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque** (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête** (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury** (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration** (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat** (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite** (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes** (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)
28. *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal** (12 juin 1986)
29. *L'arrestation* (6 nov. 1986)
30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal : Volume 1* (3 déc. 1986)
31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal — Édition révisée et augmentée du rapport n° 30* (19 mai 1988)
32. *Notre procédure pénale* (21 juin 1988)

33. *Pour une nouvelle codification de la procédure pénale, Volume premier, Titre premier* (27 févr. 1991)
34. *Les peuples autochtones et la justice pénale* (11 déc. 1991)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Enfermement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions** (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit** (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux** (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel** (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects** (1984)
33. *L'homicide** (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques** (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)

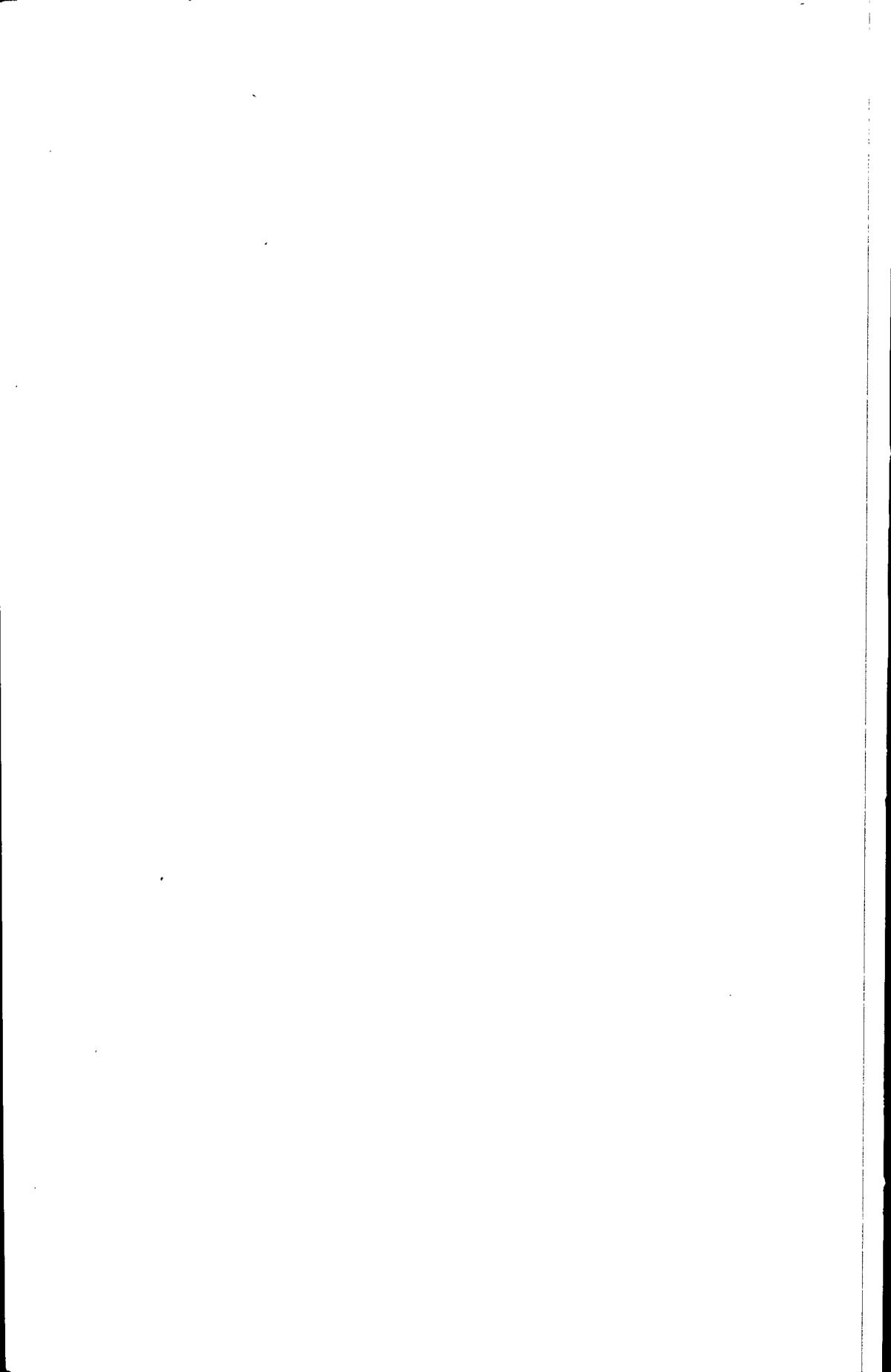
* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

38. *Les voies de fait** (1984)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale** (1985)
41. *L'arrestation** (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement* (1985)
45. *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
47. *La surveillance électronique* (1986)
48. *L'intrusion criminelle* (1986)
49. *Les crimes contre l'État* (1986)
50. *La propagande haineuse** (1986)
51. *Droit, objectifs publics et observation des normes** (1986)
52. *Les poursuites privées** (1986)
53. *La pollution en milieu de travail* (1986)
54. *La classification des infractions* (1986)
55. *Le document d'inculpation* (1987)
56. *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987)
57. *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès* (1988)
58. *Les crimes contre le fœtus* (1989)
59. *Pour une cour criminelle unifiée* (1989)
60. *Les discussions et ententes sur le plaidoyer* (1989)
61. *L'expérimentation biomédicale sur l'être humain* (1989)
62. *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990)
63. *L'autorité de la chose jugée, la réponse à l'accusation et le verdict* (1991)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130, rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

L'IMMUNITÉ CONTRE LES POURSUITES



Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 64

L'IMMUNITÉ CONTRE LES POURSUITES

1992

Données de catalogage avant publication (Canada)

Commission de réforme du droit du Canada

L'immunité contre les poursuites

(Document de travail ; 64)

Texte en français et en anglais disposé tête-bêche.

Titre de la p. de t. addit. : Immunity from prosecution.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 0-662-58710-3

N° de cat. MAS J32-1/64-1992

1. Poursuites judiciaires — Canada — Décision, Prise de. 2. Preuve (Droit pénal) — Canada. 3. Auto-incrimination — Canada. 4. Procédure pénale — Canada. I. Titre. II. Titre : Immunity from prosecution. III. Coll. : Document de travail (Commission de réforme du droit du Canada) ; n° 64.

KE9312.I55 1992

345.71'05042

C92-099531-4F

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1992

N° de catalogue J32-1/64-1992

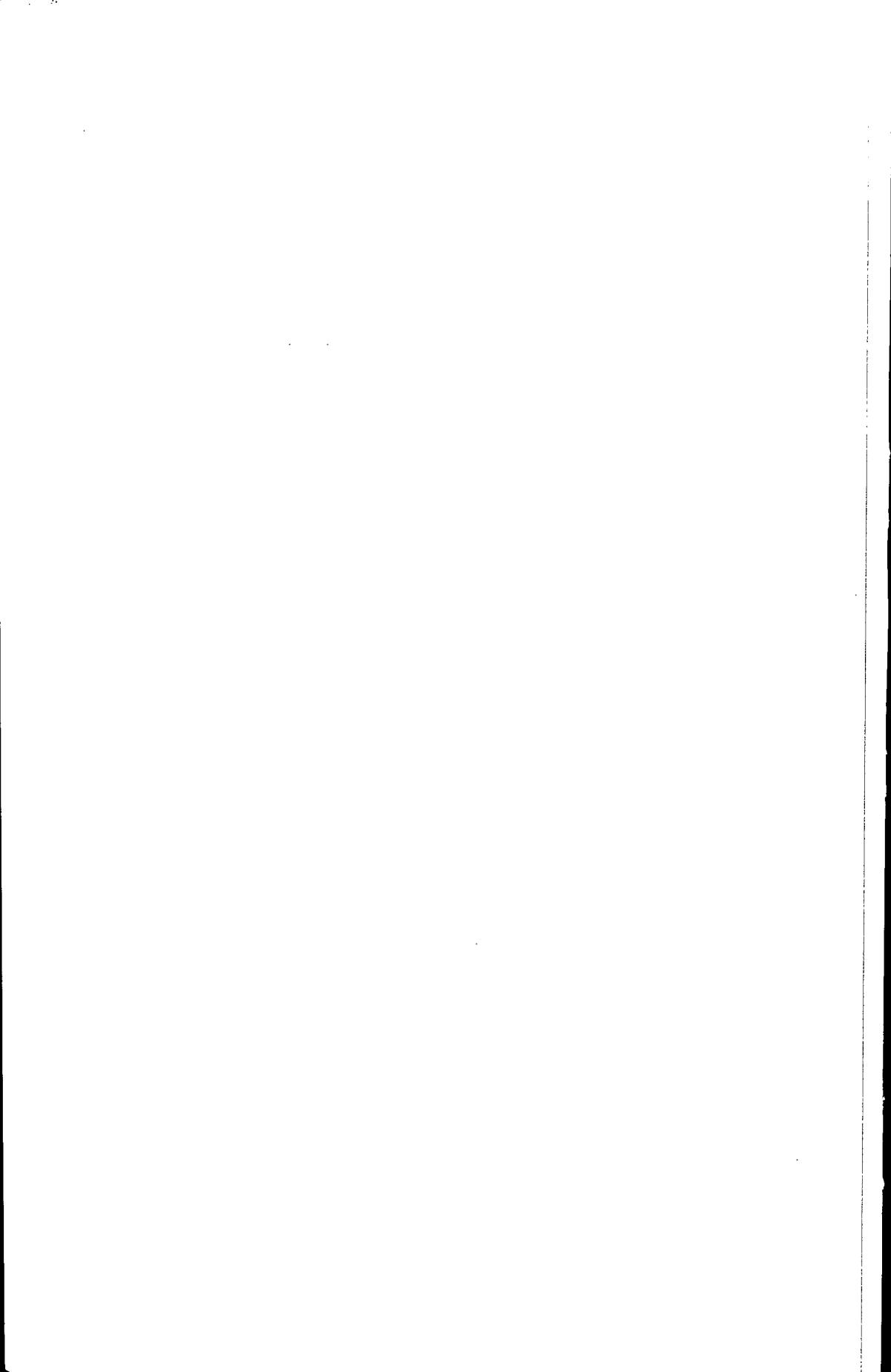
ISBN 0-662-58710-3

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa (Ontario)
K1A 0L6



La Commission

M^e Gilles Létourneau, président

M^{me} la juge Ellen Picard, vice-présidente*

M^e John Frecker, commissaire

M. le professeur Jacques Frémont, commissaire**

Secrétaire

François Handfield, *B.A., LL.L.*

Coordonnateur de la Section de recherche en procédure pénale

Stanley A. Cohen, *B.A., LL.B., LL.M.*

Conseiller principal

Marc E. Schiffer, *LL.B., LL.M., J.S.D., LL.D.*

Conseiller

Patrick Fitzgerald, *M.A. (Oxon.)*

* M^{me} la juge Picard n'était pas membre de la Commission lorsque le présent document de travail a été approuvé.

** M. le professeur Frémont n'était pas membre de la Commission lorsque les consultations ont eu lieu.

Note de la rédaction

Conformément à la recommandation formulée dans le document intitulé *Égalité pour tous — Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, nous nous sommes fait un devoir de rédiger notre document de travail dans une langue non sexiste. Dans cette optique, et puisque le mandat de la Commission consiste à formuler des propositions en vue de moderniser les lois fédérales canadiennes, nous nous sommes conformés aux principes énoncés dans l'ouvrage publié sous le titre *Cap sur l'égalité — Réponse au Rapport parlementaire sur les droits à l'égalité*, relativement à la rédaction des lois, tant en français qu'en anglais. Aussi le genre grammatical des noms et pronoms utilisés pour désigner des personnes (« victime », « accusé », « juge », etc.) ne doit-il donc en aucun cas être interprété comme une indication du sexe de ces personnes.

Table des matières

REMERCIEMENTS	xiii
CHAPITRE PREMIER : Introduction	1
CHAPITRE DEUX : Questions d'ordre éthique	11
I. La commercialisation de la justice	11
II. Le secret	14
III. L'efficacité de la justice	15
IV. Atteinte à l'intégrité de la justice — la fin et les moyens	16
V. Injustice et inégalité	18
A. Égalité de tous devant la loi	18
B. Existence d'un recours juridique pour chaque préjudice subi	21
C. Droit de tout accusé à un procès équitable	21
VI. Les ententes portant garantie d'immunité : une pratique justifiable	22
CHAPITRE TROIS : La situation actuelle	23
I. Le pouvoir d'accorder l'immunité	23
II. L'attitude du public et des tribunaux à l'égard de l'immunité	29
III. Le contrôle judiciaire	31
IV. La divulgation	33
V. Les répercussions sur la preuve	35
VI. Le respect des ententes portant garantie d'immunité	41
CHAPITRE QUATRE : Nos propositions de réforme	49
I. Définition de l'entente portant garantie d'immunité	49
II. Le pouvoir d'accorder l'immunité	51

III. Opportunité de la garantie d'immunité : les circonstances devant être prises en considération	55
IV. Conduite à suivre en matière d'ententes portant garantie d'immunité	59
V. La forme et le contenu des ententes portant garantie d'immunité	62
VI. Conditions préalables au témoignage fourni par une personne jouissant de l'immunité	70
VII. Le respect des ententes portant garantie d'immunité	71
VIII. Irrecevabilité de certains éléments de preuve	74
IX. Rapport annuel	75
SOMMAIRE DES RECOMMANDATIONS	77

Remerciements

Nous tenons à exprimer notre gratitude envers toutes les personnes que nous avons consultées au cours de la préparation du présent document de travail. Tout au long de ses travaux, la Commission reçoit de façon suivie les conseils des membres de ses comités consultatifs permanents formés de juges, d'avocats en exercice (du ministère public et de la défense), de professeurs de droit et de chefs de police. Nous sommes redevables à chacun d'entre eux et nous nous devons de mentionner l'influence marquée qu'ils ont eue sur nos travaux.

Nous tenons également à souligner la contribution de l'Association des avocats de la défense de Montréal, représentée dans le cadre de nos consultations par son président, M^e Michel Massicotte, sa vice-présidente, M^e Isabel J. Shurman, et son conseiller, M^e Guy Cournoyer.

Enfin, nous désirons adresser nos remerciements aux membres du Groupe de travail sur certains aspects de l'administration de la justice en matière criminelle, établi par le ministre de la Justice et procureur général du Québec, et présidé par M. le juge Guy Guérin, ancien juge en chef de la Cour des sessions de la paix du Québec. Nous sommes reconnaissants à toutes ces personnes de la patience exemplaire dont ils ont fait preuve et de l'aide précieuse qu'ils nous ont apportée au cours des échanges qui ont eu lieu au sujet des épineuses questions traitées dans le présent document de travail.

Il va sans dire que les opinions formulées dans ce document ne reflètent pas nécessairement la position du Parlement ou du ministère de la Justice, ni l'opinion individuelle des personnes consultées.

CHAPITRE PREMIER

Introduction

Ce document porte sur les ententes par lesquelles le ministère public promet à une personne, moyennant contrepartie, de ne pas intenter de poursuites contre elle. Dans son document de travail n° 60, consacré aux discussions et ententes sur le plaider¹, la Commission avait brièvement évoqué la question. Ici encore, notre étude porte sur l'exercice par le ministère public d'un pouvoir discrétionnaire bien particulier ; il n'y sera donc question ni de l'« immunité de la Couronne² », ni des immunités consulaire et diplomatique³, etc., qui reposent sur des principes étrangers à nos préoccupations.

Comme nous l'avons écrit dans le document de travail n° 60, nous considérons que les ententes relatives à l'immunité sont d'une nature différente des ententes sur le plaider. Nous avons défini l'entente sur le plaider comme « toute entente suivant laquelle l'accusé accepte de plaider coupable, le poursuivant s'engageant en échange à adopter ou à ne pas adopter une ligne de conduite donnée⁴. » Dans l'entente sur le plaider, donc, la contrepartie donnée par l'accusé est toujours un plaider de culpabilité tandis que celle du poursuivant peut varier⁵. Dans l'entente portant garantie d'immunité, par contre, c'est la contrepartie offerte par l'« accusé potentiel » qui peut varier, tandis que celle du ministère public est toujours la même. Au lieu d'un plaider de culpabilité, l'intéressé fournit des éléments de preuve, des renseignements ou quelque autre forme de collaboration ; le ministère public, lui, promet toujours l'« immunité », d'une manière ou d'une autre.

1. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA (ci-après CRD), *Les discussions et ententes sur le plaider*, Document de travail n° 60, Ottawa, la Commission, 1989, p. 4.
2. Voir par exemple *R. c. Sellers* (1985), 73 A.R. 274 (B.R.) ; *Saskatchewan c. Fenwick*, [1983] 3 W.W.R. 153 (B.R. Sask.) ; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée* ; *R. c. Uranium Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551 ; *Société Radio-Canada c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 339 ; *Freshwater Fish Marketing Corp. c. Duchoninsky* (1982), 19 Man. R. (2^e) 358 (C.A.) ; *Procureur général de l'Alberta c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267 ; *R. c. Forest Protection Ltd.* (1979), 25 N.B.R. (2^e) 513 (C.S. D.A.) ; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218 ; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618 ; *R. c. Stradiotto* (1973), 11 C.C.C. (2^e) 257 (C.A. Ont.) ; *Canadian Broadcasting Corporation c. Attorney-General for Ontario*, [1959] R.C.S. 188 ; *R. c. Rhodes*, [1934] 1 D.L.R. 251 (C.S. Ont.) ; *R. c. Anderson*, [1930] 2 W.W.R. 595 (C.A. Man.) ; *R. c. McLeod*, [1930] 4 D.L.R. 226 (C.S. N.-É.). Voir aussi, sur l'immunité de la Couronne et sur des questions connexes, COMMISSION D'ENQUÊTE SUR CERTAINES ACTIVITÉS DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, *La liberté et la sécurité devant la loi*, deuxième rapport, vol. 1, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1981, pp. 396-410 (président : D.C. McDonald) (ci-après Commission McDonald).
3. Voir à ce propos, d'une manière générale, Sharon A. WILLIAMS et J.-G. CASTEL, *Canadian Criminal Law: International and Transnational Aspects*, Toronto, Butterworths, 1981, pp. 149-159. Voir aussi James E. HICKEY fils et Anette FISCH, « The Case to Preserve Criminal Jurisdiction Immunity Accorded Foreign Diplomatic and Consular Personnel in the United States » (1990), 41 *Hastings L.J.* 351, 358-362.
4. *Op. cit.*, note 1, pp. 4-5, 42.
5. Voir les exemples donnés dans CRD, *op. cit.*, note 1, p. 42.

L'entente portant garantie d'immunité peut, naturellement, être liée à une entente sur le plaider. Dans l'affaire *R. c. Ertel*⁶, pour prendre un exemple assez récent, il avait été convenu que deux personnes inculpées avec l'accusé et par la suite devenues témoins à charge au procès de ce dernier [TRADUCTION] « plaideraient coupable et déposeraient en faveur de la Couronne⁷ » et que [TRADUCTION] « la Couronne, en retour, abandonnerait l'accusation d'importation qui pesait contre elles [...] et recommanderait qu'elles soient condamnées à six mois d'emprisonnement quant à l'accusation de trafic⁸ ». Dans de tels cas, il est difficile de dire quelle part de la contrepartie donnée par la Couronne est attribuable à l'aide fournie par l'accusé (en l'occurrence, sa déposition), et quelle part est attribuable au plaider de culpabilité. Aussi, plutôt que de tenter de scinder ce qui forme souvent un tout indivisible, nous considérerons que les recommandations faites dans le présent document de travail s'appliquent à toute garantie d'immunité donnée « *en contrepartie totale ou partielle* d'un témoignage, de renseignements ou de toute autre forme d'aide ou de collaboration⁹ ».

Ces ententes se distinguent de celles où la prestation de l'accusé consiste également (en tout ou en partie) dans un témoignage ou des renseignements, tandis que celle du poursuivant a trait à autre chose qu'à d'éventuelles poursuites pénales. Le plus souvent, ces dernières ententes ont trait à l'influence que la collaboration de l'accusé pourrait avoir sur la détermination de la peine. (Dans l'affaire *R. c. Stone*¹⁰, par exemple, l'accusée s'était vu, selon les termes du juge Graham, [TRADUCTION] « promettre par le ministère public que si elle donnait des renseignements [...] et plaiderait coupable, elle ne serait condamnée qu'à l'amende minimale de 50 \$¹¹ ».) On décrit parfois ces garanties comme une forme incomplète d'immunité¹², mais le fait que leur exécution repose dans une large mesure sur les tribunaux (plutôt que sur les pouvoirs conférés au poursuivant) les rend qualitativement différentes.

6. (1987) 35 C.C.C. (3^e) 398 (C.A. Ont.).

7. *Id.*, 403 (J. Lacourcière).

8. *Ibid.*

9. Voir rec. 1, *infra*, p. 49 (mis en italiques par nos soins).

10. (1932) 58 C.C.C. 262 (C.S. N.-É.).

11. *Id.*, 267. Dans cette affaire, cependant, la nature de l'entente n'est pas parfaitement claire. Selon le juge Mellish (p. 266), [TRADUCTION] « on a présenté des éléments de preuve quant à des négociations entre [l'accusée] et la poursuite, au sujet de la peine qui lui serait infligée ». Cependant, selon le juge en chef Chisholm (p. 264), [TRADUCTION] « [l]a preuve [...] tendait à démontrer qu'il y avait eu certaines négociations entre l'accusée et les agents des douanes, au sujet de la possibilité d'une condamnation à une amende légère après un plaider de culpabilité ». Le juge Paton a déclaré (p. 268) : [TRADUCTION] « [L]e procureur de la Couronne reconnaît la conclusion d'une sorte de marché, qui selon lui n'a pas été respecté par l'accusée, ce qui a amené la poursuite à demander l'amende maximum ».

12. Voir A.T.H. SMITH, « Immunity from Prosecution » (1983), 42 *Cambridge L.J.* 299, 319-321.

Dans ce document de travail, nous nous intéressons surtout à l'immunité *contre les poursuites*, par opposition aux formes plus restreintes d'immunité des témoins¹³. L'octroi de l'immunité totale semble lié à une ancienne pratique anglaise (*l'approvement*) consistant à offrir le pardon aux complices et à leur permettre ainsi d'éviter d'être mis en accusation pour les infractions au sujet desquelles on souhaitait obtenir leur témoignage¹⁴. On peut le considérer comme faisant partie du [TRADUCTION] « pouvoir d'inculper ou non un accusé et de déterminer la nature de l'inculpation ou des inculpations¹⁵ ». Comme l'expliquait le juge Graburn dans la décision *R. c. Betesh* : [TRADUCTION] « Il est clair que le procureur général a non seulement le pouvoir de poursuivre quelqu'un, mais aussi celui de choisir sous quels chefs d'accusation il va le poursuivre. Il a en outre le droit

13. Voir 18 U.S.C. §§ 6001-6005 (suppl. 1991). Voir l'intéressante affaire *Re Allman and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2^e) 146 (C. comté C.-B.), où une déposition avait été obtenue par commission rogatoire aux États-Unis. Selon le juge McKinnon, pp. 147-148 :

[Traduction]

À la première audition à Los Angeles, les témoins ont refusé de répondre aux questions, invoquant, en vertu du Cinquième amendement, leur privilège contre les témoignages incriminants pour soi-même. Les procureurs des États-Unis ont fait une demande d'immunité, conformément aux dispositions du code en vigueur dans leur pays. [...] À l'appui de cette demande, les représentants du procureur général de la Colombie-Britannique et du procureur général du Canada ont produit un document par lequel ils accordaient aux témoins l'immunité contre toutes poursuites découlant de l'utilisation d'un témoignage obtenu par la contrainte. Le juge Real a ordonné aux témoins de répondre aux questions sans soulever le privilège relatif aux témoignages incriminants pour soi-même.

14. A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 303, citant *R. c. Rudd* (1775), 1 Leach 115, 168 E.R. 160. Voir aussi Leon RADZINOWICZ, *A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750*, vol. 2 [*The Clash between Private Initiative and Public Interest in the Enforcement of the Law*], Londres, Stevens, 1956, p. 53 (cité par A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 303, n. 17). Il serait apparemment encore possible, en droit anglais, de donner un pardon anticipé à cette fin (voir A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 303, où l'on cite *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 8, 606), mais en pratique, il semble qu'on n'accorde plus l'immunité par ce moyen : voir A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 303 ; John L.I. J. EDWARDS, *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, Londres, Sweet & Maxwell, 1984, p. 474. L'article XII des *Lettres patentes constituant la charge de gouverneur général du Canada* (1947), L.R.C. (1985), App. II, n° 31, autorise le gouverneur général « lorsqu'un crime ou une infraction aux lois du Canada a été commise pour laquelle le délinquant peut subir un procès en vertu desdites lois, à gracier tout complice, à l'égard de ce crime ou de cette infraction, qui fournira des renseignements pouvant amener la condamnation du délinquant principal, ou de l'un quelconque de ces délinquants s'il y en a plusieurs ». L'article l'autorise par ailleurs à accorder un pardon, soit absolu, soit conditionnel, « à tout délinquant déclaré coupable de tel crime ou infraction devant n'importe quel tribunal, ou devant n'importe quel juge, juge de paix ou magistrat administrant les lois du Canada ». Le paragraphe 749(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui traite du pardon, porte seulement que « [l]e gouverneur en conseil peut accorder un pardon absolu ou un pardon conditionnel à toute personne déclarée coupable d'une infraction ». Dans *R. c. Betesh* (1975), 30 C.C.C. (2^e) 233 (C. comté Ont.), où le poursuivant soutenait (pp. 244-245) que [TRADUCTION] « pour mettre fin à ces poursuites [...] il faudrait que le procureur général fédéral ait recours au *nolle prosequi* ou demande un pardon au gouverneur général en conseil conformément aux dispositions du *Code criminel* », le juge Graburn a répliqué (p. 245) [TRADUCTION] « qu'un pardon ne peut être accordé qu'à la suite d'une condamnation [...] », et qu'« aucune condamnation n'a été prononcée contre Betesh relativement à l'infraction en cause ».
15. *R. c. Naraindeen* (1990), 75 O.R. (2^e) 120, 127 (C.A.) (j. Morden) (il n'était pas question d'immunité dans cette affaire). On trouvera des exemples « célèbres » où le pouvoir discrétionnaire de ne pas tenter de poursuites a été exercé (il n'y avait pas eu de garantie d'immunité dans ces affaires) dans CRD, *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*, Document de travail n° 62, Ottawa, la Commission, 1990, pp. 72, 80, n. 303. Pour obtenir une vue d'ensemble des pouvoirs de poursuite et une étude de l'immunité dans ce contexte, voir Philip C. STENNING, *Appearing for the Crown: A Legal and Historical Review of Criminal Prosecutorial Authority in Canada*, Cowansville (Qc), Brown Legal Publications, 1986, pp. 243-245.

d'abandonner des poursuites déjà entamées, et le droit concomitant ou analogue de renoncer à poursuivre une personne pour des infractions qu'elle aurait commises¹⁶. » L'octroi de l'immunité, toutefois, ne consiste pas seulement dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire décrit par le juge Graburn ; c'est en fait la promesse (elle-même discrétionnaire) d'exercer ce pouvoir d'une façon particulière.

L'immunité contre les poursuites diffère de celle qui empêche uniquement l'utilisation ultérieure d'un témoignage incriminant. Cette immunité restreinte (*use immunity*), particulièrement importante là où la loi reconnaît aux témoins le droit de refuser de répondre à des questions susceptibles de les incriminer, garantit simplement au témoin que ses déclarations ne seront pas utilisées dans le cadre de procédures ultérieures contre lui. Au Canada, comme le soulignait récemment la juge Wilson de la Cour suprême du Canada¹⁷, cette protection est notamment prévue à l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁸.

Mais lorsque la loi oblige une personne à donner un témoignage qui pourrait l'incriminer, la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹ n'exige-t-elle pas qu'on lui garantisse davantage que la simple immunité contre l'utilisation du témoignage en question — peut-être même une protection absolue à l'égard de futures poursuites ? Tout texte obligeant des personnes à faire des déclarations susceptibles de les incriminer ne doit-il pas, en tout cas, leur donner en même temps la possibilité de bénéficier à tout le moins d'une immunité contre l'utilisation de leur témoignage ainsi que des éléments

16. Précitée, note 14, 243.

17. *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 476. Voir aussi *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, 1442, où la juge L'Heureux-Dubé a parlé de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, *infra*, note 18, comme d'une disposition relative à l'immunité.

18. L.R.C. (1985), ch. C-5. Voir sur cette question Ed RATUSHNY, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979, p. 399, n. 171. Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit que « Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit. » Le paragraphe (2) ajoute que :

Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer, ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

19. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., ch. 11)]. La Cour suprême des États-Unis, dans un arrêt de 1892 portant sur la protection offerte par le Cinquième amendement contre les témoignages incriminants pour soi-même (*Counselman c. Hitchcock*, 142 U.S. 547), avait déclaré : [TRADUCTION] « pour qu'une disposition législative soit valide, elle doit accorder une immunité absolue contre d'éventuelles poursuites pour l'infraction à laquelle la question se rapporte » (p. 506). Elle devait cependant battre en retraite il y a une vingtaine d'années dans l'arrêt *Kastigar c. United States*, 406 U.S. 441 (1972). À cette occasion, elle a en effet conclu que le privilège établi par le Cinquième amendement emportait forcément l'immunité contre l'utilisation à la fois du témoignage incriminant et des éléments de preuve obtenus grâce à lui, mais pas l'immunité absolue (*transactional immunity*) exigée dans l'arrêt *Counselman c. Hitchcock*.

de preuve obtenus grâce à lui ? Des décisions rendues en Angleterre et dans des pays du Commonwealth portent à le croire²⁰. Cette thèse a également reçu certains appuis au Canada, notamment dans l'arrêt *Thomson Newspapers*²¹ (opinion de la juge Wilson).

Nous n'avons pas ici à nous prononcer sur le point de savoir quelle devrait être l'étendue de l'immunité conférée aux personnes pouvant être légalement contraintes de faire des déclarations susceptibles de les incriminer. Nous dirons simplement que de l'avis de la Commission, les « principes de justice fondamentale²² » n'exigent pas l'octroi d'une immunité absolue. De toute façon, nous considérons qu'il serait manifestement très utile pour le poursuivant de jouir du pouvoir d'offrir soit la protection contre l'utilisation du témoignage et des éléments de preuve obtenus grâce à lui, soit l'immunité contre toutes poursuites pour l'infraction reliée au témoignage. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, après tout, ne favorise en rien l'obtention de témoignages (car il n'incitera personne à témoigner) ; il ne s'applique qu'aux personnes qui sont *déjà* des témoins²³, et ne prévoit aucune immunité à l'égard des infractions non liées à la déposition. En outre, l'immunité restreinte qu'il offre (même si l'on y ajoute les règles relatives à l'outrage au tribunal, à l'entrave à la justice, au parjure, etc.) risque fort de ne pas être suffisante pour inciter certains témoins à faire une déposition susceptible de les incriminer. Cette disposition ne saurait non plus, bien sûr, amener quiconque à coopérer avec la justice d'une autre manière, par exemple en fournissant certains renseignements ou en devenant indicateur²⁴.

20. Dans l'arrêt *Rank Film Distributors Ltd. c. Video Information Centre*, [1982] A.C. 380 (cité dans l'arrêt *Sorby c. Commonwealth of Australia* (1983), 57 A.L.J.R. 248, 253 (H.C.), cause civile tranchée par la Chambre des lords, lord Wilberforce a souligné que (p. 443) [TRADUCTION] « peu importe l'utilisation directe que l'on peut faire ou non de renseignements fournis ou de choses mises au jour en vertu des pouvoirs de contrainte du tribunal, il ne faut pas oublier qu'indépendamment de cela, le fait de les avoir fournis ou divulgués risque de déclencher un processus susceptible de déboucher sur une incrimination ou sur la découverte de preuves matérielles de nature incriminante ». Selon le lord juge (p. 443), [TRADUCTION] « la partie à laquelle on a demandé de révéler les faits ou les renseignements en question a, selon les règles établies, le droit d'être protégée contre ces conséquences. »

21. Précité, note 17. La juge Wilson a reconnu que l'obligation légale de donner un témoignage potentiellement incriminant pour soi-même exigeait davantage qu'une simple immunité contre l'utilisation de ce témoignage. La juge Wilson a reçu l'appui du juge Sopinka sur ce point, mais pas celui de ses autres collègues : le juge Lamer n'a pas estimé nécessaire de trancher la question, tandis que les juges La Forest et L'Heureux-Dubé (qui ont rédigé des opinions distinctes) ont estimé que la protection accordée par le paragraphe 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* était suffisante au regard de l'article 7 de la Charte.

22. Voir l'article 7 de la Charte, *infra*, note 47. Voir aussi *supra*, note 19.

23. Voir Marc L. SHERMAN, « Informal Immunity: Don't You Let That Deal Go Down » (1987-1988), 21 *Loy. L.A. L. Rev.* 1, 39, où l'on souligne ce fait dans le contexte de la législation américaine sur l'immunité.

24. Voir M.L. SHERMAN, *loc. cit.*, note 23, pp. 38, 43, toujours dans le contexte de la législation américaine sur l'immunité.

La pratique consistant à mettre certains criminels à l'abri de toute poursuite soulève des questions d'ordre éthique, philosophique et juridique. Elle a fait l'objet de critiques pour divers motifs, ce qui n'est pas étonnant. Pour certains, elle est contraire à l'équité²⁵. Comme le faisait observer le professeur Ed Ratushny, d'aucuns y voient la manifestation d'une inégalité de traitement : on protège un délinquant afin de pouvoir en faire condamner un autre²⁶. Certains pourraient ainsi estimer que l'abus des garanties d'immunité porte atteinte au principe d'égalité sur lequel repose le paragraphe 15(1) de la Charte²⁷. (Des accusés se sont appuyés sur cette disposition en prétendant que l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de poursuite avait donné lieu à des « poursuites sélectives²⁸ ».) Tout en nous gardant bien de formuler une opinion générale sur la question, nous croyons qu'il faut éviter toute simplification abusive. À notre avis, c'est une chose de prendre, en matière d'engagement de poursuites, des décisions discriminatoires fondées sur des « caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus²⁹ », ou de poursuivre d'une manière sélective les personnes appartenant à une « minorité discrète et isolée³⁰ ». Mais c'est une tout autre chose d'exercer le pouvoir discrétionnaire relatif à l'engagement de poursuites³¹ pour des motifs valides³² et selon des critères et des distinctions rationnels. La légitimité de ce pouvoir discrétionnaire (malgré les « différences de traitement³³ » auquel il peut donner lieu) a été reconnue par les tribunaux canadiens dans diverses causes où la Charte a été invoquée.

-
25. Paul BYRNE, « Granting Immunity from Prosecution », dans Ivan POTAS (dir.), *Prosecutorial Discretion*, Australian Institute of Criminology Seminar Proceedings, n° 6, p. 155, à la page 155, cité dans Ian TEMBY, « Immunity from Prosecution and the Provision of Witness Indemnities » (1985), 59 *Aust. L.J.*, 501, 510.
 26. E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 18, p. 400.
 27. Le paragraphe 15(1) dispose : « La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »
 28. Voir *R. c. Paul Magder Furs Ltd.* (1989), 49 C.C.C. (3^e) 267, 281-283 (C.A. Ont.). On a aussi contesté sans invoquer le paragraphe 15(1) la légitimité de différences dans les décisions prises quant à l'engagement de poursuites : voir *R. c. M.(G.G.)* (1991), 5 O.R. (3^e) 328 (Div. prov.), j. Karswick.
 29. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174, (j. McIntyre).
 30. *United States c. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938), cité dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 29, la juge Wilson (s'exprimant en son nom ainsi qu'au nom du juge en chef Dickson et de la juge L'Heureux-Dubé), p. 152, et le juge McIntyre, p. 183.
 31. Tel qu'il est formulé dans les recommandations 3, *infra*, p. 52, et 5, *infra*, p. 55.
 32. Voir cependant *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, où le juge La Forest (à l'opinion duquel ont souscrit le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre et Le Dain) a envisagé l'hypothèse d'une situation où « la poursuite était motivée par des considérations illégitimes ou arbitraires », et l'arrêt *R. c. Beare* ; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, où la Cour a également considéré d'une manière hypothétique « un pouvoir discrétionnaire [...] exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires » (j. La Forest, p. 411).
 33. L'expression est notamment utilisée par la juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1330, 1331.

Dans l'arrêt *Century 21 Ramos Realty Inc. and Ramos c. R.* ; *Ramos c. R.*³⁴, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a signalé que [TRADUCTION] « lorsqu'il s'agit d'une infraction à option de procédure, deux cas virtuellement identiques peuvent être traités de façon différente si le procureur général décide d'utiliser la procédure de l'acte d'accusation dans le premier et la procédure sommaire dans le second³⁵. » Au sujet de l'article 15 de la Charte, toutefois, la Cour a refusé de souscrire à l'idée que cette disposition interdit nécessairement toute distinction³⁶. Dans l'affaire *R. c. Lyons*³⁷, la Cour suprême devait déterminer si « le manque d'uniformité dans le traitement réservé aux personnes dangereuses, qui résulte du pouvoir discrétionnaire qu'a la poursuite de faire une demande en vertu de la partie XXI [partie XXIV du *Code criminel*, dans la version entrée en vigueur depuis], présente un caractère arbitraire inconstitutionnel³⁸. » Pour trancher la question, le juge La Forest³⁹ a rappelé que « la poursuite jouit toujours du pouvoir discrétionnaire d'aller jusqu'aux limites permises par la loi en poursuivant les criminels⁴⁰ ». Il semble bien que, dans ce domaine, peu de choses aient changé depuis l'époque où la Cour, dans l'arrêt *Smythe c. La Reine*⁴¹, a cautionné les observations suivantes : « Je ne puis concevoir de système d'application de la loi où aucune personne ayant autorité ne serait appelée à décider si une personne doit être poursuivie ou non pour une infraction alléguée. Il se présentera inévitablement des cas où une personne sera poursuivie tandis qu'une autre, peut-être également coupable, ne le sera pas⁴². »

34. (1987) 56 C.R. (3^e) 150.

35. *Id.*, 171.

36. *Ibid.* Voir aussi *Re Koleff and The Queen* (1987), 33 C.C.C. (3^e) 460, 464 (B.R. Man.), où l'on trouve le passage suivant : [TRADUCTION] « Chaque fois qu'un procureur ou un représentant de la Couronne prend une décision, la possibilité d'une inégalité de traitement existe, soit quant à l'accusation formulée, soit quant aux procédures utilisées pendant le procès. De telles inégalités font implicitement partie du processus et ne constituent pas une discrimination.

37. Précitée, note 32.

38. *Id.*, 347 (j. La Forest).

39. À l'opinion duquel ont souscrit le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre et Le Dain. Le juge Wilson, qui a rédigé son propre jugement, était d'accord avec le juge La Forest sur le point de savoir s'il y avait eu en l'espèce violation de l'article 9 de la Charte.

40. *R. c. Lyons*, précité, note 32, 348. Voir aussi l'arrêt *Beare*, précité, note 32, 410-411.

41. [1971] R.C.S. 680.

42. *Id.*, 686, observations du juge d'appel Montgomery dans l'arrêt *R. c. Court of Sessions of the Peace, Ex Parte Laffeur*, [1967] 3 C.C.C. 244, 248 (B.R. Qc). Voir aussi *R. c. Miles of Music Ltd.* (1989), 69 C.R. (3^e) 361, 387 (C.A. Ont.), où le juge Krever a déclaré (au nom de la majorité) : [TRADUCTION] « Un conducteur ayant commis un excès de vitesse ne saurait invoquer à titre de moyen de défense que la police n'a pas poursuivi tous les conducteurs qui ont dépassé la limite de vitesse au même moment sur la même route ».

D'autres arguments peuvent bien sûr être invoqués contre les garanties d'immunité. Les mécanismes instaurés en cette matière dans certains États ont été critiqués, par exemple, en raison de leur manque de précision et des risques de dissimulation⁴³. Par ailleurs, certains estiment que le recours excessif à ce moyen peut constituer une menace pour la primauté du droit⁴⁴. Selon eux, ceux qui possèdent des renseignements précieux (et bénéficient donc d'une « immunité potentielle ») risquent de s'enhardir et de commettre de nouvelles infractions⁴⁵. D'un autre point de vue, certains considèrent que les garanties d'immunité menacent la qualité de la preuve, et partant l'équité des procès pénaux, en incitant des criminels à des faux témoignages contre des accusés⁴⁶. Il serait même possible, nous n'en doutons pas, de prétendre qu'une condamnation obtenue grâce à la déposition d'un témoin bénéficiant de l'immunité est contraire à l'article 7 de la Charte⁴⁷. Nous ne pouvons prédire quel sort serait réservé par la Cour suprême à cet argument, mais il serait à notre avis regrettable que l'article 7 soit invoqué pour interdire au ministère public, d'une manière générale et pour des raisons de principe, d'utiliser la déposition de témoins à qui l'immunité a été garantie. Il est évident, comme l'a observé le professeur David M. Paciocco⁴⁸, qu'une condamnation résultant d'un parjure ne saurait être tenue pour juste. Mais la question est celle-ci : y a-t-il lieu de prohiber les ententes portant garantie d'immunité simplement à cause du *risque* que des témoins à qui l'immunité a été accordée se parjurent ? Pour notre part, nous répondons par la négative. On peut certes imaginer qu'un poursuivant présente un témoignage alors qu'il sait (ou devrait savoir) qu'il s'agit d'un parjure⁴⁹. Mais la situation est bien différente lorsque, en toute

43. P. BYRNE, *loc. cit.*, note 25, 155, cité par I. TEMBY, *loc. cit.*, note 25, 510.

44. A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 300, citant Joseph RAZ, « The Rule of Law and Its Virtue » (1977), 93 *Law Q. Rev.* 195, 201.

45. *Ibid.*

46. Dans l'arrêt *People c. Brunner*, 32 Cal. App. 3d 908, 913-914 (1973) (cité par M.L. SHERMAN, *loc. cit.*, note 23, 46), on peut lire :

[TRADUCTION]

[U]n témoin peut être influencé par ses espoirs et ses craintes au point où il promettra, pour obtenir une garantie d'immunité, de témoigner exactement comme le souhaite la poursuite. C'est en donnant satisfaction au poursuivant que le témoin peut obtenir sa liberté ; le poursuivant peut donc, en faisant miroiter une garantie d'immunité, faire dire au témoin ce qu'il veut. Ce danger est particulièrement sérieux lorsque le témoin sait qu'on attend de lui une déposition bien précise, sans laquelle il ne bénéficiera pas de l'immunité promise.

Voir aussi *United States c. Kilpatrick*, 594 F. Supp. 1324 (D. Colo. 1984), révisé par 821 F. 2d 1456 (10th Cir. 1987), cité par M.L. SHERMAN, *loc. cit.*, note 23, 55.

47. Aux termes de cette disposition, « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

48. Voir DAVID M. PACIOCCO, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto, Carswell, 1987, pp. 336, 339, 382. Comme l'indiquent les notes subséquentes, nous nous sommes considérablement inspirés du texte du professeur Paciocco pour arriver à la position exprimée ici quant à l'article 7 de la Charte. Nous tenons cependant à préciser que nous ne savons pas du tout si le professeur Paciocco serait d'accord avec les conclusions particulières auxquelles nous sommes arrivés.

49. Cette question est étudiée, dans les perspectives constitutionnelles américaine et canadienne, par D.M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 48, pp. 338-339, 344-346, 379-383.

bonne foi, il cite un témoin dont la déposition *pourrait* être peu digne de confiance⁵⁰. Dans la jurisprudence antérieure à la Charte (comme l'indique l'analyse du professeur Paciocco), des témoignages non dignes de foi ont été reçus dans diverses circonstances⁵¹. Les tribunaux mis au courant de l'existence d'éléments tendant à jeter un doute sur la crédibilité de la déposition d'un témoin à charge ont ordinairement présumé que le juge des faits était en mesure d'en apprécier la force probante (et de lui accorder la valeur qu'elle méritait), ou lui ont permis de se fonder sur elle, mais en fixant certaines conditions préalables touchant la corroboration⁵². Par conséquent, si le juge des faits reçoit toute l'information dont il a besoin pour apprécier la crédibilité du témoignage⁵³, nous ne pensons pas que le fait de recevoir la déposition d'un témoin bénéficiant de l'immunité doive être en soi tenu pour contraire aux « principes de justice fondamentale⁵⁴ ».

L'effet de ces critiques (et de certaines autres traitées au second chapitre) est peut-être amplifié par la rareté des justifications formulées dans la jurisprudence canadienne à l'égard de la pratique qui nous intéresse. Cette rareté est bien sûr attribuable au fait que les décisions en cette matière sont prises par le poursuivant plutôt que par le juge. Dans le domaine connexe de la détermination de la peine, où ce dernier joue un plus grand rôle, la prise en compte de la collaboration du délinquant a en effet été expliquée de façon assez élaborée⁵⁵.

50. Sur la recevabilité, en général, des témoignages peu dignes de foi, dans la jurisprudence antérieure à la Charte, voir D.M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 48, pp. 359, 373.

51. Voir D.M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 48, pp. 364-365.

52. Observation faite également par le professeur Paciocco dans son analyse de la jurisprudence antérieure à la Charte. Pour une analyse plus détaillée et plus précise, voir D.M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 48, pp. 359-391.

53. Sur l'importance de la capacité du juge des faits à apprécier le témoignage, voir D.M. PACIOCCO, *op. cit.*, note 48, pp. 359-375. Voir à ce sujet, rec. 13 (et le commentaire qui l'accompagne), *infra*, p. 70.

54. Article 7 de la Charte.

55. On peut prendre comme exemple l'arrêt *R. c. Laroche* (1983), 6 C.C.C. (3^e) 268 (C.A. Qc). Voir aussi *R. c. Swilishoff* (1950), 9 C.R. 428 (C.A. C.-B.) ; *R. c. Alfs* (1974), 17 C.L.Q. 247 (C.A. Ont.) ; *R. c. Twaddell*, 18 février 1976 (C.A. C.-B), tous cités dans Clayton C. RUBY, *Sentencing*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1987, p. 165, n. 191. Dans l'affaire *Laroche*, le délinquant [TRADUCTION] « n'a pas seulement admis avoir participé à une série d'actes criminels, mais il a révélé à la police le nom de ses complices dont certains étaient plus vieux que lui et étaient des criminels plus expérimentés, et il a fait une déposition qui a mené à la condamnation de plusieurs d'entre eux » (j. Montgomery, p. 270). Le juge Montgomery a conclu (p. 269) qu'il était « souhaitable de faire preuve d'une indulgence inhabituelle à l'égard de ce jeune homme » et (p. 270) qu'une peine d'emprisonnement « serait contraire à l'intérêt public », en invoquant les arguments suivants (p. 270) :

[TRADUCTION]

Le sens de l'honneur chez les voleurs peut paraître noble à certains, mais si c'est une vertu, ce n'en est pas une dont la police et les tribunaux peuvent se permettre d'encourager la pratique. L'intimé a rendu à la société un service qui pourrait bien comporter des risques pour sa personne. À tout le moins, il est peu vraisemblable qu'on lui fasse dorénavant confiance dans le milieu du crime et cela en soit est un indice qu'il n'a pas l'intention de fréquenter ce milieu à l'avenir. Je ne puis imaginer de plus forte preuve du désir, pour un criminel, de donner une nouvelle orientation à sa vie que le fait de dénoncer ses complices et de voir ceux-ci condamnés par la suite. À cause de sa collaboration passée avec les autorités, l'incarcération de l'intimé serait vraisemblablement très déplaisante — sinon dangereuse — pour lui.

Le juge Paré a ajouté notamment ceci (p. 271) : « [...] les délations dont ses complices furent l'objet de sa part, réduiront les probabilités qu'il puisse s'associer à d'autres comparses dans l'avenir. Ceci aura de toute façon pour effet de restreindre le champ de ses activités criminelles en commun avec eux par nécessité, sinon par choix. »

La moralité des garanties d'immunité ne repose pas, selon nous, sur l'idée que la délation ou le fait de témoigner en faveur du ministère public est une manifestation de repentir ou de volonté de s'amender⁵⁶. Nous voulons bien reconnaître, cependant, que la contrepartie offerte par un délinquant à qui l'on offre l'immunité (quelle que soit sa motivation) peut, dans des cas exceptionnels, suffire à effacer sa dette envers la collectivité⁵⁷. Nous ne trouvons pas non plus immoral en soi que le système permette de remettre certains coupables en liberté ; après tout, notre régime de justice pénale, avec ses protections élaborées, a toujours considéré que cela pouvait être opportun lorsque la société peut en tirer profit. On peut tolérer une certaine inégalité (conséquence inévitable de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire) lorsque les fins poursuivies le justifient. Nous reconnaissons certes qu'un recours fréquent aux garanties d'immunité risquerait d'émousser l'éventuel effet dissuasif des lois pénales, mais nous doutons que, employé à l'occasion et de manière judicieuse, ce moyen puisse avoir des effets négatifs de quelque importance sur la société⁵⁸.

Nous ne nions pas que l'exercice du pouvoir d'offrir l'immunité puisse donner lieu à des abus, comme c'est le cas de tout pouvoir discrétionnaire. Il ne faudrait surtout pas croire que la Commission appuie cette pratique sans réserve aucune. La moralité de toute entente de cette nature tient certainement, entre autres choses, à la pondération dont les autorités font preuve. Ainsi, il serait sans doute acceptable d'abandonner des poursuites pour un délit mineur en échange de renseignements qui permettraient de sauver une certaine de vies ; comme il serait vraisemblablement inacceptable de renoncer à poursuivre l'auteur d'une tuerie contre des renseignements qui permettraient de poursuivre une infraction de peu de gravité.

Nous partageons un bon nombre des inquiétudes manifestées au sujet des garanties d'immunité, qui à notre avis plaident vivement en faveur de la réglementation de cette pratique. Il nous paraît important, en particulier, de veiller à ce que la chose se fasse en conformité avec certaines normes morales et avec les principes fondamentaux qui ont guidé tout le travail accompli par la Commission dans le domaine de la procédure pénale⁵⁹. Toutefois, nous ne considérons pas que les garanties d'immunité sont immorales en soi ni qu'il y a lieu de les interdire. Avant d'entreprendre l'étude des aspects juridiques de la question et de présenter nos propositions concernant la réglementation de la pratique faisant l'objet de ce document, il nous faut préciser notre position sur les importants problèmes d'ordre éthique qu'elle soulève.

56. Voir Michael DAVIS, « Sentencing: Must Justice Be Even-Handed? » (1982), 1 *Law and Philosophy* 77, 91.

57. *Id.*, 92.

58. Voir Michael BAYLES, « Principles for Legal Procedure » (1986), 5 *Law and Philosophy* 33, 45-46, où cet argument est invoqué, au regard de l'éventuel coût moral de l'omission de condamner une personne coupable.

59. Voir CRD, *Notre procédure pénale*, Rapport n° 32, Ottawa, la Commission, 1988.

CHAPITRE DEUX

Questions d'ordre éthique

Les garanties d'immunité contre des poursuites soulèvent des questions non seulement sur le plan du droit mais aussi sur le plan de l'éthique. À ce chapitre, en effet, cette pratique semble prêter le flanc aux mêmes objections que le marchandage de plaidoyers⁶⁰. On pourrait estimer : qu'elle entraîne la commercialisation du système judiciaire en ouvrant la voie à la conclusion de « marchés⁶¹ » ; qu'elle nuit à sa transparence en permettant des accords secrets⁶² ; qu'elle en réduit l'efficacité en soustrayant des délinquants au bras de la justice⁶³ ; qu'elle compromet son intégrité, la fin étant considérée comme justifiant les moyens⁶⁴ ; qu'elle mine son impartialité, certains délinquants étant traités d'une manière différente des autres⁶⁵. Toute discussion des garanties d'immunité du point de vue de l'éthique devrait donc être axée sur ces cinq objections.

I. La commercialisation de la justice

Certains commentateurs critiquent les ententes portant garantie d'immunité pour le motif qu'elles entraînent une « commercialisation » de la justice. En 1215, rappelleront-ils, le roi Jean sans Terre s'engageait dans la Grande Charte à ce que la justice ne soit

60. Pour des motifs exposés dans le document de travail n° 60, *op. cit.*, note 1, pp. 3-4, la Commission a préféré abandonner l'expression « marchandage de plaidoyers », avec sa connotation négative pour retenir celles, non péjoratives, de « négociation du plaidoyer », « discussion sur le plaidoyer » ou « entente sur le plaidoyer », puisque l'objet de cette pratique n'est pas de permettre à l'accusé de s'en tirer « à bon marché », mais d'en venir à une entente satisfaisante.

61. *Ibid.*

62. Voir *supra*, le chapitre premier et les sources qui y sont citées.

63. *Ibid.*

64. La doctrine selon laquelle la fin justifie les moyens a été préconisée par MACHIAVEL dans *Le Prince*, ch. 15 et 18. Voir aussi John L. MACKIE, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth, Penguin, 1977, pp. 159-168.

65. Le principe directeur de la justice est souvent formulé en ces termes : « Traitez des cas semblables de la même manière » : H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 193-194.

vendue ni refusée à personne⁶⁶. Car la justice suppose des décisions sur le fond. Comme nous l'écrivions dans un document antérieur, elle ne doit ni être ni sembler être « quelque chose qui peut s'acheter à la table de négociations⁶⁷ ».

Or les ententes portant garantie d'immunité, à l'instar des ententes sur le plaider, n'entraînent-elles pas un marchandage de la justice ? Dans une entente sur le plaider, l'accusé promet au poursuivant de plaider coupable, contre la promesse d'un avantage quelconque — une atténuation de la peine, par exemple. Dans une entente portant garantie d'immunité, le ministère public promet de ne pas intenter de poursuite, en échange d'un engagement quelconque du délinquant (celui de déposer contre un accusé, par exemple). Dans un cas comme dans l'autre, le sort de l'intéressé est déterminé en fonction, non pas de ce qu'il a fait, mais du marché conclu entre lui et le ministère public — marché que certains juristes jugent regrettable et avilissant pour notre système de justice pénale⁶⁸.

Le principe s'opposant à la commercialisation de la justice exclut-il vraiment ce type d'ententes ? Il interdit certes la conclusion, entre une partie et le juge, d'accords minant l'impartialité de ce dernier. Mais les ententes sur le plaider et sur une garantie d'immunité, quant à elles, sont conclues entre les parties — entre le poursuivant et l'accusé (potentiel). Au nom de quoi les jugerait-on inacceptables ?

Dans les poursuites civiles, les ententes entre les parties ne posent aucun problème. Chacun des plaideurs est entièrement maître de sa cause : lorsque X poursuit Y pour négligence, nul n'aura de motif valable de se plaindre si X se désiste, si Y consent à jugement ou si l'on décide de régler l'affaire à l'amiable. Les parties au procès — et elles seules — peuvent prendre de telles décisions.

Au pénal, il en va autrement. Les actes criminels causent en effet, en plus d'un tort privé, un tort public car, ainsi que le soulignait Bentham, ils entraînent non seulement un préjudice primaire ou direct mais aussi un préjudice secondaire ou indirect. Le préjudice primaire est subi par la victime individuelle : blessures, perte de biens, etc. ; le préjudice

66. Grande Charte, 1215, art. 40. En 1620, lord Bacon, lord chancelier d'Angleterre, fut démis de ses fonctions pour avoir accepté des pots-de-vin de plaideurs. On trouvera plusieurs autres exemples de cas de révocation de juges pour corruption dans Gerald L. GALL, *The Canadian Legal System*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1990, pp. 226-245.

67. CRD, *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire*, Document de travail n° 15, Ottawa, Information Canada, 1976, p. 52. Voir aussi G.L. GALL, *op. cit.*, note 66, p. 192, pour des exemples de juges destitués pour avoir fait le commerce de la justice.

68. Voir CRD, *op. cit.*, note 1, pp. 7-8, la critique de la négociation du plaider, ainsi que *supra*, le chapitre premier et les sources qui y sont citées.

secondaire, par la collectivité : appréhension et crainte au sein du public⁶⁹. Dans les poursuites criminelles, donc, le poursuivant agit moins pour le compte de la victime individuelle (qui, après tout, conserve le droit de poursuivre au civil pour le préjudice subi) que pour le compte de la collectivité. C'est pourquoi les négociations entre le poursuivant et l'accusé ou l'accusé en puissance (qu'elles portent sur le plaidoyer ou sur une éventuelle garantie d'immunité) n'intéressent pas uniquement les parties ; elles concernent la collectivité dans son ensemble, de même que l'intérêt public.

Les ententes sur le plaidoyer et les ententes portant garantie d'immunité peuvent-elles répondre à l'intérêt public ? Dans une société juste, la recherche de la justice est, plaideront certains, essentielle au regard de l'intérêt public, et la justice exige sûrement que les actes répréhensibles soient punis : l'auteur d'un crime doit selon eux être châtié, coûte que coûte. Les ententes entre l'État et le délinquant qui empêchent l'application de ce principe iraient manifestement à l'encontre de la notion de rétribution et par conséquent de l'intérêt public⁷⁰.

Mais la plupart des gens rejettent de nos jours cette notion d'une justice fondée sur la rétribution et envisagent différemment le rôle du processus judiciaire pénal⁷¹. La commission d'un crime, estimera-t-on, est une condition nécessaire mais non suffisante du châtement. En outre, le châtement n'est pas une fin en soi mais un moyen d'en atteindre une autre : faire régner la justice, la paix et la sécurité dans la société. Il existe différents moyens d'y parvenir, l'un étant une réduction générale de la criminalité, un autre la réconciliation entre le délinquant, la victime et le public. Or, souvent, la meilleure façon de favoriser cette réduction de la criminalité et cette réconciliation consiste, pour les autorités, à négocier certaines choses avec des délinquants : ententes sur le plaidoyer, garanties d'immunité, etc.

Ni les ententes sur le plaidoyer, ni les ententes portant garantie d'immunité ne sont donc nécessairement contraires au principe qui s'oppose à la commercialisation de la justice. Un demandeur au civil peut légitimement renoncer à faire valoir rigoureusement ses droits contre un défendeur ; le ministère public peut tout aussi légitimement renoncer aux droits de l'État quant à la poursuite d'un délinquant. La seule différence réside en ceci que, si le demandeur au civil peut agir dans son propre intérêt et se désister de son action pour

69. Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, éd. par J. H. BURNS et H.L.A. HART, Londres, Athlone, 1970, ch. 12, pp. 143-157.

70. Selon la théorie classique de la justice rétributive associée principalement à Kant, la responsabilité criminelle est une condition à la fois nécessaire et suffisante pour le châtement, que la société est par conséquent obligée d'imposer. « Même si une société décidait avec le consentement de tous ses membres de se dissoudre — supposons le cas d'habitants d'une île qui décident de se séparer et de s'éparpiller dans le monde — il faudrait exécuter le dernier assassin emprisonné avant de mettre en pratique cette décision. Et ceci, pour que chacun réalise ce que méritent ses actes ». I. KANT, *The Philosophy of Law*, trad. de Hastie, 1887, pp. 194-198, cité par Paul C. WEILER, « *La réforme de la peine* », dans CRD, *Études sur le sentencing*, Ottawa, Information Canada, 1974, p. 159.

71. P.C. WEILER, *loc. cit.*, note 70 ; voir aussi CRD, *Notre droit pénal*, Rapport n° 3, Ottawa, Information Canada, 1976.

s'épargner argent, temps et ennuis, le représentant du ministère public, lui, doit agir en fonction de l'intérêt public, et non de ses intérêts personnels — il ne saurait, par exemple, abandonner une poursuite pour alléger sa charge de travail. La transparence est donc de mise, car on doit être en mesure de vérifier qu'il s'acquitte de cette obligation inhérente à sa charge.

II. Le secret

On pourrait s'opposer aux ententes sur le plaidoyer et aux garanties d'immunité pour un second motif, soit leur caractère secret. En effet, elles sont parfois le résultat de décisions prises en catimini plutôt qu'en pleine lumière, devant le tribunal. Il se peut donc que, à l'insu du public, des injustices soient commises. Ou encore, que des injustices paraissent avoir été commises, le public n'ayant aucun moyen de vérifier. D'où l'opposition au secret en ces matières, et l'importance de la maxime : « La justice doit non seulement ne pas être partielle, mais encore éviter de donner l'impression de l'être⁷² ». D'où aussi la nécessité de principes comme ceux énoncés dans le rapport de la Commission, *Notre procédure pénale*⁷³.

Dans ce texte, la Commission cherchait à établir à quels principes devrait obéir la procédure pénale dans une société juste et équitable. Ce rapport « constitue essentiellement une cristallisation de la méthode caractéristique suivie depuis plus de quinze ans par la Commission en vue de la réforme de la procédure pénale » ; les principes qui y sont énoncés « se reflètent dans les règles de procédure élaborées par la Commission⁷⁴ ». Il s'agit notamment des principes de responsabilité et de participation⁷⁵.

La responsabilité est le mécanisme permettant de s'assurer que les personnes en situation d'autorité respectent les normes de la justice⁷⁶. Comme l'exercice de pouvoirs discrétionnaires est indispensable à l'administration de la justice, ceux à qui ils sont attribués doivent justifier l'usage qu'ils en font. Le principe de responsabilité — la possibilité d'obliger ces personnes à rendre compte de la façon dont elles s'acquittent de leurs fonctions — permet de prévenir les abus de la part des représentants de l'État.

La participation des citoyens est également importante à cet égard. Mais comment peuvent-ils jouer un rôle concret et efficace dans des procédures pénales dont ils n'ont pas connaissance et auxquelles ils n'ont pas accès ? Le contrôle, par le public, du comportement des représentants de l'autorité publique est une garantie démocratique qui suppose la transparence du processus⁷⁷. Cette transparence est donc indissociable du principe de participation.

72. *R. c. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256 (j. en chef Hewart).

73. *Op. cit.*, note 59.

74. *Id.*, p. 3.

75. *Id.*, p. 25.

76. *Id.*, p. 28.

77. *Id.*, p. 29.

Or, la transparence est battue en brèche lorsque, à l'insu du public, sont appliquées des règles qui diffèrent de celles qu'a établies le Parlement. Supposons que le législateur qualifie tel ou tel acte de crime, mais que les auteurs de l'acte en question ne soient pas poursuivis, les autorités ayant secrètement décidé de leur accorder l'immunité. On en conclura sans doute que le public a été trompé, qu'il s'agit d'un simulacre de justice, que le droit « théorique » s'écarte du droit « pratique⁷⁸ ».

Cet écart n'a toutefois rien de condamnable en soi. Les ressources étant limitées, les responsables de l'application de la loi ne sauraient en effet poursuivre tous les délits qui leur sont signalés. Le pouvoir discrétionnaire conféré au ministère public est un élément inévitable, et tout à fait souhaitable, à vrai dire, de la justice pénale — inévitable, pour des motifs économiques ; souhaitable, pour des raisons tenant à la morale pratique, car il permet l'application du principe de la modération en droit pénal⁷⁹. Ce qui, dans le domaine qui nous intéresse, porte atteinte au principe de la transparence, ce n'est pas l'écart entre « droit théorique » et « droit pratique », mais bien l'élément de dissimulation parfois présent dans le processus. Or, il est facile de mettre fin à cette dissimulation par l'établissement de règles comme celles que nous proposons dans ce document.

III. L'efficacité de la justice

Les garanties d'immunité, comme les ententes sur le plaidoyer, suscitent des réserves d'une autre nature. Car même lorsque tout se passe ouvertement et de la manière la plus correcte, l'efficacité de la justice peut en souffrir. D'une manière générale, la décision de s'abstenir de poursuivre une personne qu'on sait coupable du crime — et surtout le fait de s'engager à ne pas la poursuivre — est en effet susceptible de heurter un autre principe fondamental de notre procédure pénale : le principe de la protection.

La Commission, dans ses rapports intitulés *Notre droit pénal*⁸⁰ et *Notre procédure pénale*⁸¹, a expliqué qu'à son avis, l'objet ultime du droit pénal est de promouvoir et de faire régner la justice, la paix et la sécurité dans la société. Cela suppose la reconnaissance de certaines valeurs fondamentales qui, comme nous l'écrivions dans le premier de ces deux rapports⁸², se répartissent en deux catégories : celles qui sont essentielles à toute société parce que, sans elles, la vie en société serait impossible (respect de la vie, non-violence, etc.) ; et celles auxquelles toute société digne de ce nom accorde un grand prix, bien qu'elles ne soient pas essentielles (liberté, droit à l'intimité de la vie privée). L'apport du droit pénal consiste donc à réaffirmer ces valeurs fondamentales et à en dénoncer les violations, au moyen des poursuites, du procès et de la peine⁸³.

78. Cette distinction entre droit théorique (*pure law*) et droit pratique (*living law*) a été établie par Eugen EHRLICH dans *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York, Arno, 1975.

79. Voir CRD, *op. cit.*, note 71, p. 19 et suiv., et CRD, *op. cit.*, note 59, p. 28.

80. CRD, *op. cit.*, note 71, p. 7 et suiv.

81. CRD, *op. cit.*, note 59, p. 30.

82. CRD, *op. cit.*, note 71, p. 20 et suiv.

83. *Id.*, p. 5 et suiv. ; CRD, *op. cit.*, note 59, p. 30.

Or, les négociations aboutissant à des ententes sur le plaidoyer et à des garanties d'immunité semblent empêcher cet apport. Normalement, une atteinte à une valeur fondamentale donne lieu à un procès criminel et à une condamnation. Si, au lieu de cela, le ministère public s'engage à ne pas poursuivre le coupable en échange d'une collaboration quelconque, peut-on vraiment dire que le droit pénal remplit sa fonction ?

Pourtant, le but ultime consiste à faire régner la justice et la sécurité dans la société. Et pour l'atteindre, il vaut mieux dans certains cas, plutôt que de poursuivre tous les délinquants connus, en inciter certains à prêter leur concours à l'application de la loi pénale contre d'autres personnes. Le public sera sans doute mieux protégé contre des fléaux comme le terrorisme, l'espionnage, le trafic de stupéfiants si l'on soustrait certaines personnes à la justice afin d'obtenir ainsi la condamnation de criminels, que si l'on tente de poursuivre tout le monde sans parvenir à faire condamner personne.

IV. Atteinte à l'intégrité de la justice — la fin et les moyens

Comme nous l'avons déjà fait observer, les garanties d'immunité constituent pour certains un moyen essentiel à la réalisation d'une fin légitime, à savoir la répression par les tribunaux du grand banditisme et de certaines autres activités criminelles. La décision de ne pas poursuivre un délinquant — et, a fortiori, le fait de lui garantir l'immunité — serait justifiable par ce but ultime.

Mais la fin justifie-t-elle toujours les moyens ? Est-il vrai que [TRADUCTION] « toute fin pouvant en soi être tenue pour bonne justifierait l'utilisation de quelque moyen propre à favoriser sa réalisation⁸⁴ » ? Peut-on vraiment dire, dans tous les cas : « Rendez, en commettant une faible injustice, justice véritable et grande⁸⁵ » ? Ou bien n'y a-t-il pas lieu d'estimer au contraire que, du mal ne peut jamais sortir un bien, et de poser que nulle fin, si bonne soit-elle, ne saurait justifier l'emploi de moyens répréhensibles ?

Machiavel lui-même, semble-t-il, n'adhérait pas à la première de ces thèses⁸⁶ ; et c'est du reste le cas de la plupart de ceux qui plaident pour la légitimité des garanties d'immunité, lesquels, en fait, défendent plutôt l'idée suivante : [TRADUCTION] « [C]e qu'il peut y avoir de répréhensible dans le moyen proposé doit être mis dans la balance d'une manière équitable avec ce qu'il y a de bon dans la fin poursuivie, sans que l'on accorde une importance spéciale ni à l'un ni à l'autre. Il est au demeurant possible qu'une fin, si elle est suffisamment louable, l'emporte sur un moyen très mauvais en soi⁸⁷. »

84. J.L. MACKIE, *op. cit.*, note 64, p. 159.

85. SHAKESPEARE, *Le marchand de Venise — The Merchant of Venice*, trad. par F.C. Danchin, Paris, Aubier, Éditions Mouton, 1938, acte IV, scène i, v. 215.

86. J.L. MACKIE, *op. cit.*, note 64, p. 159.

87. *Ibid.*

Rares sont les personnes, inversement, qui diraient que la fin ne saurait en aucun cas justifier les moyens. Au contraire : la plupart des gens croient aujourd'hui que parfois, sinon toujours, un acte par ailleurs mauvais peut être justifié comme moyen d'atteindre une fin légitime. Ainsi, on jugerait correct, en droit comme au regard de la morale, d'enfreindre un règlement de la circulation lorsqu'une vie est en jeu — par exemple, qui blâmerait une personne qui prend le volant d'une voiture sans être titulaire d'un permis de conduire, afin de conduire à l'hôpital un voisin grièvement blessé, lorsqu'il n'existe aucun autre moyen de transport ? Nul ne songerait non plus à reprocher au capitaine d'un navire en perdition de jeter la cargaison à la mer pour maintenir le navire à flot et sauver passagers et équipage⁸⁸. Car entre deux maux, il est justifiable de choisir le moindre ; c'est du reste ce qu'enseigne la théorie de la nécessité⁸⁹.

Ce principe comporte tout de même certaines limites. Quelles sont-elles ? À notre avis, deux conditions doivent être remplies pour qu'il s'applique. D'abord, il ne doit pas y avoir de disproportion entre le moyen et la fin en cause — si le souci de sauver une vie peut justifier la destruction de biens, l'inverse n'est jamais vrai. Ensuite, il ne doit y avoir rien d'intrinsèquement mauvais dans le moyen utilisé — aucune fin ne saurait justifier un acte mauvais en soi, comme le fait de commettre délibérément une injustice (on ne pourrait en aucun cas, par exemple, punir intentionnellement une personne que l'on sait innocente de toute faute).

Dans cette perspective, les garanties d'immunité sont-elles justifiables en tant que moyen d'obtenir des renseignements sur l'activité criminelle de certaines personnes, d'amener quelqu'un à témoigner contre d'autres délinquants, ou de favoriser de quelque manière le bien public ? Premièrement, sont-elles bien proportionnées au but visé (obtention de renseignements, etc.), ou peuvent-elles se justifier par l'une des raisons suivantes : le fait que la personne effectivement poursuivie a commis un crime plus grave que le bénéficiaire de l'immunité ; le principe qu'entre deux maux, il faut choisir le moindre ; ou enfin l'intérêt public, d'une manière générale ? Deuxièmement, le fait de garantir à une personne l'immunité contre des poursuites a-t-il *en soi* quelque chose de répréhensible, au regard de l'équité et de la justice, par exemple ?

Voyons en premier lieu la question de la disproportion entre les moyens et la fin — entre les garanties d'immunité et l'objectif poursuivi. Imaginons, par exemple, que l'objectif visé est d'amener le bénéficiaire de l'immunité à déposer contre un autre délinquant et ainsi faire condamner ce dernier. Ici, l'éventuelle disproportion sera fonction de la gravité relative des crimes imputables aux deux délinquants en cause. La possibilité d'obtenir une déposition contre un grand criminel et de le faire condamner grâce à cette déposition pourrait fort bien justifier l'octroi d'une immunité à un petit délinquant. Mais pas l'inverse. La volonté de faire condamner un meurtrier, par exemple, justifie sans doute que l'on accorde l'immunité à un simple complice après le fait, mais on ne saurait légitimement garantir l'immunité au meurtrier pour obtenir la condamnation du complice.

88. Voir *Mouse's Case* (1608), 12 Co. Rep. 63, 77 E.R. 1341.

89. Voir Don STUART, *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1987, p. 432 et suiv., et Glanville WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd., Londres, Stevens, 1983, p. 597 et suiv.

Il faut aussi tenir compte de l'intérêt public en général. Prenons le cas où plusieurs personnes sont impliquées dans une infraction mais ne peuvent pas toutes être condamnées. Un exemple : deux individus commettent conjointement un acte criminel dont la perpétration ne peut être établie que par le témoignage de l'un d'eux. Le ministère public se trouve alors devant cette alternative : soit accorder l'immunité à l'un, le persuader de déposer contre l'autre et obtenir ainsi la condamnation de ce dernier ; soit relâcher les deux suspects, faute de preuves. Devant un tel dilemme, ne peut-il pas légitimement choisir le moindre de deux maux et préférer s'assurer la condamnation d'un seul des délinquants plutôt que de les voir s'en tirer impunément tous les deux ?

V. Injustice et inégalité

Ce pose en second lieu la question de la moralité intrinsèque du moyen utilisé. Y a-t-il quelque chose d'intrinsèquement mal à ne pas poursuivre un délinquant connu, à savoir celui à qui l'on garantit l'immunité ? S'il est injuste de poursuivre délibérément une personne que l'on sait tout à fait innocente, est-il de la même façon injuste de renoncer délibérément à en poursuivre une qu'on sait coupable ? Est-il injuste d'établir une discrimination contre un délinquant en faveur d'un autre — de poursuivre l'un, mais pas l'autre ? Ces questions nous conduisent à la dernière des cinq objections énumérées plus haut.

L'un des principes mis en lumière dans *Notre procédure pénale* est celui de l'équité⁹⁰. Les règles de procédure, selon la Commission, devraient être équitables et considérées comme telles par les personnes concernées⁹¹. Trois aspects de ce principe sont particulièrement pertinents ici : égalité de tous devant la loi, existence d'un recours juridique pour chaque préjudice subi, droit de tout accusé à un procès équitable. Dans quelle mesure la décision de ne pas poursuivre un délinquant reconnu est-elle compatible avec ces trois aspects de l'équité ?

A. Égalité de tous devant la loi

« [L]a justice, selon H.L.A. Hart, est traditionnellement considérée comme devant maintenir ou rétablir une *balance* ou une *proportion*, et [...] son principe directeur est souvent formulé en ces termes : [...] "Traitez des cas semblables de la même manière et des cas différents de manière différente⁹²." » C'est le principe de la justice distributive : assurer un partage équitable des avantages et des charges entre les membres de la société⁹³. Les délinquants dont le cas est semblable devraient donc tous être poursuivis,

90. CRD, *op. cit.*, note 59, pp. 25-26. Dans ce contexte, le principe d'équité coïncide jusqu'à un certain point avec les principes de participation et de protection.

91. *Id.*, p. 25.

92. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 65, pp. 193-194.

93. La distinction entre justice distributive et justice corrective, soit entre la justice qui maintient l'équilibre et celle qui le rétablit, a été faite par ARISTOTE au livre V de l'*Éthique à Nicomaque*.

condamnés et punis de la même manière. Comme la Commission l'écrivait dans *Notre procédure pénale*, l'équité exige que le droit pénal soit appliqué d'une façon égalitaire, que les personnes placées dans la même situation soient traitées de la même façon et qu'aucune catégorie de citoyens ne puisse échapper à l'application de la loi⁹⁴.

Or, dira-t-on, c'est précisément ce principe qui est violé par les garanties d'immunité. Lorsque plusieurs personnes sont impliquées dans une infraction criminelle, toutes sont criminellement responsables et toutes devraient, suivant l'équité et la justice, être l'objet des mêmes poursuites. Accuser les unes et non les autres, c'est enfreindre le principe suivant lequel il faut traiter les affaires semblables de la même manière ; cela revient en effet à traiter différemment des affaires semblables et à privilégier certains individus en les plaçant au-dessus de la loi.

Mais . . . s'agit-il toujours bien de cas semblables ? Et si l'un des délinquants a participé plus activement au crime, s'il est plus coupable que l'autre ? Si la participation et la culpabilité des deux est égale, mais que l'un constitue un plus grand danger que l'autre pour la société ? Ou encore, si la participation, la culpabilité et la dangerosité des deux sont les mêmes, mais que l'un collabore davantage avec les autorités ?

Prenons d'abord le degré de participation ou de culpabilité. Nous avons déjà vu que de telles différences avaient un effet sur la proportionnalité du moyen par rapport à la fin : il peut s'avérer justifié de ne pas poursuivre l'individu le moins coupable si l'on peut ainsi s'assurer la condamnation du plus coupable. Mais elles ont également une incidence sur la question de la justice et de l'égalité. Supposons par exemple qu'un des délinquants est un minable pion d'une organisation criminelle, tandis que l'autre est un des patrons ; que l'un joue un rôle mineur dans l'exécution du crime (il fait le guet) alors que l'autre accomplit le crime comme tel (le meurtre, par exemple) ; que l'un agit par crainte de l'organisation et que l'autre inspire cette crainte. Juridiquement, ces distinctions n'ont aucune valeur : celui qui monte la garde encourt la même responsabilité que celui qui commet l'acte — tous deux participent à la perpétration du même crime. Sur le plan moral, cependant, il y a une grande différence entre le caïd de la mafia et le sous-fifre, entre l'exécutant réel et celui qui l'aide, entre l'agent entièrement libre et celui qui agit sous la contrainte. Le second mérite en effet, moralement, d'être traité avec plus d'indulgence — et le fait que celle-ci prenne la forme d'une garantie d'immunité ne porte pas nécessairement atteinte au principe d'égalité.

Voyons maintenant les différences du point de vue du danger pour la société. Supposons que l'un des délinquants est un tueur à gages et que les autres sont des patrons de la mafia locale pour le compte de qui le premier agit. Sur le plan individuel, chacun des patrons est peut-être moins coupable que le tueur, mais collectivement ils peuvent constituer un plus grand danger pour la société. Le ministère public peut accorder l'immunité au premier, afin de le persuader de déposer contre les autres et d'obtenir ainsi leur condamnation. Il pourrait aussi poursuivre uniquement le premier et renoncer à le faire

94. *Op. cit.*, note 59, p. 26.

témoigner contre les caïds, qui échapperont alors à la justice. Mais dans une telle situation, le danger social plus grand que représentent les patrons de la mafia justifie sûrement que l'on accorde l'immunité à leur homme de main.

Il faut enfin dire un mot au sujet des différences tenant au degré de collaboration. Supposons (pour reprendre un exemple utilisé un peu plus haut) que deux individus commettent conjointement un acte criminel dont la perpétration ne peut être établie que par le témoignage d'un des deux. L'un est disposé à aider les autorités et à témoigner, en contrepartie de l'immunité contre des poursuites, mais pas l'autre. On ne saurait dire que l'octroi de l'immunité dans ce cas pêche contre l'équité, car celui à qui elle est offerte est davantage que l'autre disposé à collaborer — à cet égard, les deux délinquants sont manifestement dissemblables.

Et si nos deux délinquants étaient également disposés à aider le ministère public en échange de l'immunité ? Rien ne les distinguerait alors sur les plans de la participation au crime, de la culpabilité et de la volonté de collaborer. Mais il pourrait tout de même y avoir des différences entre les deux — âge, repentir, chances de retrouver le droit chemin —, différences autorisant le ministère public à décider, en toute légitimité, d'en poursuivre un et non pas l'autre.

Reste le cas très rare — sans doute théorique, en réalité — où l'on ne peut trouver aucune différence entre les intéressés quant à la participation au crime, à la culpabilité, à la dangerosité, à la volonté de collaborer ou aux chances de réinsertion sociale. Le ministère public se trouve simplement devant cette alternative : faire condamner l'un des deux, ou ne poursuivre ni l'un ni l'autre. La première solution est de toute évidence préférable du point de vue de l'intérêt public. Il est sûr, également, que la décision de poursuivre l'un plutôt que l'autre sera en un certain sens arbitraire, vu l'absence de tout critère. L'octroi de l'immunité à l'un des deux n'en demeure pas moins justifiable au regard de l'intérêt public (à la condition que la décision ne tienne pas à des considérations inopportunes, comme les éventuelles relations d'un des deux délinquants en haut lieu). De tels dilemmes ne peuvent se résoudre par une course au bureau du poursuivant. D'un autre point de vue, il nous paraît assez certain que les tribunaux canadiens n'accueilleraient pas favorablement le recours par lequel un accusé ne s'étant pas vu comme son complice offrir l'immunité invoquerait les dispositions de la Charte garantissant l'égalité de chacun devant la loi⁹⁵.

95. Voir *Century 21 Ramos Realty Inc. and Ramos c. R.* ; *Ramos c. R.*, précité, note 34, ainsi que les observations faites à ce sujet dans le chapitre premier, *supra*.

B. Existence d'un recours juridique pour chaque préjudice subi

Des lois peuvent être injustes non seulement lorsqu'elles ne réussissent pas à maintenir un état d'équilibre dans la société, mais aussi lorsqu'elles ne réussissent pas à le rétablir une fois qu'il a été rompu, lorsqu'elles n'offrent aucun recours pour des préjudices qui, moralement, exigent réparation⁹⁶. Comme le disait la Commission dans son rapport n° 32 :

[L]'équité suppose l'existence de mécanismes permettant la réparation lorsque les droits individuels sont violés. Du reste, le droit à la réparation est une caractéristique de notre système juridique depuis des siècles et s'exprime par la maxime *Ubi jus, ibi remedium* (là où il y a un droit, il y a un recours). [. . .] [L]orsqu'aucun recours n'est prévu il n'existe en réalité aucun droit. L'une des fonctions essentielles de la procédure pénale consiste à fournir des moyens permettant de faire valoir ces droits⁹⁷.

À première vue, les garanties d'immunité contre les poursuites sont incompatibles avec le principe d'équité. Une personne, en commettant un délit, a porté atteinte à l'équilibre social, et pourtant on la laisse impunie au lieu de lui faire payer le prix de son geste. N'est-ce pas là abolir le recours qui permettrait à la victime d'obtenir réparation ?

En y réfléchissant bien, ce n'est pas tout à fait exact. En premier lieu, celui qui par son délit cause un préjudice à une personne en particulier sera probablement tenu de l'indemniser en vertu des règles de la responsabilité civile délictuelle ; l'immunité relative aux poursuites pénales ne prive en aucune façon la victime de ses recours au civil. En second lieu, l'engagement de poursuites pénales contre des délinquants est moins une fin en soi qu'un moyen d'atteindre un objectif d'ordre plus général — faire régner la justice dans la société. Or dans certains cas, comme nous l'avons vu, il peut s'avérer préférable, pour la réalisation de cet objectif — et pour mieux protéger le public contre des maux sociaux comme le terrorisme, l'espionnage et le trafic de stupéfiants —, d'accorder l'immunité à certains délinquants et d'en faire condamner certains autres, plutôt que de les poursuivre tous, mais en vain.

C. Droit de tout accusé à un procès équitable

L'équité exige en outre que non seulement les lois soient justes, mais que leur application le soit aussi. Elles doivent s'appliquer à tous de façon impartiale et objective. Par conséquent les deux parties à un litige, en droit pénal le poursuivant et le défendeur, ont

96. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 65, pp. 199-200.

97. *Op. cit.*, note 59, p. 26. Soulignons également que le principe de la protection exige que les poursuites pénales favorisent la protection de la société, le maintien de ses valeurs fondamentales et la protection des intérêts individuels de ses membres ; et que le principe de la participation exige que les règles de procédure permettent aux citoyens de prendre une part active aux décisions qui les concernent pour qu'ils ne se sentent pas exclus du processus. D'où l'importance des poursuites privées, des déclarations sur les préjudices subis par les victimes et de l'accès du public à la procédure pénale. *Id.*, p. 30.

droit à un procès impartial. D'où l'existence de règles de procédure (par exemple, *audi alteram partem*, « entendis l'autre partie ») que l'on qualifie souvent de principes de justice naturelle parce qu'elles servent de garantie à cette impartialité et à cette objectivité⁹⁸.

L'audition des deux parties suppose que chacune ait la possibilité d'exposer intégralement sa cause. En ce qui concerne l'accusé, cela veut dire qu'il doit avoir l'occasion de répondre pleinement et adéquatement à l'inculpation dont il est l'objet. Pour cela, il doit être parfaitement informé des charges qui pèsent contre lui, des points forts et des lacunes de la preuve. Si un témoin à charge a obtenu une garantie d'immunité contre des poursuites, l'équité exige que l'accusé soit mis au courant de ce fait ; il pourra ainsi, le cas échéant, mettre en doute la crédibilité de la déposition en question.

Il n'y a pas là nécessairement d'obstacle aux garanties d'immunité, dont rien n'oblige à dissimuler l'existence à l'accusé. Il y aurait du reste lieu de réglementer cette pratique, comme nous le proposons dans ce document, pour parer à une telle dissimulation, pour s'assurer que le défendeur est bien informé et pour favoriser la transparence de la justice.

VI. Les ententes portant garantie d'immunité : une pratique justifiable

Notre conclusion générale est donc que, du point de vue de l'éthique, les ententes portant garantie d'immunité résistent à toutes les objections étudiées dans ce chapitre. Lorsqu'elles répondent véritablement à l'intérêt public, elles ne comportent ni commercialisation ni marchandage inadmissible de la justice. Octroyées en pleine lumière et conformément à des règles qui en favorisent la transparence, elles n'entraînent aucune dissimulation abusive du processus de la justice pénale. Par ailleurs, elles ne rendent pas nécessairement moins efficace la justice pénale, dans la mesure où elles visent à la réalisation de l'objectif ultime de celle-ci : faire régner la justice et la sécurité dans la société. Pourvu que les fins poursuivies soient légitimes et que les moyens utilisés y soient proportionnés, les garanties d'immunité n'impliquent pas forcément qu'on sacrifie les principes à l'opportunisme. Enfin, on ne saurait non plus les taxer d'injustes ou de contraires à l'équité, lorsqu'elles procèdent de l'établissement de distinctions d'ordre moral entre les personnes poursuivies et les personnes à qui on offre l'immunité.

98. H.L.A. HART, *op. cit.*, note 65, pp. 194-195.

CHAPITRE TROIS

La situation actuelle

Avant de présenter les règles que la Commission propose pour la réglementation des ententes portant garantie d'immunité, il y a lieu de décrire dans ses grandes lignes la situation actuelle, et notamment l'état du droit en ce domaine⁹⁹. Il est difficile d'évaluer la fréquence du recours à de telles ententes (en général, on ne leur fait pas une grande publicité¹⁰⁰) et de déterminer avec certitude les règles de droit applicables au Canada (relativement peu de décisions publiées ont trait à des garanties d'immunité, si ce n'est d'une façon incidente¹⁰¹), mais il est au moins possible de tirer quelques grandes conclusions. Celles-ci ont trait, essentiellement, à six questions fondamentales : le pouvoir d'accorder l'immunité ; l'attitude du public et des tribunaux à l'égard de l'immunité ; le contrôle judiciaire ; la divulgation ; les répercussions des garanties d'immunité sur la preuve ; le respect des ententes portant garantie d'immunité. D'autres questions, rarement abordées dans la jurisprudence canadienne (et traitées plus loin dans le présent document de travail), se rapportent notamment aux critères permettant de décider s'il y a lieu d'accorder l'immunité, ainsi qu'à la façon dont sont conclues ces ententes et à leur contenu.

I. Le pouvoir d'accorder l'immunité

En dépit du silence du *Code criminel* sur ce sujet¹⁰², c'est un fait reconnu au Canada que le procureur général a le pouvoir d'accorder à sa discrétion l'immunité contre des

99. Nous n'avons pas nécessairement fait état de la totalité des causes traitant de cette question.

100. E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 18, p. 398. Certaines ententes conclues avec des délateurs (qui ne portent pas toutes sur des garanties d'immunité) ont évidemment fait quelque bruit ces derniers temps. En Ontario et au Québec, par exemple, les médias ont beaucoup parlé d'ententes conclues avec deux anciens membres de gangs de motards ainsi que de leurs dépositions. En Colombie-Britannique, le versement d'argent contre des renseignements sur l'emplacement du corps de victimes de meurtres a aussi fait les manchettes.

101. Voir Fred KAUFMAN, *The Admissibility of Confessions*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1979, p. 199, où la chose est soulignée, dans un contexte différent. Un certain nombre d'arrêts de la Cour suprême du Canada font état de garanties d'immunité : voir, par exemple, *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, 420-421 ; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652. Dans *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, 1300, le juge Cory (les juges en chef Dickson et Lamer, et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin souscrivant à son point de vue) déclare qu'un témoin « est venu au Canada témoigner en sa faveur [à savoir, en faveur de l'accusé] » et qu'on lui « a accordé [...] l'immunité contre des poursuites ».

102. Voir *supra*, note 14.

poursuites dans des cas particuliers. Dans une affaire ontarienne, *R. c. Betesh*¹⁰³, on avait fait valoir, notamment, qu'une promesse d'immunité faite par un représentant du procureur général du Canada n'était pas exécutoire [TRADUCTION] « parce qu'aucune disposition du *Code criminel* n'autorise l'octroi d'une immunité générale¹⁰⁴ ». Rejetant l'argument, le juge Graburn, de la Cour de comté, a déclaré :

[TRADUCTION]

[S]'il est vrai que le Code n'autorise pas l'octroi de l'immunité contre des poursuites, il n'énumère pas non plus tous les pouvoirs traditionnels du premier conseiller juridique de la Couronne. Par exemple, il n'autorise pas le retrait d'une accusation une fois que celle-ci est portée ; il n'autorise pas non plus la négociation du plaidoyer avec un accusé en vue d'amener ce dernier à déposer contre un coaccusé. Or, ce dernier pouvoir a été reconnu et adopté en 1969, par l'entremise de son représentant, par un ancien procureur général de cette province dans une affaire mettant en cause les dénommés Rush et Williams.

En dépit donc de l'absence de toute disposition explicite du *Code criminel* permettant au procureur général du Canada d'accorder l'immunité, je suis persuadé qu'il possède ce pouvoir et qu'à de rares exceptions près, on peut compter qu'il l'exercera selon les traditions les plus élevées de l'administration de la justice¹⁰⁵.

Dans *R. c. McDonald*¹⁰⁶, une affaire non sans rapport avec la situation au Canada, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a déclaré que le pouvoir d'accorder l'immunité en s'engageant à arrêter d'éventuelles poursuites n'était aucunement restreint par le fait que le pouvoir du procureur général d'ordonner un tel arrêt était établi dans la loi¹⁰⁷. On

103. Précitée, note 14.

104. *Id.*, 244 (j. Graburn).

105. *Id.*, 245.

106. [1980] 2 N.Z.L.R. 102.

107. Le juge Richmond, au nom de la Cour, a en partie résumé la question de la façon suivante (p. 104) :

[TRADUCTION]

M^c Hart nous a cité divers textes qui montrent qu'en Angleterre le pouvoir du procureur général d'inscrire un *nolle prosequi* dans le cadre de procédures pénales est bien reconnu en common law et pourrait à juste titre être décrit comme une prérogative, en ce sens qu'il ne découle pas d'un texte législatif mais de l'autorité du Souverain. Il semble aussi que suivant la common law, ce pouvoir ne s'étendait pas aux procédures sommaires et ne pouvait être exercé qu'après le dépôt d'un acte d'accusation. En Nouvelle-Zélande, comme nous l'a fait remarquer M^c Hart, le pouvoir du procureur général d'arrêter les procédures, qui correspond au *nolle prosequi*, lui vient au contraire d'un texte législatif. En ce qui a trait aux procédures devant la High Court, la situation est régie par l'article 378 du *Crimes Act* de 1961 ; en matière de procédures sommaires et de procédures préliminaires relatives à des actes criminels, des pouvoirs sont prévus aux articles 77A et 173 du *Summary Proceedings Act* de 1957. M^c Hart a élaboré une argumentation fondée en particulier sur ce qu'ont dit les juges dans l'affaire *Attorney-General c. DeKeyser's Royal Hotel Ltd* [1920] A.C. 508, à savoir que les cas où la prérogative s'exerce en Angleterre sont intégralement visés en Nouvelle-Zélande, à l'heure actuelle, par les dispositions du *Crimes Act* que nous avons mentionnées et, en outre, qu'en Nouvelle-Zélande la loi confère certains pouvoirs en matière de procédures sommaires qui n'ont pas leur pendant en common law.

avait soutenu que, puisque [TRADUCTION] « le pouvoir conféré par le *Crimes Act* et le *Summary Proceedings Act* est le pouvoir d'arrêter des procédures déjà entamées¹⁰⁸ » et « ne vise pas spécifiquement le fait de s'engager à mettre fin aux procédures si certains faits se produisaient, ou de faire une promesse en ce sens¹⁰⁹ », « le solliciteur général n'était pas habilité à prendre l'engagement qu'il a pris dans la présente affaire¹¹⁰ » et « cet engagement [...] était invalide¹¹¹. » Cet argument a cependant été rejeté. Soulignant que [TRADUCTION] « [c]e type d'octroi d'immunité est accepté depuis longtemps en Angleterre et a été adopté à l'occasion en Nouvelle-Zélande », le juge a déclaré : [TRADUCTION] « Nous n'avons aucun motif de penser qu'il serait moins légitime en Nouvelle-Zélande simplement parce qu'il se rattache à l'exercice de pouvoirs conférés au procureur général par une loi plutôt qu'à l'exercice de prérogatives, comme en Angleterre. À notre avis, il importe peu que cet engagement, en droit, lie rigoureusement ou non la Couronne¹¹². » La Cour a ajouté qu'il était [TRADUCTION] « tout à fait impensable qu'un tel engagement ne soit pas respecté¹¹³ ». Statuant sur un pourvoi devant le Conseil privé¹¹⁴, lord Diplock a déclaré, au sujet de l'argument invoqué contre la validité de l'engagement du solliciteur général : [TRADUCTION] « Leurs Seigneuries sont parfaitement d'accord avec la façon dont la Cour d'appel a rejeté ce motif de pourvoi¹¹⁵. »

Le pouvoir d'accorder l'immunité contre des poursuites comprend le pouvoir d'empêcher quiconque de poursuivre la personne jouissant de cette immunité. Cette question a été tranchée dans une cause anglaise, *Turner c. Director of Public Prosecutions*¹¹⁶. Un accusé avait, après sa condamnation, voulu poursuivre au criminel un témoin à charge, bien que le Director of Public Prosecutions se fût engagé officiellement à ce que celui-ci ne fasse l'objet d'aucune poursuite pour les infractions dont il avait fait état lors de sa déposition¹¹⁷. Selon l'accusé, le poursuivant avait déclaré au juge et au jury, au cours

108. *R. c. McDonald*, précité, note 106, 104-105.

109. *Id.*, 105.

110. *Ibid.*

111. *Ibid.*

112. *Ibid.*

113. *Ibid.*

114. *McDonald c. The Queen* (1983), 77 Cr. App. R. 196. En rendant la décision de la commission, lord Diplock a déclaré (p. 200) :

[TRADUCTION]

Le procureur de McDonald [...] a soutenu que le solliciteur général n'était pas habilité à s'engager à ordonner l'arrêt d'éventuelles procédures contre l'un ou l'autre [des témoins bénéficiant de l'immunité] qui n'auraient pas déjà atteint l'étape de son renvoi devant la High Court pour instruction ou l'étape de la présentation d'un acte d'accusation contre lui. Le pouvoir d'arrêter des procédures conféré au procureur général et, *pro hac vice*, au solliciteur général, était uniquement fondé sur une disposition législative, a-t-on fait valoir, soit l'article 378 du *Crimes Act* de 1961. Or, en vertu de cet article, il ne peut être exercé que lorsque cette étape a été atteinte dans les procédures engagées contre un accusé ; et aucun conseiller juridique de la Couronne ne pouvait s'engager ni engager son successeur quant à la façon dont ce pouvoir discrétionnaire prévu par la loi serait exercé en une autre occasion.

115. *Ibid.*

116. (1978) 68 Cr. App. R. 70.

117. *Id.*, 72 (j. Mars-Jones).

du procès, que des poursuites pouvaient tout de même être intentées par quiconque à titre privé. Le juge Mars-Jones de la division du Banc de la Reine a déclaré : [TRADUCTION] « Peu importe ce que le procureur a ou n'a pas dit au procès, cela ne pouvait d'aucune manière restreindre le pouvoir discrétionnaire conféré au Director of Public Prosecutions d'intervenir dans d'éventuelles poursuites privées et de s'abstenir d'y présenter quelque preuve¹¹⁸ ». En confirmant, à cette occasion, le pouvoir conféré par la loi au Director of Public Prosecutions de prendre en charge des poursuites intentées par un simple citoyen, avec l'intention expresse de n'y présenter aucune preuve, Sa Seigneurie a déclaré :

[TRADUCTION]

Je n'ai pas besoin de décrire en détail les conséquences sur les enquêtes et les poursuites criminelles futures si les personnes témoignant pour la poursuite dans de telles circonstances ne pouvaient pas compter sur l'engagement pris par le Director of Public Prosecutions et sur l'intervention de ce dernier en cas de telles poursuites privées¹¹⁹.

Il est possible de faire une distinction entre le fait d'accorder dans des cas particuliers l'immunité contre des poursuites, et les tentatives faites par des représentants de la Couronne pour suspendre certaines lois ou s'abstenir de les appliquer à certaines personnes. Il ressort de l'arrêt *R. c. Catagas*¹²⁰ que de telles tentatives sont aujourd'hui exclues au Canada¹²¹. Dans cette affaire, en effet, la Cour d'appel du Manitoba a évoqué le [TRADUCTION] « chapitre sombre de l'histoire judiciaire et constitutionnelle de l'Angleterre¹²² » au cours duquel « la Couronne, invoquant la prérogative royale, a suspendu certaines lois et a dispensé ses sujets d'obéir à certaines autres¹²³. » La Cour a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION]

En vertu de sa prérogative, la Couronne a suspendu l'application d'une loi dûment adoptée par le Parlement, une telle suspension pouvant être d'une durée indéfinie [. . .]

Invoquant son pouvoir de dispense, la Couronne a prétendu déclarer qu'une loi édictée par le Parlement ne serait pas applicable à certains individus ou groupes désignés. En vertu d'une dispense en leur faveur, la loi ne s'appliquerait pas à eux mais continuerait de s'appliquer à tous les autres¹²⁴.

118. *Id.*, 76.

119. *Id.*, 73. Sa Seigneurie a poursuivi (pp. 77-78) :

[TRADUCTION]

L'existence de ce pouvoir du Director of Public Prosecutions ne fait aucun doute, pas plus que son caractère tout à fait discrétionnaire. [. . .] Si [le témoin] était traduit devant les juges de Tottenham, la date et l'heure de sa comparution seraient connus ; fût-il par la suite renvoyé sous garde ou condamné à l'emprisonnement, il serait exposé à un danger auquel il est en droit de ne pas avoir à faire face. Le Director of Public Prosecutions devait tenir compte, non seulement de la situation [du témoin] mais aussi des conséquences sur les enquêtes et les procédures criminelles en cours et futures, si l'on permettait le déroulement de ces poursuites privées.

120. (1977) 38 C.C.C. (2^e) 296.

121. Voir COMMISSION McDONALD, *op. cit.*, note 2, pp. 410-413.

122. *R. c. Catagas*, précité, note 120, 297 (j. en chef Freedman).

123. *Id.*, 297-298.

124. *Id.*, 298.

En l'occurrence, des fonctionnaires avaient voulu, dans le cadre d'une politique, soustraire les Indiens à l'obligation de respecter la *Loi relative à la Convention sur les oiseaux migrateurs*¹²⁵. En autorisant la Couronne à se pourvoir en appel de l'acquiescement d'un accusé dont la défense reposait sur la politique de renonciation aux poursuites que la Couronne avait annoncée en faveur des Indiens¹²⁶, la Cour a déclaré : [TRADUCTION] « [N]ous sommes ici en présence d'un cas patent d'exercice, par l'exécutif, d'un prétendu pouvoir de dispense en faveur d'un groupe particulier. Or un tel pouvoir n'existe pas¹²⁷ » ; tout en ajoutant, cependant :

[TRADUCTION]

[C]e qui est dit ici n'a dans l'esprit de la Cour aucune incidence sur le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Comme chacun sait, des poursuites criminelles ne sont pas intentées pour chaque infraction à la loi. Les autorités ont en effet le pouvoir discrétionnaire de décider, dans leur sagesse, de ne pas mettre le processus pénal en branle. Le policier qui a arrêté un automobiliste parce qu'il conduisait à une vitesse légèrement supérieure au maximum permis peut décider de lui donner un avertissement au lieu d'une contravention. Et lorsque, d'après les circonstances d'une affaire, le procureur général conclut que l'infraction commise n'est, sur le plan de la culpabilité de l'auteur, pas aussi grave qu'elle pourrait le sembler à la stricte lumière des faits, il peut en tenir compte dans l'acte d'accusation. [...] Mais dans tous ces cas, le pouvoir discrétionnaire est exercé relativement à une affaire donnée, les faits de celle-ci le justifiant. C'est une tout autre chose que d'établir une immunité de poursuites générale en faveur de tel ou tel groupe de citoyens, de telle ou telle origine ethnique¹²⁸.

Il n'est pas rare que des policiers soient à l'origine d'une garantie d'immunité. De temps à autre, les arrêts publiés font état de tels arrangements. Dans *R. c. Kalashnikoff*¹²⁹, par exemple, un agent de police qui avait dressé une contravention au code de la route a témoigné avoir déclaré à l'automobiliste à qui elle était destinée (l'accusé) [TRADUCTION] « qu'il ne donnerait pas suite à cette contravention si [l'accusé] pouvait obtenir certains

125. *Id.*, 299.

126. *Id.*, 302.

127. *Id.*, 301. Cf. *R. c. Stoui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, mettant cependant en cause un traité antérieur aux dispositions en vertu desquelles l'accusé avait été inculpé. Le juge Lamer, alors juge puîné de la Cour suprême du Canada, fait remarquer, notamment, à la p. 1065, que « [l']article 88 de la *Loi sur les Indiens* vise justement à protéger les Indiens de la législation provinciale qui chercherait à abroger des droits protégés par un traité. » Rappelant l'opinion majoritaire de la Cour d'appel du Québec, il signale que « l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* immunisent (sic) les intimés de toute poursuite pour les activités qu'on leur reproche puisque celles-ci faisaient l'objet d'un traité dont les droits ne peuvent être limités par un texte législatif provincial » (p. 1033). On trouvera des observations sur l'immunité contre les poursuites dans des contextes semblables dans *R. c. Paul* (1988), 90 N.B.R. (2^e) 332 (B.R.) ; *R. c. Augustine* ; *R. c. Barlow* (1986), 74 N.B.R. (2^e) 156 (C.A.) ; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387 ; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104 ; *Myran c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 137. Sur la question des traités et de l'effet de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6 (maintenant L.R.C. (1985), ch. I-5), voir Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, pp. 556-562.

128. *R. c. Catagas*, précité, note 120, 301.

129. (1981) 21 C.R. (3^e) 296 (C.A. C.-B.).

renseignements précieux, sur le vol à main armée de Polson Place en particulier¹³⁰ ». Dans *R. c. Sayer*¹³¹, un témoin à charge avait fourni des renseignements à la police, [TRADUCTION] « ayant reçu de celle-ci l'assurance qu'il ne serait pas poursuivi pour cette infraction ni pour les autres et qu'il jouirait de la protection de la police, à la condition, cependant, qu'il dise tout et témoigne quant aux faits¹³². » La Cour d'appel de la Saskatchewan, par ailleurs, dans une affaire portant notamment sur le consentement d'une personne à l'interception et à l'admission en preuve de communications privées, *R. c. Voutsis*¹³³, a noté que le juge de première instance était [TRADUCTION] « convaincu que si elle avait consenti, c'était en contrepartie de la promesse que lui avait faite la police d'abandonner un certain nombre d'accusations qui pesaient contre elle¹³⁴ ».

Les arrêts publiés mentionnent aussi, toutefois, que les policiers et les autres agents de la paix ne sont pas habilités à conclure, de leur propre chef, des ententes liant le ministère public. Dans *R. c. Demers*¹³⁵, par exemple, la Cour d'appel du Québec a laissé entendre qu'il faudrait solliciter l'autorisation de la Couronne pour offrir une garantie d'immunité, la chose ne relevant pas de la compétence de la police. Un procureur de la Couronne avait aussi déclaré, dans sa déposition : « Je présume [que] les policiers ne doivent pas faire d'entente sans nous en parler¹³⁶ ». Dans *R. c. Metro News Ltd.*¹³⁷, l'accusé, qui avait été déclaré coupable d'avoir « distribué des choses obscènes¹³⁸ », a fait valoir en appel que les poursuites constituaient un abus de procédure. Il s'appuyait sur le fait que

130. *Id.*, 299. À un autre moment de sa déposition, l'agent de police aurait dit avoir déclaré à l'accusé [TRADUCTION] « qu'on pourrait oublier la contravention s'il obtenait des renseignements sur le vol à main armée de Polson Place » (p. 299), « que si les renseignements fournis étaient intéressants, ou s'avéraient exacts, la contravention ne serait pas transmise au directeur des véhicules automobiles » (p. 299) et « que d'autres renseignements devaient être obtenus pour que la contravention soit détruite » (p. 299).

131. (1989) 75 Sask. R. 71 (C.A.).

132. *Id.*, 71-72 (j. Cameron). Ainsi que la Cour l'a ajouté, cependant (p. 72), le témoin avait par la suite rencontré les forces de l'ordre et le poursuivant et [TRADUCTION] « la veille de l'enquête préliminaire, et à la suite de cette rencontre [...] il avait libéré les forces de l'ordre de leur engagement de ne pas le poursuivre ». Selon la preuve, le témoin, « ayant parlé avec les poursuivants, avait décidé de libérer les forces de l'ordre de leur engagement, de faire des aveux complets afin d'oublier son passé et de refaire sa vie » (p. 72).

133. (1989) 47 C.C.C. (3^e) 451.

134. *Id.*, 455 (j. Cameron). Une situation légèrement différente s'est présentée dans l'affaire *R. c. Mancuso* ; *R. c. Lee* (1989), 51 C.C.C. (3^e) 380, où la Cour d'appel du Québec (j. Richard, p. 384) a déclaré qu'un témoin avait « accepté de collaborer avec les forces de l'ordre, moyennant intervention auprès des autorités pour que soient suspendues les procédures engagées contre lui ». Mentionnons aussi l'affaire *R. c. Wile* (1990), 58 C.C.C. (3^e) 85 (C.A. Ont.) où, selon la Cour (p. 99), [TRADUCTION] « une entente a été conclue [...] en vertu de laquelle [une personne] devait fournir [à un agent de police] des renseignements utiles [...] en échange, peut-être, de l'immunité contre des poursuites ».

135. (1989) 21 Q.A.C. 47, 50 (j. Kaufman).

136. *Id.*, 52.

137. (1986) 29 C.C.C. (3^e) 35.

138. *Id.*, 39.

les autorités douanières avaient approuvé la publication en question, ainsi que sur une entente conclue avec les forces de l'ordre lui permettant de retirer certaines publications et d'échapper à des poursuites pénales¹³⁹. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la thèse de l'abus de procédure, notamment parce que l'appelant savait que l'entente en question ne pouvait le mettre à l'abri de poursuites sous le régime du *Code criminel*¹⁴⁰.

II. L'attitude du public et des tribunaux à l'égard de l'immunité

Dans son document de travail intitulé *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*¹⁴¹, la Commission avait souligné que la négociation du plaidoyer avait acquis une mauvaise réputation auprès du public canadien. Elle faisait état d'un sondage réalisé à l'échelle nationale pour elle par la firme Gallup Canada Inc., au cours duquel « plus de soixante-huit pour cent des personnes interrogées (et plus de soixante-dix-neuf pour cent des répondants ayant exprimé une opinion) ont déclaré désapprouver fortement, d'une manière générale, la pratique de la "négociation du plaidoyer", telle que nous l'avions définie¹⁴² ». Or, il est possible, bien que nous ne disposions d'aucune donnée concrète sur la question, que les garanties d'immunité soient l'objet d'une défaveur semblable.

Quoi qu'il en soit, il reste que la pratique a aussi ses défenseurs. Dans son rapport de 1976, par exemple, la Commission (québécoise) d'enquête sur le crime organisé¹⁴³ constatait avec quelque regret que, au Canada, les garanties d'immunité sont jugées inadmissibles, et défendait ceux qui s'abstiennent d'entamer des poursuites contre des personnes dont l'aide est essentielle pour traduire en justice les véritables responsables d'organisations criminelles. Elle recommandait que le procureur général offre ouvertement l'immunité en échange de témoignages véridiques, surtout lorsqu'il s'agit de faire la lutte aux organisations criminelles¹⁴⁴.

139. Selon la Cour (j. Martin, p. 42),

[TRADUCTION]

[u]n membre du "Projet P" ["une unité composée à la fois d'agents de la Police provinciale de l'Ontario et de la Police de la communauté urbaine de Toronto"] a déposé qu'il avait conclu une entente avec *Periodical Distributors of Canada* selon laquelle si le "Projet P" participait à une enquête sur l'un des périodiques approuvés par le comité, les forces de l'ordre avertiraient la *Periodical Distributors Association* afin qu'elle puisse retirer le périodique de la circulation.

140. La Cour ne croyait pas que (j. Martin, p. 75) :

[TRADUCTION]

« l'entente générale en vertu de laquelle l'appelant devait aviser les forces de l'ordre de l'approbation du conseil consultatif, en échange de quoi celles-ci devaient l'avertir qu'elles n'étaient pas d'accord avec l'avis du comité au sujet d'une publication donnée, de façon que l'appelant puisse retirer la publication de la circulation, ait fait subir à l'appelant un tort qui rendait inéquitables des poursuites contre lui au sujet de la publication faisant l'objet de l'accusation.

141. *Op. cit.*, note 1.

142. *Id.*, p. 7.

143. COMMISSION DE POLICE DU QUÉBEC, *La lutte au crime organisé au Québec : rapport d'enquête sur le crime organisé et recommandations*, Montréal, la Commission, 1976, pp. 222-223, cité par E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 18, p. 399.

144. COMMISSION DE POLICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 143, p. 223.

Indépendamment de leur opinion sur le mérite de certaines ententes portant garantie d'immunité ou sur la qualité des éléments de preuve obtenus grâce à elles, les tribunaux semblent en général avoir refusé de condamner la pratique en soi. Dans l'arrêt *R. c. Turner*¹⁴⁵, par exemple (une cause d'Angleterre), le lord juge Lawton a reconnu que le public a intérêt à ce que les criminels soient traduits en justice, et que [TRADUCTION] « plus le crime est grave, plus il est nécessaire d'en punir les auteurs¹⁴⁶. » Tout en estimant que [TRADUCTION] « [l]e fait de recourir, pour atteindre ce but, au témoignage d'un complice obtenu en échange d'une promesse d'immunité est jugé discutable depuis au moins trois cents ans par les juges, les avocats et le commun des mortels¹⁴⁷ », il a reconnu que « les garanties d'immunité sont parfois nécessaires dans l'intérêt public¹⁴⁸ ». Comme l'indique la décision *Betesh*¹⁴⁹, commentée plus haut, les tribunaux canadiens se sont à l'occasion portés à la défense de cette pratique, considérée comme relevant du pouvoir discrétionnaire du poursuivant. Dans cette affaire tranchée par une cour de comté, le juge Graburn s'était dit d'avis, rappelons-le, que le pouvoir de garantir l'immunité est compatible avec [TRADUCTION] « les traditions les plus élevées de l'administration de la justice¹⁵⁰ ». D'autres juges ont également exprimé leur approbation, quoique dans des termes peut-être moins éclatants. Ainsi, le juge Kaufman, de la Cour d'appel du Québec, a dans l'affaire *Demers* exprimé l'avis que [TRADUCTION] « une offre d'immunité, dans les cas où elle est opportune, n'est pas nécessairement une mauvaise chose en soi¹⁵¹ ».

Les tribunaux ne se sont pas davantage montrés enclins à condamner les arrangements financiers qui accompagnent fréquemment les garanties d'immunité. Dans *Palmer c. La Reine*¹⁵², par exemple, un témoin à charge dont la déposition était déterminante avait déclaré à l'enquête préliminaire et au procès de l'accusé, « qu'en retour de son consentement à témoigner contre Douglas Palmer et de son témoignage proprement dit, on lui avait promis l'immunité pour certaines accusations qui pesaient contre lui ainsi que la protection de sa famille et la sienne¹⁵³. » Mais à la suite de la condamnation de l'accusé, le témoin était revenu sur sa déposition : il affirmait que les agents de police l'avaient influencé, lui avaient remis un forte somme d'argent et qu'il avait été question de lui en donner encore. La Cour suprême du Canada a reconnu « qu'à l'occasion, les intérêts de la justice nécessitent la protection des témoins du ministère public dans les affaires criminelles. Leur vie, celle de leur famille et la sécurité de leurs biens peuvent être en danger.

145. (1975) 61 Cr. App. R. 67 (C.A.).

146. *Id.*, 79.

147. *Ibid.*

148. *Id.*, 80.

149. Précitée, note 14.

150. *Id.*, 245.

151. Précitée, note 135, 51.

152. [1980] 1 R.C.S. 759.

153. *Id.*, 765 (j. McIntyre).

En pareils cas, l'utilisation de fonds publics pour assurer la protection nécessaire ne sera pas inappropriée¹⁵⁴. » En revanche, la Cour n'a pas nié les dangers que présentent de telles ententes :

D'une part, on ne saurait tolérer l'intervention auprès des témoins parce que l'intégrité de tout le processus judiciaire dépend de la capacité des parties aux instances judiciaires de citer des personnes qui peuvent témoigner sans craintes ni pressions extérieures et dans l'assurance que leur famille et elles-mêmes ne subiront pas de représailles. D'autre part, les cours doivent être assez perspicaces pour s'assurer qu'en accordant une protection aux témoins, on ne fasse rien qui puisse influencer les témoignages à charge, nuire de quelque façon au procès ou entraîner un déni de justice¹⁵⁵.

Dans la mesure où « l'on a seulement accordé une protection raisonnable et nécessaire et [...] aucun préjudice ou déni de justice n'en a résulté¹⁵⁶ », la Cour suprême s'est dite d'avis qu'il ne faut pas « tirer de conclusions défavorables contre le ministère public du seul fait de cette utilisation de fonds publics¹⁵⁷. »

III. Le contrôle judiciaire

Contrairement aux ententes sur le plaidoyer, les ententes portant garantie d'immunité ne se prêtent pas facilement au contrôle judiciaire. Dans le cas des ententes sur le plaidoyer, les parties demandent souvent au tribunal, dans les faits, « d'accepter » l'entente à laquelle elles sont arrivées, soit en condamnant l'accusé à une peine qui concorde avec les termes de l'entente, soit (en vertu du paragraphe 606(4) du *Code criminel*) en acceptant que l'accusé s'avoue coupable « d'une [...] infraction se rapportant à la même affaire » et en le déclarant « non coupable de l'infraction dont il est inculpé et [...] coupable de l'infraction à l'égard de laquelle son plaidoyer de culpabilité a été accepté ». Dans le cas des garanties d'immunité, cependant, l'intéressé peut, en fait, n'avoir jamais été inculpé de l'infraction concernée et ne jamais comparaître devant le tribunal (sauf comme témoin à charge, éventuellement¹⁵⁸).

154. *Id.*, 779 (j. McIntyre).

155. *Ibid.* La Cour a poursuivi (pp. 779-780) :

Il faut reconnaître que, dans des affaires de cette nature, il arrivera que des accusations de corruption de témoins soient portées. C'est pourquoi les cours doivent faire preuve de vigilance dans la détection et la punition sévère de toute tentative d'influencer ou de corrompre des témoins. Les cours doivent s'acquitter de ce devoir avec le plus grand soin pour s'assurer que tout en ne permettant aucune manoeuvre incorrecte de la part du ministère public, la protection raisonnable et nécessaire des témoins ne soit pas une pratique interdite. Aux États-Unis, des textes de loi prévoient expressément ce genre de dépenses sous le contrôle du procureur général.

156. *Id.*, 779 (j. McIntyre).

157. *Ibid.*

158. Voir A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 311-312. On trouvera un exemple assez récent dans *R. c. Rowbotham* (1988), 25 O.A.C. 321. La Cour a mentionné (p. 359) : [TRADUCTION] « un complice non inculpé » qui « [a]près avoir conclu une entente portant garantie d'immunité contre des poursuites [...] a témoigné pour le ministère public et avant sa déposition a remis à la police une déclaration de soixante-cinq pages faite sous serment devant un juge de paix ».

Lorsque l'entente porte sur l'arrêt des procédures prévu à l'article 579 du *Code criminel*, la non-ingérence judiciaire est la règle générale. Ainsi que le déclarait le juge Craig de la Haute Cour de justice de l'Ontario dans l'affaire *Campbell c. Attorney-General of Ontario*¹⁵⁹ (où il n'était pas question des garanties d'immunité), [TRADUCTION] « [l]a décision ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire mais le procureur général doit en rendre compte à l'assemblée législative ou au Parlement¹⁶⁰ ». Le juge a bien mentionné [TRADUCTION] « la possibilité d'une exception lorsque l'on peut conclure à l'"inopportunité flagrante¹⁶¹" de l'arrêt des procédures ordonné par le procureur général¹⁶² », mais il a ajouté que dans l'instance [TRADUCTION] « rien ne laisse supposer que le procureur général ne veille pas à l'observation de la loi, ni que ses motifs ou la fin qu'il poursuit sont condamnables¹⁶³ ».

Au Canada, le juge qui tenterait d'influer sur les circonstances dans lesquelles une garantie d'immunité est octroyée ou sur le déroulement des négociations s'attirerait sûrement des critiques. Dans la décision anglaise *R. c. Turner*¹⁶⁴, le lord juge Lawton avait dit trouver [TRADUCTION] « choquante¹⁶⁵ » la promesse d'immunité faite par le Director

159. (1987) 31 C.C.C. (3^e) 289.

160. *Id.*, 299 ; on cite l'arrêt *Dowson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 144 ainsi que Eugene G. EWASCHUK, *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1983, p. 295 ; Connie SUN, « The Discretionary Power to Stay Criminal Proceedings » (1973-1974), 1 *Dalhousie L. J.* 482 ; *R. c. Dube* (1986), 17 W.C.B. 457 (C. distr. Ont.).

161. *Campbell c. Attorney-General of Ontario*, précité, note 159, 301. Le juge faisait ici allusion aux arrêts *Re Balderstone and The Queen* (1983), 8 C.C.C. (3^e) 532 (C.A. Man.) (poursvoi à la C.S.C. refusé [1983] 2 R.C.S. v) et *R. c. Moore* (1986), 26 C.C.C. (3^e) 474 (C.A. Man.). Dans la première affaire, la Cour avait déclaré, dans un autre contexte (j. en chef Monnin, p. 539) :

[TRADUCTION]

Il ne doit y avoir aucune confusion du judiciaire et de l'exécutif. Ce sont là deux fonctions indépendantes et distinctes. Les responsables des poursuites déposent une dénonciation ou dans certains cas un acte d'accusation. Les tribunaux entendent les causes dont ils sont saisis et statuent sur le fond ou sur le bien-fondé de procédures préliminaires. Si un juge prétendait contrôler les actes ou la conduite du procureur général — hors le cas d'une inopportunité flagrante — il risquerait de s'engager sur un terrain qui n'est pas le sien et de s'immiscer dans les fonctions administratives et accusatoires du procureur général ou de ses représentants. Or, c'est une chose qu'un juge doit éviter de faire.

Dans la seconde affaire, où le contexte était également différent, la Cour avait déclaré (j. Huband, p. 476) :

[TRADUCTION]

Si les tribunaux ont le pouvoir de faire enquête sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire conféré au procureur général, je ne vois pas au nom de quel principe l'exercice de tous ses autres pouvoirs discrétionnaires ne serait pas également visé par ce droit de regard. Il faudrait tenir des audiences et permettre aux parties de donner leur point de vue, avant de décider quelles accusations il y a lieu de porter, et contre qui. Le système de droit pénal tomberait dans la confusion.

162. *Campbell c. Attorney-General of Ontario*, précité, note 159, 301.

163. *Ibid.*

164. Précitée, note 145.

165. *Id.*, 80.

of Public Prosecutions à un individu comme le dénonciateur dans cette affaire et avait déclaré : [TRADUCTION] « [r]ien de tel ne doit plus jamais se reproduire¹⁶⁶ ». Le juge avait poursuivi en déclarant que le Director of Public Prosecutions ne devait faire des promesses d'immunité qu'avec [TRADUCTION] « la plus grande retenue¹⁶⁷ » et que [TRADUCTION] « dans les cas de crimes graves, il serait sage de consulter les conseillers juridiques de la Couronne [*law officers*] avant de faire quelque promesse que ce soit¹⁶⁸ ». Or quand la Chambre des lords a refusé d'autoriser le pourvoi, lord Dilhorne a explicitement déclaré que les tribunaux devaient s'abstenir de donner des directives en vue de régler la pratique en cause pour l'avenir.

IV. La divulgation

Comme l'a souligné un juriste canadien, il est parfois difficile de vérifier l'existence et la teneur des ententes portant garantie d'immunité¹⁶⁹. Lorsque l'entente prévoit le témoignage du bénéficiaire de l'immunité¹⁷⁰, faut-il en informer l'accusé ? Bien sûr, on le fait souvent. Dans *Turner c. Director of Public Prosecutions*¹⁷¹, par exemple, [TRADUCTION] « le Director of Public Prosecutions a décidé qu'il était dans l'intérêt public de citer comme témoin à charge [un individu soupçonné par la police et devenu délateur] plutôt que de le poursuivre pour les infractions dont il avait fait état dans sa déposition¹⁷² » et par la suite, il lui a donné officiellement l'assurance qu'il ne serait pas poursuivi pour les infractions en question¹⁷³. Or, comme l'indique le juge Mars-Jones, [TRADUCTION] « les conseillers juridiques de Turner, le juge de première instance et le jury ont été mis au courant de la nature de cet engagement¹⁷⁴ ».

Le fait que l'accusé ne soit pas informé des garanties d'immunité octroyées à des tiers peut cependant l'empêcher de présenter une « pleine réponse et défense » (droit établi aux paragraphes 650(3) et 802(1) du *Code criminel*). Il faut également tenir compte de certaines

166. *Ibid.*

167. *Ibid.*

168. *Ibid.*

169. Peter K. McWILLIAMS, *Canadian Criminal Evidence*, 3^e éd., Toronto, Canada Law Book, 1990, p. 26-24.

170. Dans *R. c. Turner*, précité, note 145, la garantie d'immunité donnée par l'adjoint du Director of Public Prosecutions faisait l'objet de la condition suivante : si les renseignements fournis par l'indicateur n'étaient pas suffisamment utiles pour servir d'éléments de preuve dans des poursuites, l'entente demeurerait secrète, ni le Directeur ni la police ne la mentionneraient dans aucune poursuite contre le délateur et il ne serait fait état d'aucune discussion relative à la possibilité que le délateur devienne témoin à charge. Le juge Lawton a critiqué cette condition, déclarant qu'elle (p. 80) [TRADUCTION] « aurait pu mettre sérieusement dans l'embarras tant les professionnels libéraux du personnel du directeur que les policiers si l'on avait décidé de continuer les poursuites contre [l'indicateur]. »

171. Précité, note 116.

172. *Id.*, 72 (j. Mars-Jones).

173. *Ibid.*

174. *Ibid.*

dispositions de la Charte¹⁷⁵ (article 7 et alinéa 11d). Dans l'arrêt *X. c. The United Kingdom*¹⁷⁶, l'un des accusés de l'affaire *R. c. Turner* avait présenté un recours à la Commission européenne des droits de l'homme, en prétendant que l'utilisation par le ministère public du témoignage d'un complice jouissant de l'immunité avait porté atteinte à ses droits établis au paragraphe 6(1) de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁷⁷. (De façon semblable à l'alinéa 11d) de la Charte, cette disposition garantit à tout accusé que sa cause sera entendue « équitablement¹⁷⁸ ».) Tout en reconnaissant que l'utilisation d'une telle preuve pouvait porter atteinte au paragraphe 6(1), la Commission européenne a attaché la plus grande importance au fait que l'entente avait été divulguée à l'avocat de la défense ainsi qu'au jury, pour finalement conclure que les droits fondamentaux de l'accusé n'avaient pas été violés.

Il serait manifestement inacceptable que l'accusé ou le tribunal soient induits en erreur quant à l'existence d'une garantie d'immunité. Dans l'arrêt *R. c. Dufresne*¹⁷⁹, la Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi d'un accusé qui avait sans succès interjeté appel de sa condamnation, en faisant état « des allégations graves et des éléments de preuve au soutien de celles-ci qui, sans être concluantes, jettent quand même un doute sérieux sur l'intégrité du comportement du ministère public et de la police dans ce dossier¹⁸⁰. » La Cour poursuit son explication en ces termes : « Il s'agit, entre autres allégations, de celle portant qu'un ou plusieurs officiers de police ou du ministère public ou les deux n'auraient pas révélé à la cour le fait qu'un témoin de la Couronne s'était parjuré et aurait induit la cour en erreur en niant l'existence des promesses d'un pardon qu'ils lui avaient bel et bien faites¹⁸¹ ».

175. Voir l'article 7 de la Charte, *supra*, note 47. L'alinéa 11d) dispose : « Tout inculpé a le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ».

176. Requête n° 7306/75 (1976), 7 Comm. Eur. D.H. D.R. 115.

177. 4 novembre 1950, Série des traités européens n° 5.

178. *Ibid.*

179. [1988] 1 R.C.S. 1095.

180. *Id.*, 1095.

181. *Ibid.* Cf. *R. c. Roy* (1989), 26 Q.A.C. 63.

V. Les répercussions sur la preuve

Les garanties d'immunité données en contrepartie d'un témoignage peuvent soulever diverses questions au chapitre de la preuve¹⁸², selon la façon dont elles sont formulées du point de vue chronologique. Lorsque la promesse de ne pas intenter de poursuites est subordonnée à un témoignage contre l'accusé, par exemple, l'entente tend à compromettre la crédibilité du témoin et la force probante de son témoignage¹⁸³. L'affaire *États-Unis d'Amérique c. Shephard*¹⁸⁴ est intéressante à cet égard. Une demande de mandat présentée sous le régime de la *Loi sur l'extradition*¹⁸⁵ reposait sur l'affidavit d'un individu à qui l'on avait promis l'immunité (assurance d'un rejet des accusations qui pesaient contre lui aux États-Unis). Ayant déclaré que selon le critère établi dans la loi, « il faut déterminer si la preuve justifierait l'incarcération préventive¹⁸⁶ », et que « c'est le même critère que celui que l'on applique au procès, lorsque, à la fin de l'exposé du ministère public, on fait une requête visant à obtenir un verdict imposé¹⁸⁷ », le juge d'extradition avait rejeté la requête, pour le motif que le témoignage de la personne bénéficiant de l'immunité

182. Voir, d'une manière générale, *R. c. McNamara (n° 1)* (1981), 56 C.C.C. (2^e) 193, 280-281 (C.A. Ont.) (pourvoi à C.S.C. refusé, pp. 193 (n.), 576) ; *R. c. Roach* (1984), 12 W.C.B. 473 (C.A. C.-B.). Même en l'absence d'une entente, l'espoir que nourrit un témoin d'obtenir l'immunité peut influencer sur la façon dont son témoignage est perçu. Voir *R. c. Symonds* (1983), 1 O.A.C. 103, où la Cour (j. Martin, p. 106) a noté que [TRADUCTION] « l'agent enquêteur et [un témoin à charge] ont été contre-interrogés sur la question de savoir si [le témoin] avait obtenu une promesse d'immunité contre des poursuites en échange de sa déposition » et que « tous deux ont nié que l'immunité ait été promise [au témoin] en échange de sa déposition ». Le juge Martin a alors ajouté (p. 106) : [TRADUCTION] « Il est malheureux que le juge de première instance ait déclaré que pour conclure que [le témoin] avait compromis l'accusé afin d'obtenir l'immunité contre des poursuites, il leur faudrait conclure qu'il y avait eu complot. Le jury pourrait arriver à la conclusion que [le témoin] donnait son témoignage dans l'espoir d'obtenir l'immunité contre des poursuites même s'il n'y avait pas eu de promesse explicite d'immunité ».

183. Voir *R. c. Ertel*, précité, note 6. Dans cette affaire, le juge Lacourcière de la Cour d'appel de l'Ontario a fait observer ce qui suit (p. 404) : [TRADUCTION] « Les principaux témoins du ministère public étaient deux coaccusés de l'appelant [...] qui [...] avaient conclu "un marché" avec le ministère public. » La Cour avait auparavant fourni ces explications (p. 403) : [TRADUCTION] « Deux de ceux qui avaient été renvoyés à leur procès [...] ont conclu une entente avec le ministère public, en vertu de laquelle ils plaideraient coupable et témoigneraient pour le ministère public. Celui-ci, en retour, abandonnerait l'accusation d'importation qui pesait contre eux (premier chef) et recommanderait qu'on leur inflige une peine de six mois d'emprisonnement pour l'accusation de trafic (second chef). » Avant de témoigner contre l'accusé, les témoins avaient [TRADUCTION] « plaidé coupable sur le second chef de l'acte d'accusation » (p. 403) et « les procédures sur le premier chef retenu contre eux avaient été arrêtées » (p. 403). Aucun des témoins n'avait été condamné à une peine, cependant, et l'un d'eux [TRADUCTION] « a admis qu'il croyait que si son témoignage n'incriminait pas l'appelant, le ministère public ne recommanderait pas une peine de six mois pour sa participation au complot et qu'il pourrait être passible de la peine minimale de sept ans sur l'accusation d'importation » (p. 407). Vu les circonstances, la Cour d'appel a exprimé l'avis que le juge de première instance (qui avait retenu la déposition des deux témoins) avait [TRADUCTION] « à juste titre désapprouvé la "procédure choquante" consistant à faire déposer [ces témoins] avant qu'il ait été statué sur les accusations portées contre eux » (p. 410). Voir aussi *R. c. Demeter* (1975), 10 O.R. (2^e) 321, 335 (C.A.) (confirmé par [1978] 2 R.C.S. 538). Cf. *R. c. Desgroseillers*, [1986] O.J. n° 112 (C.A.). Voir *R. c. Rooke* (1988), 40 C.C.C. (3^e) 484 (C.A. C.-B.) où la question de la chronologie n'est pas parfaitement claire à la lecture de la décision.

184. [1977] 2 R.C.S. 1067.

185. L.R.C. (1985), ch. E-23, depuis la révision des lois fédérales.

186. *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, précité, note 184, 1079-1080.

187. *Id.*, 1080.

était manifestement si peu digne de foi « qu'il lui était permis de le considérer comme "n'étant pas suffisant" au sens du par. (1) de l'art. 475 [l'actuel par. 548(1)] du *Code criminel*¹⁸⁸. » Mais la Cour suprême du Canada, finalement saisie de l'affaire, a jugé à la majorité que le juge d'extradition s'était trompé. Le juge Ritchie, qui a rédigé l'opinion de la majorité, a noté que la personne ayant bénéficié de l'immunité était malgré tout un témoin compétent, que sa déposition était recevable, et que la crédibilité du témoin était une question qui « relevait du jury ou du juge siégeant seul dans un procès sans jury¹⁸⁹ ». Par la suite, la Cour suprême a ajouté dans *Vetrovec c. La Reine*¹⁹⁰ : « Même dans les cas où l'on promet l'immunité, on ne doit pas nécessairement conclure que le complice n'est pas digne de foi. »

La garantie d'immunité n'est pas toujours subordonnée à un témoignage *préalable*. Dans *R. c. Turner*¹⁹¹, par exemple, le lord juge Lawton a établi une distinction avec la décision *R. c. Pipe*¹⁹² (où le témoignage d'un complice avait été jugé irrecevable). Dans ce dernier cas, a-t-il déclaré, [TRADUCTION] « le motif de la décision concerne strictement une cause dans laquelle, afin de faire condamner un autre accusé, on demande à un complice, qui a été inculpé mais n'a pas été jugé, de témoigner au sujet de sa propre infraction¹⁹³ ». Dans l'affaire *Turner*, par contre, le témoin avait déjà été traduit en justice sous quatre chefs d'accusation et avait été acquitté, le poursuivant s'étant abstenu de produire quelque élément de preuve contre lui. Soulignant que [TRADUCTION] « [l]orsque [le témoin] s'est présenté à la barre tant devant les magistrats que pendant le présent procès, il ne risquait pas vraiment d'être poursuivi s'il refusait de rendre témoignage¹⁹⁴ », et que

188. *Id.*, 1085 (j. Ritchie).

189. *Id.*, 1087.

190. [1982] 1 R.C.S. 811, 821 (j. Dickson, alors juge puîné).

191. Précité, note 145.

192. (1967) 51 Cr. App. R. 17 (C.A.). Dans l'arrêt *Shephard*, précité, note 184, la Cour suprême du Canada (j. Ritchie, s'exprimant au nom de la majorité, p. 1085) a exprimé l'avis que le juge d'extradition dans cette affaire avait eu raison de déclarer « que l'arrêt PIPE va plus loin que la pratique au Canada et que, dans notre pays, le seul fait qu'un complice soit sous le coup d'inculpations encore pendantes ne rend pas irrégulière une condamnation fondée sur son témoignage. » Voir aussi *R. c. Piercey* (1988), 42 C.C.C. (3^e) 475 (C.A. T.-N.).

193. *R. c. Turner*, précité, note 145, 78.

194. *Id.*, 79. Selon le lord juge (p. 79) :

[TRADUCTION]

Quand [le témoin] a décidé de fournir à la police des renseignements sur ses complices, la perspective d'obtenir l'immunité contre toute autre poursuite constituait une très forte incitation. Il faut néanmoins tenir compte de la situation où se trouvait [le témoin] au moment de sa déposition. Toutes les accusations portées contre lui s'étaient terminées en sa faveur. Par le moyen d'une absurde accusation de complot, le poursuivant avait tenté de lui accorder l'immunité contre des poursuites pour toutes les infractions dont il avait fait état dans ses déclarations. Si, une fois les verdicts de non-culpabilité rendus en sa faveur, il avait refusé de témoigner et si le poursuivant, en se fondant sur la différence entre une accusation de complot relatif à un vol et une accusation de vol, avait tenté de le poursuivre pour quelque infraction consommée dont il avait révélé l'existence, ses déclarations auraient été irrecevables, parce que obtenues par le moyen d'incitations.

[TRADUCTION] « [I]e seul risque qu'il courait était que la police lui retire la protection dont il avait joui et refuse de le conduire en secret là où il voulait aller¹⁹⁵ », le lord juge a exprimé l'avis qu'au regard de ces faits, il fallait faire une distinction entre le cas dont il était saisi et l'affaire *Pipe*¹⁹⁶.

Comme semble l'indiquer la décision rendue dans l'affaire *Turner*, le fait qu'une personne ait obtenu une garantie d'immunité avant de témoigner peut influencer sur la crédibilité attribuée à sa déposition¹⁹⁷. La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande l'a reconnu dans *R. c. McDonald*¹⁹⁸. L'accusé prétendait, en appel, que la preuve d'une garantie d'immunité donnée par le solliciteur général à deux témoins clés du ministère public n'aurait pas dû être reçue au procès. Rejetant cet argument, la Cour a établi une analogie avec [TRADUCTION] « la longue tradition voulant que la Couronne puisse demander à un complice cité comme témoin de confirmer dans sa déposition qu'une décision a déjà été prise à son égard, quant à sa participation à une infraction¹⁹⁹. » Le juge a ajouté :

[TRADUCTION]

Cette preuve est nécessairement présentée au jury afin qu'il sache que, dans cette mesure tout au moins, le sort réservé au complice pour sa participation à l'infraction ne dépend plus de la faveur de la Couronne ou du tribunal. À notre avis, la déclaration suscitée en l'espèce l'a été pour une fin semblable et était recevable à cette fin, à savoir, permettre au jury d'apprécier la force probante des dépositions [des deux témoins] grâce à une connaissance suffisante des circonstances dans lesquelles ils en étaient venus à témoigner contre McDonald²⁰⁰.

Dans l'arrêt *R. c. Black*²⁰¹, l'un des témoins avait lui-même été inculpé au départ de [TRADUCTION] « toutes les infractions décrites dans le présent acte d'accusation²⁰² ». Au procès de ce témoin, cependant, [TRADUCTION] « [I]e poursuivant n'avait présenté aucune preuve contre lui et il avait ainsi été acquitté²⁰³. » Vu les circonstances, le juge de première instance avait déclaré au jury, après la déposition du témoin en question : [TRADUCTION] « On vous [. . .] a dit qu'un certificat d'acquiescement avait été déposé à son sujet [. . .] avant qu'il témoigne dans la présente cause ; cela signifie qu'il est hors de la portée du ministère public. Il l'était lorsqu'il a témoigné dans la présente cause²⁰⁴. »

195. *Ibid.*

196. *Ibid.*

197. Voir *R. c. Stevenson* (1971), 5 C.C.C. (2^e) 415 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, [TRADUCTION] « un témoin à charge avait été accusé de la même infraction mais la Couronne a retiré l'accusation et au procès de l'appel, on a tenté de contre-interroger [le témoin] sur les ententes conclues entre elle et le procureur de la Couronne avant le retrait de l'accusation » (j. en chef Gale, p. 415). Bien que [TRADUCTION] « [I]e juge de première instance n'ait pas permis le contre-interrogatoire » (p. 415), la Cour d'appel de l'Ontario a ultérieurement exprimé l'avis que [TRADUCTION] « cette preuve était recevable pour établir la crédibilité [du témoin] et elle aurait dû être reçue » (p. 415).

198. Précité, note 106.

199. *Id.*, 106 (j. Richmond).

200. *Ibid.*

201. (1970) 10 C.R.N.S. 17 (C.A. C.-B.).

202. *Id.*, 29.

203. *Ibid.*

204. *Ibid.*

Le juge a ajouté que le témoin avait admis avoir conclu un marché avec la police²⁰⁵ et que cela n'était pas illégal²⁰⁶, en disant aux jurés qu'il leur revenait de [TRADUCTION] « déterminer s'il était motivé ou non par un autre souci que celui de dire la vérité lorsqu'il a fait sa déposition²⁰⁷ ». Il a aussi donné ces précisions :

[TRADUCTION]

[S]i vous avez un doute au sujet de quelque partie de sa déposition [...] du fait qu'il soit un complice, vous ne devriez certainement pas, sur une question essentielle, le croire sur sa parole. Mais le ministère public vous dit que la vraie question, en l'occurrence, est celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, pas celle de savoir si le ministère public a conclu une entente avec cet homme et si ce dernier a ainsi échappé à toute sanction²⁰⁸.

En appel, on a prétendu que le témoin n'était pas véritablement « hors de la portée du ministère public » puisque [TRADUCTION] « dans le cas où il serait inculpé de nouveau des infractions décrites dans le présent acte d'accusation, il ne pourrait opposer le moyen d'*autrefois acquit*²⁰⁹ ». Mais le juge Maclean, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, n'a pas voulu [TRADUCTION] « se prononcer sur le bien-fondé de cette thèse sur le plan technique²¹⁰ », puisque pour lui « la question [était] en fait de savoir si [le témoin], au moment où il a déposé, [...] pensait que les accusations portées contre lui [...] étaient toujours pendantes²¹¹. » Il a conclu que [TRADUCTION] « le simple fait que [le témoin] ait comparu au procès et qu'il ait témoigné comme il l'a fait, s'incriminant lui-même ainsi que d'autres personnes, indique qu'il devait avoir l'impression que sa libération par la *Magistrate's Court* supprimait tout risque de poursuites pour les infractions décrites dans l'acte d'accusation²¹². »

205. *Id.*, 30.

206. *Ibid.*

207. *Ibid.*

208. *Ibid.*

209. *Id.*, 29.

210. *Ibid.*

211. *Ibid.*

212. *Id.*, 30. Cf. *R. c. Wilson* (1981), 12 Man. R. (2^e) 195 (C.A.), où, selon la Cour (j. O'Sullivan, p. 196), le principal témoin à charge, [TRADUCTION] « [b]ien que manifestement coupable d'importation et de trafic, [...] a obtenu l'immunité contre les poursuites [...] en retour de son consentement à collaborer à la dénonciation des autres membres du réseau de la drogue ». Bien qu'il ait été statué qu'il n'y avait eu [TRADUCTION] « ni tort appréciable ni déni de justice » (voir le sous-alinéa 686 (1)b) (iii) du *Code criminel* actuel), la Cour d'appel du Manitoba a accepté la thèse du procureur

[TRADUCTION]

suivant laquelle, même si le savant juge de première instance avait à juste titre averti le jury du danger de condamner un individu sur la foi de la déposition d'une personne ayant participé avec lui au complot, sans corroboration, il avait atténué sa mise en garde en invitant le jury à tenir compte de la véracité du complice indépendamment de la corroboration, et en indiquant au jury que le complice n'avait rien à gagner en se livrant à quelque fabrication, puisque l'« affaire » avait déjà été conclue (pp. 196-197).

Une garantie d'immunité contre des poursuites est manifestement une incitation qui aurait pour effet, au sens de la règle établie dans l'arrêt *Ibrahim*²¹³, d'enlever tout caractère « volontaire » à un aveu²¹⁴. Dans l'affaire *Kalashnikoff*²¹⁵, un officier de police qui avait dressé une contravention à la circulation contre l'accusé, avait obtenu de celui-ci une déclaration après lui avoir dit [TRADUCTION] « qu'il ne donnerait pas suite à cette contravention si [l'accusé] pouvait obtenir certains renseignements précieux, sur le vol à main armée de Polson Place en particulier²¹⁶ ». D'après la déposition de l'officier de police, l'accusé venait de lui déclarer [TRADUCTION] « qu'il ne pouvait pas se permettre de prendre cette contravention, car elle allait lui faire perdre son permis de conduire²¹⁷. » Vu les circonstances, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que [TRADUCTION] « [l]a déclaration avait été faite avec l'espoir d'en retirer un avantage²¹⁸ » et aurait dû être tenue pour irrecevable au procès de l'accusé pour vol qualifié.

Il arrive que les autorités offrent l'immunité à une personne pour l'amener à consentir à l'interception et à l'admission en preuve de communications privées (suivant les alinéas 184(2)a) et 189(1b) du *Code criminel* [nouvelle numérotation]). Les tribunaux ont eu à déterminer si le consentement obtenu contre une telle garantie peut être considéré comme volontaire. Dans l'arrêt *R. c. Dass*²¹⁹, par exemple, le juge de première instance a observé que la personne ayant donné le consentement exigé par l'alinéa 189(1b) [TRADUCTION] « n'a pas fait l'objet de poursuites²²⁰ » et que « les accusations ont été abandonnées à la condition qu'elle témoigne et consente à ce que les communications interceptées soient admises en preuve²²¹ ». Estimant que le critère établi dans l'arrêt *Ibrahim* (caractère volontaire) s'appliquait et qu'il n'y avait pas été satisfait, le juge a conclu que le consentement était insuffisant.

On est en revanche arrivé à une conclusion différente dans l'arrêt *R. c. Bengert* (n^o 3)²²². Le poursuivant voulait [TRADUCTION] « produire certaines communications privées entre de prétendus comploteurs, en vertu du consentement explicite donné à la

213. [1914] A.C. 599 (C.P.). Selon cette règle, [TRADUCTION] « aucune déclaration d'un accusé n'est recevable en preuve contre lui, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensé ou promis par une personne ayant autorité » (lord Sumner, p. 609). Voir *R. c. Gillis* (1866), 11 Cox C.C. 69 (C.A.C.); *R. c. Houghton* (1978), 68 Cr. App. R. 197 (C.A.); *R. c. Barker* (1941), 28 Cr. App. R. 52 (C.A.C.), tous cités par F. KAUFMAN, *op. cit.*, note 101, p. 199.

214. Voir A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 305-306.

215. Précitée, note 129. Cf. *R. c. Mathias*, *The Times*, 24 août 1989 (C.A.), étudié dans *Archbold: Pleading, Evidence & Practice in Criminal Cases, Eighth Cumulative Supplement to the Forty-Third Edition*, Londres, Sweet & Maxwell, 1990, p. 286.

216. *R. c. Kalashnikoff*, précité, note 129, 299.

217. *Id.*, 298.

218. *Id.*, 299.

219. (1977) 39 C.C.C. (2^e) 465 (B.R. Man.), confirmé par (1979) 47 C.C.C. (2^e) 194 (C.A. Man.).

220. *Id.*, 466.

221. *Ibid.*

222. (1978) 15 C.R. (3^e) 13 (C.A. C.-B.).

barre des témoins [...] par certains d'entre eux²²³ ». Le juge Berger a expliqué que [TRADUCTION] « les témoins qui ont donné leur consentement avaient déjà consenti à collaborer avec la police pour éviter d'être accusés eux-mêmes²²⁴ », et que « [l]'entente conclue avec la police [...] supposait qu'ils consentent à l'admission en preuve des communications privées²²⁵ ». Il a ajouté : [TRADUCTION] « Tous avaient obtenu une promesse d'immunité. Certains d'entre eux bénéficient présentement de la protection de la police ; incapables de se trouver du travail, ils reçoivent 800 \$ par mois. Certains se sont fait promettre de fortes sommes d'argent — 50 000 \$ dans deux cas, 35 000 \$ et 30 000 \$ dans deux autres cas — pour être en mesure de refaire leur vie après le procès²²⁶ ». Devant ces faits, le juge a exprimé l'avis que [TRADUCTION] « le consentement de ces témoins a été obtenu par divers moyens : menace de poursuites, garantie d'immunité, versement d'argent, etc.²²⁷ », et que si on appliquait la règle régissant les aveux, [TRADUCTION] « les consentements obtenus ne rendraient pas les communications privées admissibles²²⁸ ». Le juge Berger est tout de même arrivé à la conclusion que les consentements étaient valides et la preuve admissible, parce que [TRADUCTION] « la règle relative aux aveux est destinée à garantir que les déclarations faites par des accusés sont dignes de foi²²⁹ », et « aucune question de cette nature ne se pose dans le cas de l'alinéa 178.16(1)b) [alinéa 189(1)b) selon la nouvelle numérotation]²³⁰ ». Il a ajouté : [TRADUCTION] « Qu'il suffise de dire qu'en l'espèce les témoins devaient faire un choix. Ils n'étaient pas obligés de consentir. Ils auraient pu refuser de collaborer et de donner le consentement demandé, et ainsi courir le risque d'un procès. On peut dire de chacun des témoins que son choix émanait de sa volonté²³¹ ».

Dans l'arrêt *Goldman c. La Reine*²³², où il était question d'un consentement donné en vertu de l'actuel alinéa 184(2)a), la Cour suprême du Canada, dans un jugement majoritaire, a ultérieurement parlé d'un « consentement [...] donné par suite de la promesse ou de l'espoir d'une indulgence ou d'une immunité de poursuites », et déclaré que « [d]es incitations de cette nature ou la contrainte résultant de menaces de poursuites rendront inadmissible une confession ou une déclaration faite par un prévenu à des personnes ayant

223. *Id.*, 14 (j. Berger).

224. *Ibid.*

225. *Ibid.*

226. *Ibid.*

227. *Ibid.*

228. *Ibid.*

229. *Ibid.*

230. *Ibid.*

231. *Id.*, 15.

232. [1980] 1 R.C.S. 976, le juge McIntyre (les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte souscrivant à son opinion), p. 1006. Voir aussi l'arrêt récent *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 31.

autorité parce que la confession ou déclaration pourrait être touchée ou influencée par l'incitation ou la contrainte²³³ », mais que « [d]es considérations différentes entrent en jeu [...] lorsqu'il s'agit d'un consentement de la nature de celui examiné ici²³⁴. »

VI. Le respect des ententes portant garantie d'immunité

Les tribunaux canadiens se sont montrés disposés à donner effet aux ententes portant garantie d'immunité lorsqu'il y avait été contrevenu. Le juge Berger de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ayant constaté que le ministère public avait commis un abus de procédure en voulant renier sa promesse de ne pas engager de poursuites, a déclaré dans l'arrêt *Re Smith and The Queen*²³⁵ que [TRADUCTION] « [l]e simple citoyen a le droit de s'attendre à ce que la Couronne tienne parole²³⁶. »

Dans l'affaire *Betesh*²³⁷, dont il a déjà été question, le juge Graburn a veillé au respect d'une garantie d'immunité, en ordonnant l'arrêt de poursuites qu'il tenait pour abusives. Il s'est appuyé notamment sur l'arrêt *R. c. Agozzino*²³⁸ (où la Cour d'appel de l'Ontario avait rendu une ordonnance semblable à cause de l'existence d'une entente sur le plaidoyer) et a déclaré :

233. *Goldman c. La Reine*, précité, note 232, 1006.

234. *Ibid.* Voir aussi *Rosen c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 961. Dans une affaire plus récente, *R. c. Voutsis*, précitée, note 133, un témoin avait [TRADUCTION] « donné à la police un consentement, signé en bonne et due forme, autorisant celle-ci à intercepter ses communications avec [l'accusé] et à les produire au cours d'un procès ultérieur » (j. d'appel Cameron, p. 455). Analysant la façon dont le juge de première instance avait statué sur la question du consentement, la Cour d'appel de la Saskatchewan a déclaré (j. Cameron, p. 455) :

[TRADUCTION]

Il a conclu que [le témoin] comprenait la nature de son consentement ; qu'elle était consciente de ce qu'elle faisait lorsqu'elle l'a donné ; qu'elle appréciait l'importance de son geste ; qu'elle était consciente de l'utilisation que les forces de l'ordre feraient de son consentement s'il survenait une infraction au cours de sa réunion avec [l'accusé] ; et qu'elle avait donné son consentement sciemment, volontairement et sans contrainte. Bien que persuadé qu'elle avait consenti en contrepartie de la promesse que les forces de l'ordre lui avaient faite d'abandonner un certain nombre d'accusations qui pesaient encore contre elle — ayant trait à l'obtention illégale de stupéfiants —, il a conclu qu'elle avait donné son consentement volontairement et sans contrainte. Il a noté également que, dans sa déposition, [le témoin] avait fait connaître son consentement à ce que les communications soient admises en preuve, et s'est dit persuadé qu'elle savait ce qu'elle faisait et qu'elle en comprenait les conséquences.

Vu l'ensemble de la preuve et la façon dont le juge de première instance a abordé les questions, nous ne trouvons aucun motif valable d'infirmer sa conclusion, à savoir que le ministère public avait satisfait aux conditions préalables fixées par la loi pour l'admission de la communication interceptée.

235. (1974) 22 C.C.C. (2^e) 268.

236. *Id.*, 272.

237. Précitée, note 14.

238. [1970] 1 C.C.C. 380.

[TRADUCTION]

Un dernier mot : d'aucuns diront que le jugement que je rends aujourd'hui prive un citoyen de ses recours auprès du tribunal pour le redressement d'un préjudice qui lui aurait été causé. Une telle affirmation est insoutenable pour deux motifs. Nous avons affaire ici à des poursuites pénales. Ce n'est pas le citoyen mais l'État qui se voit refuser l'accès aux tribunaux. Et ce n'est pas la Cour qui a refusé à l'État le droit de s'adresser à elle : c'est l'État lui-même qui y a renoncé en concluant l'entente du 26 avril 1974.

Il s'en trouvera beaucoup, et je serai du nombre, pour estimer qu'il était fort malavisé d'insérer la clause relative à l'immunité dans l'entente du 26 avril 1974, empêchant ainsi un citoyen ayant apparemment subi un préjudice d'avoir recours aux mécanismes du droit pénal.

Néanmoins, si malavisé que cela ait été selon moi, il serait contraire à la loi de laisser ces poursuites se dérouler, vu l'entente conclue et [...] l'arrêt *Agozzino*.

À mon avis, la Couronne est liée par son engagement [...] ; le fait de manquer à son engagement constitue un abus de la procédure de cette Cour²³⁹.

Dans l'affaire *R. c. Crneck*²⁴⁰, l'accusée Bradley avait fait une déclaration par écrit à la police. Une entente avait au préalable été conclue : d'une part, la déclaration en question ne serait utilisée dans aucune poursuite contre son auteur ; d'autre part, Bradley serait citée comme témoin à charge contre l'accusée Crneck, plutôt que de subir elle aussi son procès, pourvu que sa déclaration corresponde à une autre faite antérieurement et soit compatible avec certaines déclarations d'autres personnes. Une fois la déclaration faite et étudiée, le procureur s'était engagé auprès de l'avocat de Bradley à ne pas traduire celle-ci en justice, mais à la faire déposer contre Crneck. Lorsqu'un nouveau procureur a décidé de poursuivre Bradley en dépit de ces arrangements, elle a demandé un arrêt des procédures, en invoquant le [TRADUCTION] « préjudice manifeste²⁴¹ » que cela lui causait et le fait qu'il s'agissait d'un abus de procédure ayant pour effet de [TRADUCTION] « déconsidérer l'administration de la justice²⁴². » Faisant droit à cette requête, pour le motif que l'accusée Bradley subirait une oppression ou un préjudice sérieux, au sens donné à ces termes dans la théorie de l'abus de procédure²⁴³, le juge Krever a déclaré :

239. *R. c. Betesh*, précité, note 14, 252.

240. (1980) 55 C.C.C. (2^e) 1 (H.C. Ont.).

241. *Id.*, 10 (j. Krever).

242. *Ibid.*

243. *Id.*, 13.

[TRADUCTION]

Si l'on permet à la Couronne de se dédire de l'entente par laquelle elle s'était engagée à mettre fin aux poursuites contre M^{lle} Bradley après que celle-ci se serait acquittée de son engagement, la Couronne lui aura à mon avis causé un préjudice grave dans sa défense contre cette accusation. Il faut se rappeler qu'elle et M^{lle} Crneck sont des coaccusées et que cette dernière, n'étant pas partie à l'entente, ne peut en subir quelque préjudice. Si, au procès, M^{lle} Bradley se présentait à la barre des témoins pour sa propre défense, comme elle en a parfaitement le droit, et imputait les faits à M^{lle} Crneck, l'avocat de cette dernière aurait le droit de contre-interroger M^{lle} Bradley sur sa crédibilité. Il pourrait, pour cela, faire état de l'entente — je ne parle pas du contenu de la déclaration mais de l'entente avec la Couronne — et prétendre qu'en incriminant M^{lle} Crneck, elle avait tenté d'obtenir l'immunité contre des poursuites et éviter ainsi d'être condamnée. Le jury apprendrait ainsi l'existence de l'entente et, voyant M^{lle} Bradley au banc des accusés, il pourrait en conclure que le fait que la Couronne ait manqué à sa promesse laisse à penser qu'elle était coupable. Même s'il était possible de surmonter cette difficulté au moyen des directives au jury, ce dont je doute, rien ne pourrait être fait pour contrer l'effet du coup porté par M^{lle} Crneck à la crédibilité de M^{lle} Bradley par cette allusion à l'entente, coup, je l'ai dit, que l'avocat de M^{lle} Crneck aurait le droit de porter. M^{lle} Bradley pourrait donc fort bien être dissuadée de se présenter à la barre des témoins pour sa propre défense et se voir ainsi privée totalement ou partiellement d'une véritable occasion de présenter une pleine réponse²⁴⁴.

Ce ne sont pas seulement les poursuites intentées contre la personne jouissant de l'immunité qui peuvent amener les tribunaux à veiller au respect de l'entente conclue. Par exemple, un arrêt récent de la Cour suprême du Canada, *R. c. A.*²⁴⁵ (qui n'a pas trait en soi à une garantie d'immunité contre des poursuites), a d'importantes répercussions sur les ententes relatives à la protection du témoin ou de sa famille. Dans cette affaire, « [l]a G.R.C. s'est engagée à assurer la protection de A., B. et C.²⁴⁶ » ; mais « on craignait que les appelants soient mis en danger par le témoignage que l'un d'eux devait donner à un procès criminel, en vertu d'une assignation²⁴⁷ » et, « en raison de cette crainte [. . .] on a demandé, par voie de *certiorari*, l'annulation de l'assignation ou, subsidiairement, un redressement fondé sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁴⁸. » On a en outre signalé que « A a spécifiquement déclaré sous serment qu'il était prêt à témoigner si la protection de B et de C était assurée ou si la G.R.C. parvenait à convaincre le juge saisi de la requête que la protection de B et de C n'était plus nécessaire²⁴⁹. » Le juge saisi de la requête « l'a rejetée pour la raison, d'abord, que l'assignation était valide et, en second lieu, que B et C étaient à l'extérieur du pays et qu'un redressement en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne peut être accordé à des personnes vivant ailleurs qu'au

244. *Id.*, 12-13.

245. [1990] 1 R.C.S. 995.

246. *Id.*, 998 (j. Cory).

247. *Id.*, 997.

248. *Ibid.*

249. *Ibid.*

Canada²⁵⁰ », mais la Cour suprême du Canada a conclu à la majorité que le juge avait fait une erreur. Dans l'exposé de ses motifs, le juge Sopinka²⁵¹ a fait observer qu'« il est évident qu'un tribunal peut contrôler l'abus de ses procédures²⁵² », que « [il] peut y avoir abus du pouvoir d'assigner même si, à la lecture, l'assignation paraît régulière²⁵³ » et que « si la conduite des pouvoirs publics constituait un abus des pouvoirs d'assignation, il aurait été possible d'accorder réparation²⁵⁴ ». En outre, « si l'on avait établi la présence d'une violation de l'art. 7, les requérants auraient pu obtenir réparation. La menace pesant sur B et C avait une incidence non seulement sur eux-mêmes et leur sécurité, mais aussi sur A. Leur protection était un mode de redressement pour A même si cela signifiait qu'il faudrait alors prendre des mesures concrètes et matérielles en dehors du ressort du tribunal²⁵⁵. »

Il n'est pas toujours facile pour les tribunaux d'établir si une garantie d'immunité a bien été donnée, comme on a pu le constater dans une affaire récente, *R. c. Demers*²⁵⁶. L'accusé avait fait appel de condamnations relatives à plusieurs chefs, en faisant valoir que le juge de première instance aurait dû annuler les accusations portées contre lui. Dans sa requête au juge de première instance, il avait prétendu que deux agents de police lui avaient promis l'arrêt des poursuites sur de telles accusations s'il fournissait des renseignements sur un homicide ; on lui aurait dit en outre qu'un représentant du bureau du procureur de la Couronne avait approuvé cette entente. Les poursuites, faisait valoir l'accusé, constituaient un abus de procédure et violaient les articles 7, 9, 11 et 12 de la Charte. Mais comme le juge Kaufman devait le faire remarquer par la suite au nom de la Cour d'appel du Québec, [TRADUCTION] « [m]alheureusement, le procureur de la Couronne en cause ne pouvait se rappeler avec certitude ce qui s'était produit²⁵⁷ ».

250. *Id.*, 998.

251. Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier souscrivant à son opinion.

252. *R. c. A.*, précité, note 245, 1003.

253. *Ibid.*

254. *Ibid.*

255. *Ibid.*

256. Précitée, note 135.

257. *Id.*, 50. Le procureur de la Couronne a déposé en ce sens (p. 51) :

Q. Est-ce que, à votre connaissance, y a eu un engagement à un moment ou l'autre, quel qu'il soit, qui a été porté à votre connaissance et auquel vous auriez acquiescé ou que vous auriez refusé à l'effet qu'il y aurait arrêt définitif des procédures dans le cas de Monsieur Demers sur l'accusation de vol qualifié du 1er octobre ?

R. C'est comme je vous ai dit tout à l'heure là, je me souviens pas de façon précise, je doute beaucoup m'être engagé à ce moment-là à quelque chose dans ce style-là.

Témoignant au sujet de la requête, il avait reconnu que « si [M. Demers] avait pas eu le rôle que je pense qu'il a eu relativement au meurtre²⁵⁸ » et « [s'il] avait été question que lui témoigne contre les autres, à ce moment-là, on aurait pu prendre des dispositions²⁵⁹. » Il a cependant ajouté : « je doute qu'au tout début, j'ai négocié là avec les policiers ou dit qu'on arrêterait définitivement les procédures contre Monsieur Demers en échange de quoique (sic) ce soit²⁶⁰. » Il a ensuite répondu par l'affirmative quand on lui a demandé — la question avait apparemment trait aux discussions qu'il avait eues avec les agents de police auxquels l'accusé avait parlé²⁶¹ — s'il était « pleinement d'accord à ce qu'il [Demers] reste en liberté pour collaborer avec les policiers à éclaircir le meurtre de Monsieur Robert Vallée²⁶² ».

En s'efforçant de déterminer s'il y avait eu garantie d'immunité et, le cas échéant, s'il y avait eu manquement à cette garantie, le juge Kaufman, se reportant aux faits allégués dans la requête de l'accusé, a déclaré :

[TRADUCTION]

Je dirai tout d'abord qu'il s'agit du type de situations auxquelles aboutissent les « marchés » entre suspects et policiers. Et le problème se complique lorsque, comme en l'espèce, la Couronne intervient. La nature même de ces « arrangements » fait que rien n'est couché par écrit et il n'est donc pas étonnant que les engagements ainsi conclus puissent être mal interprétés. C'est là un risque inhérent à ce processus, et s'il peut s'avérer nécessaire que les autorités offrent des avantages à la personne dont ils veulent obtenir des renseignements, il n'est pas facile, pour les tribunaux, de démêler après coup les prétentions, parfois sincères, des parties en cause. [...]

J'insiste encore sur le fait qu'à mon avis, une offre d'immunité, lorsque les circonstances la justifient, n'est pas nécessairement une mauvaise chose en soi. Et je ne suis pas surpris non plus que le procureur de la Couronne, déposant près d'un an et demi après les faits, n'ait pu se rappeler les détails de l'affaire²⁶³.

258. *Id.*, 51.

259. *Ibid.*

260. *Ibid.*

261. Ainsi que la Cour l'a déclaré (j. Kaufman, p. 50) [TRADUCTION] : « On nous dit que cette consultation avait pour objet l'obtention d'une suspension temporaire des accusations de vol qualifié afin que Demers demeure en liberté pendant qu'il aidait la police. »

262. *R. c. Demers*, précité, note 135, 51.

263. *Id.*, 50, 51.

Même lorsque l'existence d'une garantie d'immunité est démontrée, son contenu ou son interprétation peuvent faire l'objet de contestations²⁶⁴. Dans *Re Smith and The Queen*²⁶⁵, le procureur de la Couronne avait déclaré à l'accusé, inculpé de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, [TRADUCTION] « que s'il décidait de remettre cette autre marijuana, celle qui n'avait pas été saisie, aucune accusation relative à cette marijuana ne serait portée²⁶⁶ ». L'accusé, s'étant exécuté, s'était tout de même vu inculper de deux chefs de complot, parce que [TRADUCTION] « les deux chefs d'accusation de complot n'étaient pas visés par l'entente, et [parce que] la promesse [du procureur de la Couronne] ne s'étendait qu'à d'éventuelles accusations de possession ou de trafic, et rien de plus²⁶⁷. »

Dans l'affaire australienne *R. c. Georgiadis*²⁶⁸, on avait demandé au tribunal de déterminer la portée de l'immunité accordée à l'accusé, bien que l'engagement pris par le procureur général auprès de l'accusé eût été confirmé par écrit. Le juge Ormiston, de la Cour suprême de Victoria, a déclaré qu'il fallait interpréter cet engagement [TRADUCTION] « de la même façon qu'un engagement ordinaire²⁶⁹ », mais qu'il [TRADUCTION] « était

264. Voir *Re Bruneau and The Queen* (1982), 69 C.C.C. (2^e) 200 (C.S. C.-B.) où l'accusé a demandé l'émission d'un bref de *mandamus* pour qu'on prenne en considération le moyen d'abus de procédure qu'il invoquait. L'accusé prétendait en fait qu'il y avait eu une entente portant à la fois sur le plaidoyer et sur une garantie d'immunité, entente que la Couronne n'aurait pas respectée. Il est toutefois impossible de savoir avec certitude, à la lecture du texte publié, ce que la Couronne contestait — l'existence de l'entente, sa teneur, l'exécution par l'accusé des obligations contractées, ou le manquement qu'on reprochait à la Couronne. Voici certaines observations faites par le juge Spencer (pp. 201-202) :

[TRADUCTION]

Le requérant est accusé d'introduction par effraction dans un dessein criminel et d'avoir commis un acte criminel. Il prétend qu'au moment où il a été accusé pour la première fois, la Couronne a conclu avec lui une entente en vertu de laquelle, s'il révélait l'emplacement d'une cachette où se trouvait une grande quantité de marijuana et plaiderait coupable à une accusation de possession de marijuana aux fins de trafic, il ne serait pas poursuivi sur ces chefs d'accusation, pourvu, en outre, qu'il se prête à l'épreuve du détecteur de mensonge relativement aux circonstances entourant ces accusations. Il soutient que conformément à cette entente, il a révélé l'emplacement de la cachette à la police, a plaidé coupable à l'accusation de possession et qu'il était disposé à se soumettre à l'épreuve du détecteur de mensonge, mais qu'il n'a pas pu se présenter au rendez-vous fixé par la police à cette fin. Il se serait par la suite mis à la disposition de la police pour être soumis au détecteur, mais la police aurait refusé de lui en donner l'occasion une seconde fois et la Couronne aurait procédé à l'inculpation dont nous sommes saisis, à cause de son refus. Cela, je le souligne, c'est ce que prétend le requérant. [...]

Lorsque j'ai été saisi de cette affaire pour la première fois par suite d'une demande de bref de prohibition [...] le procureur de la Couronne a reconnu que si les faits correspondaient à la version du requérant, il s'agirait d'un abus de procédure de la part de la Couronne, mais la Couronne conteste les allégations.

265. Précité, note 235.

266. *Id.*, 271.

267. *Ibid.*

268. [1984] V.R. 1030.

269. *Id.*, 1037.

souhaitable de lui donner une interprétation favorable à la personne envers qui il était pris²⁷⁰ ». Après avoir déclaré que [TRADUCTION] « ces engagements doivent être [...] interprétés en prenant en considération l'intérêt qu'a le public à ce que les criminels soient traduits en justice²⁷¹ », le juge a ajouté : [TRADUCTION] « Je ne crois pas que je devrais donner un sens étroit au document et faire ainsi échouer l'objectif auquel répondent de telles immunités, quelle que soit, sur le plan juridique, la nature exacte de l'engagement²⁷². »

Par ailleurs, les tribunaux sont parfois appelés à déterminer si le délateur-témoin s'est acquitté de ses engagements, ce qui n'est pas sans causer des difficultés. Prenons encore une fois le cas de l'affaire *Demers*²⁷³. L'accusé prétendait qu'on lui avait promis l'immunité à l'égard de certaines accusations en échange de renseignements relatifs à un homicide. La police avait fini par l'inculper de meurtre en rapport avec la même affaire et avait porté les accusations auxquelles se rapportait la prétendue immunité, une fois l'acquittement prononcé quant au meurtre. Statuant sur l'appel, la Cour d'appel du Québec a déclaré :

[TRADUCTION]

L'accusé a-t-il aidé la police ? La preuve est loin d'être concluante. D'une part, ainsi que l'a indiqué le juge de première instance, il ne s'est pas rendu à un rendez-vous avec l'un des suspects, où la police espérait enregistrer, au moyen d'un transmetteur dissimulé, la conversation qui aurait pu s'y dérouler. D'autre part, Demers a fait une déclaration dans laquelle il a incriminé deux personnes. Comme le juge l'a déclaré : « C'est tout, mais c'est beaucoup aussi, il est vrai » [en français dans le texte]. Ces deux personnes, comme le précise la requête, ont finalement plaidé coupable à des accusations réduites d'homicide involontaire coupable.

Il est possible, bien entendu, que la police ait découvert par la suite que l'accusé était beaucoup plus impliqué dans le meurtre qu'on l'avait tout d'abord pensé, et que cela explique l'inculpation de meurtre. Comme nous l'avons dit, il a été acquitté de cette accusation, et c'est à ce moment-là qu'il a été arrêté de nouveau et inculpé relativement au vol qualifié. Incidemment, la Couronne a interjeté appel de l'acquittement²⁷⁴.

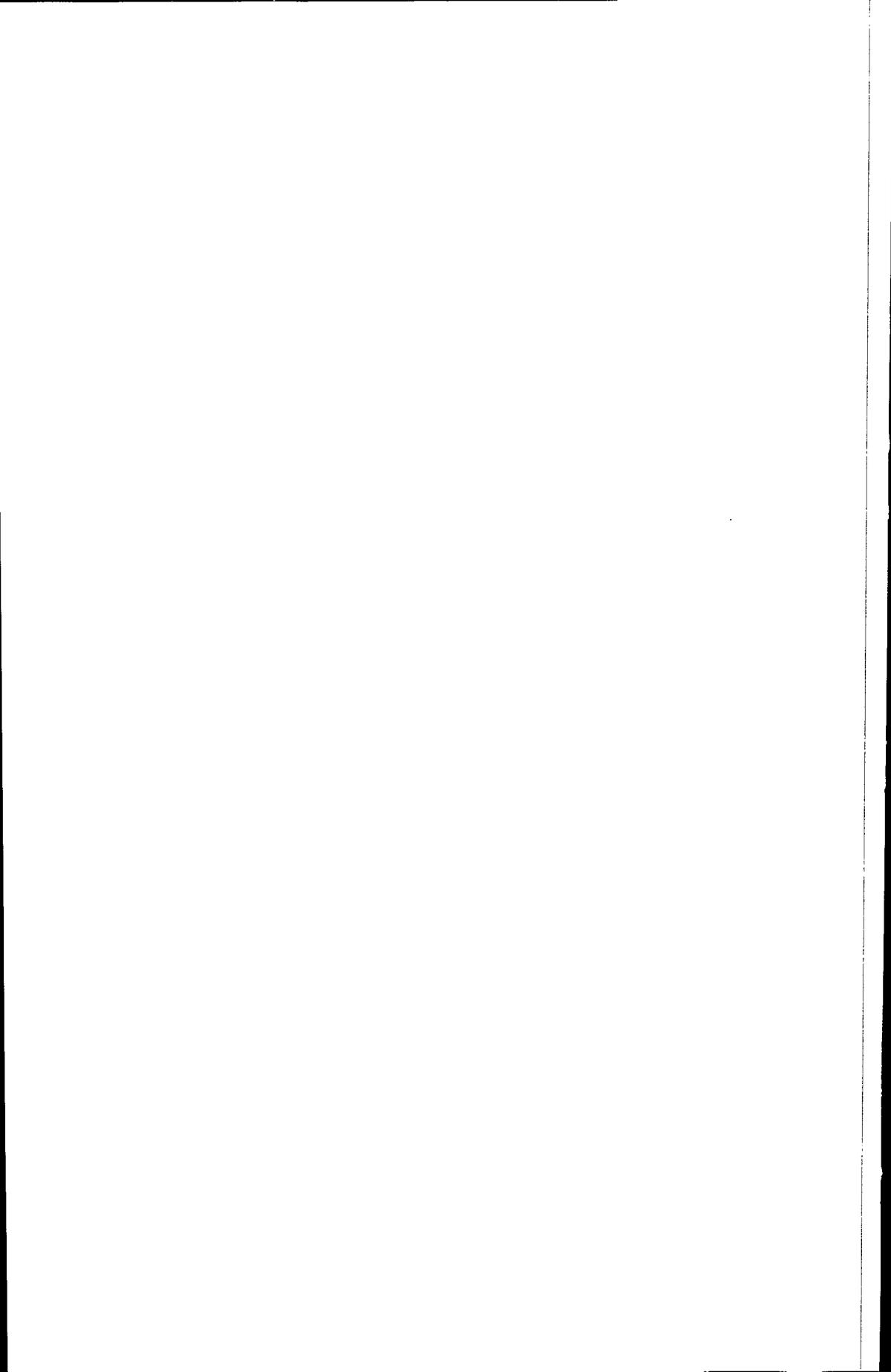
270. *Ibid.*

271. *Id.*, 1038, où l'on cite A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 324 et *Turner c. Director of Public Prosecutions*, précité, note 116, 73.

272. *R. c. Georgiadis*, précité, note 268, 1040.

273. Précitée, note 135.

274. *Id.*, 52 (J. Kaufman).



CHAPITRE QUATRE

Nos propositions de réforme

Comme nous l'indiquions au début de ce document de travail, la conclusion d'ententes portant garantie d'immunité peut à notre avis constituer, dans certains cas, un exercice opportun par le ministère public du pouvoir discrétionnaire dont il est investi au chapitre de l'engagement de poursuites pénales. La réglementation de ces ententes nous semble toutefois indispensable. Pour promouvoir les principes dont nous avons déjà fait état (en particulier ceux de l'équité et de l'efficacité), et afin de favoriser l'exercice rationnel du pouvoir discrétionnaire en cause, nous avons élaboré un certain nombre de règles destinées à régir les garanties d'immunité.

Ces règles ne sont pas exhaustives — elles constituent plutôt un cadre général. Certaines d'entre elles pourraient s'incarner dans des dispositions législatives, tandis que les autres se prêtent davantage à l'adoption de lignes de conduite uniformes. Sans être encore parvenus à une décision définitive à ce sujet, il nous semble que les recommandations 1, 2, 4 et 13 à 16 sont les plus propres à une formulation législative.

I. Définition de l'entente portant garantie d'immunité

RECOMMANDATION

1. L'expression « entente portant garantie d'immunité » devrait être définie comme toute entente suivant laquelle le ministère public s'engage, soit à s'abstenir de poursuivre une personne ou un groupe de personnes pour un ou plusieurs crimes, soit à mettre fin à des poursuites engagées contre elles, en contrepartie totale ou partielle d'un témoignage, de renseignements ou de toute autre forme d'aide ou de collaboration.

Cette recommandation résume l'échange de prestations qui caractérise toutes les ententes portant garantie d'immunité contre des poursuites. Elle est formulée en termes larges — il fallait en effet tenir compte des diverses fins auxquelles ces ententes peuvent répondre²⁷⁵, ainsi que des différentes contreparties susceptibles d'être requises contre l'octroi de l'immunité²⁷⁶.

La définition s'applique tant aux ententes n'ayant trait qu'à l'immunité qu'à celles ayant trait à la fois au plaider et à l'immunité. Nous avons déjà reconnu dans le présent document qu'il existe des formes incomplètes d'immunité et que des ententes portant garantie d'immunité peuvent être combinées à des ententes sur le plaider. Pour les plaidoyers de culpabilité, nous estimons que le régime proposé dans un document de travail antérieur devrait toujours s'appliquer²⁷⁷. Mais nous ne voyons rien d'illogique à ce que les deux régimes s'appliquent simultanément lorsqu'une entente sur le plaider et une entente portant garantie d'immunité sont conclues en même temps, et nous estimons que cela ne pose pas de problème majeur. Il nous semblerait en fait possible, en dernière analyse, de soumettre les deux types d'ententes à un régime unique et global.

Quant à l'expression « mettre fin » utilisée dans cette recommandation, elle doit être interprétée à la lumière des propositions faites par la Commission dans un récent document de travail intitulé *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*²⁷⁸. Nous y avons expliqué qu'il existe présentement plusieurs façons dont le ministère public peut mettre fin à une poursuite, et que les conséquences d'une telle mesure dépendent de la méthode choisie²⁷⁹. Nous y avons notamment recommandé « d'abolir le pouvoir d'arrêt des procédures conféré au procureur général [...] ainsi que tout pouvoir de retrait des accusations prévu par la common law²⁸⁰ », pour que soit attribué à la place « au procureur général le pouvoir d'ordonner l'interruption temporaire ou définitive de la poursuite²⁸¹. » Suivant les propositions faites dans le document de travail n° 62²⁸², la capacité du ministère public de poursuivre une personne qui ne s'est

275. Si les règles proposées ici ne s'appliquent pas spécifiquement à l'immunité conférée aux témoins de la défense, elles ne l'excluent pas pour autant. Voir *R. c. Chambers*, précité, note 101 ; Thomas D. DINACKUS, « Defense Witness Immunity in New York » (1985-1986), 71 *Cornell L.R.* 890.

276. Dans *R. c. Betesh*, précité, note 14, cause portant sur un cas inhabituel qui serait visé par notre définition, le ministère public s'était engagé à ne poursuivre aucun membre de certains syndicats de postiers, pour mettre fin à une grève. Concluant que la poursuite intentée en l'espèce constituait un abus de la procédure du tribunal, le juge Graburn, de la Cour de comté, a fait les observations suivantes (p. 238) : [TRADUCTION] « On pourrait fort bien s'interroger sur la sagesse dont ont fait preuve les autorités fédérales en s'engageant, pour mettre fin à une grève, à ne pas poursuivre les auteurs d'actes criminels commis au cours de celle-ci ; mais ce n'est pas sur la sagesse de cet engagement que la Cour est appelée à se prononcer. »

277. Voir CRD, *op. cit.*, note 1.

278. *Op. cit.*, note 15.

279. *Id.*, pp. 103-106.

280. *Id.*, rec. 34, p. 106.

281. *Ibid.*

282. Voir CRD, *op. cit.*, note 15, rec. 35-45, pp. 106-119.

pas conformée aux conditions établies dans une entente portant garantie d'immunité demeurerait fonction (d'une manière quelque peu différente qu'à l'heure actuelle) de la méthode retenue pour mettre fin à la poursuite²⁸³.

II. Le pouvoir d'accorder l'immunité

RECOMMANDATION

2. Seuls le procureur général, le sous-procureur général, le directeur des poursuites pénales et leurs représentants respectifs devraient être habilités à conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité.

Commentaire

Cette recommandation désigne les personnes à qui il devrait être permis de donner une garantie d'immunité. Elle est indissociable de la recommandation 3, qui exige la prise en considération de l'intérêt public, et indique clairement qu'à nos yeux, c'est avant tout au procureur général que cette responsabilité incombe²⁸⁴.

Nous avons toutefois tenu compte des propositions formulées dans le document de travail n° 62²⁸⁵ au sujet de l'institution de la charge de directeur des poursuites pénales. Comme nous l'avons indiqué dans ce document, le titulaire de cette charge « dirigerait le ministère public et relèverait directement du procureur général²⁸⁶ », il « jouirait de tous les pouvoirs conférés au procureur général en matière de droit criminel — notamment des pouvoirs qui lui sont conférés personnellement²⁸⁷ — sans que ce dernier en soit pour autant privé²⁸⁸. » Nous avons ajouté que « [l]e procureur général aurait le pouvoir d'établir à l'intention du directeur des lignes directrices de nature générale et de lui donner des directives touchant une affaire en particulier²⁸⁹ » et que, pour sa part, « [l]e directeur serait habilité à fournir aux procureurs de la Couronne des lignes directrices de nature générale ainsi que des directives touchant une affaire en particulier²⁹⁰. »

En vertu de cette recommandation et de celles contenues dans le document de travail n° 62, tant le procureur général que le directeur seraient habilités à donner des garanties d'immunité (comme en Angleterre²⁹¹). Tous deux auraient également le pouvoir d'établir

283. Voir rec. 14, *infra*, p. 71.

284. Voir à ce propos E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 18, pp. 400-401.

285. *Op. cit.*, note 15.

286. *Id.*, rec. 1, p. 55.

287. *Id.*, rec. 9, p. 56.

288. *Ibid.*

289. *Id.*, rec. 7, p. 56.

290. *Id.*, rec. 8, p. 56.

291. On trouvera dans J. LL. J. EDWARDS, *op. cit.*, note 14, pp. 459-474, une étude des pouvoirs respectifs du Director of Public Prosecutions et du procureur général en cette matière.

des lignes directrices et des directives à ce chapitre ; ces lignes directrices devraient, pensons-nous, préciser notamment dans quels cas des ententes portant garantie d'immunité peuvent être conclues par les représentants du procureur général ou du directeur des poursuites pénales.

Nous reconnaissons que les ententes portant garantie d'immunité peuvent, en pratique, avoir leur origine dans des discussions entre des indicateurs et des agents de police, mais à notre sens les forces policières ne devraient pas être autorisées à conclure de leur propre chef des ententes portant garantie d'immunité²⁹². Elles sont en effet dépourvues, selon nous, de la responsabilité politique essentielle à l'exercice de cette fonction ; c'est pourquoi il y aurait lieu de décourager également la pratique consistant à donner une garantie d'immunité « officieuse » (soit le fait pour la police de s'engager à s'abstenir de porter des accusations contre quelqu'un)²⁹³. Nous comprenons que les agents de police doivent jouir d'une latitude et d'un pouvoir discrétionnaire raisonnables dans l'exercice de leurs fonctions liées à l'application de la loi²⁹⁴. Comme l'a indiqué la Commission McDonald, par exemple, il devrait leur être permis de s'abstenir d'inculper certains délinquants lorsque cela risquerait de compromettre une enquête en cours sur des infractions plus graves ; dans de tels cas, une application sélective de la loi ne devrait pas être considérée comme un « abus de confiance²⁹⁵ ». Mais la Commission McDonald a également exprimé l'avis que d'autres considérations devraient entrer en ligne de compte lorsque la police s'abstient simplement d'appliquer la loi pour continuer à recevoir des renseignements de la part d'un informateur²⁹⁶.

RECOMMANDATION

3. Le pouvoir de conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité devrait pouvoir être exercé lorsque, en raison de circonstances exceptionnelles, cela s'impose au regard de l'intérêt public et que les avantages l'emportent manifestement sur le coût social de cette mesure.

292. Voir, sur une question connexe, *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, où le juge en chef Laskin (s'exprimant en son propre nom et au nom des juges Spence, Dickson et Estey) déclare (p. 491) : « Ni le policier, ni l'agent provocateur, l'indicateur ou l'imposteur utilisé par la police ne bénéficient d'aucune immunité si, en encourageant une autre personne à commettre un crime, leur conduite est elle-même criminelle. Bien entendu, c'est le substitut du procureur général et, en dernier lieu, le procureur général qui décidera de les poursuivre en justice ». Voir aussi *R. c. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230 (C.A.).

293. Voir, à ce sujet, Joseph GOLDSTEIN, « Police Discretion Not to Invoke the Criminal Process: Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice » (1960), 69 *Yale L.J.* 543, 562-573. Les observations faites par un certain nombre des représentants de la police que nous avons consultés concordent du reste avec notre point de vue. Nous ne nous prononçons pas sur le point de savoir quelle serait la meilleure façon de faire en sorte que les policiers évitent de prendre de tels engagements d'une manière non officielle ; les sanctions disciplinaires nous paraissent cependant une solution à envisager.

294. Voir le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, Information Canada, 1969 (président : R. Ouimet), pp. 47-49.

295. Voir COMMISSION McDONALD, *op. cit.*, note 2, p. 326.

296. *Ibid.* Sur la question des pouvoirs discrétionnaires et de l'utilisation d'indicateurs par la police, voir Stanley A. COHEN, *Invasion of Privacy: Police and Electronic Surveillance in Canada*, Toronto, Carswell, 1983, pp. 38-43.

Par cette recommandation, on reconnaît la légitimité des ententes portant garantie d'immunité conclues dans certaines circonstances, qui y sont définies. En premier lieu, ce pouvoir doit être utilisé avec modération ; l'intérêt public doit être pris en compte, et les mots « cela s'impose » indiquent sans équivoque que la conclusion d'une telle entente doit être *nécessaire*, et non simplement faciliter les choses²⁹⁷. Les raisons pour lesquelles une garantie d'immunité peut s'avérer nécessaire en raison de l'intérêt public sont nombreuses — il serait impossible de les énumérer dans le cadre de cette recommandation : favoriser l'exercice d'une poursuite donnée ; obtenir des renseignements sur certains crimes (par exemple, l'endroit où se trouvent des cadavres) afin de mettre fin à une pénible incertitude pour les proches de victimes ; obtenir des renseignements qui permettront de protéger le public ou certaines personnes contre un danger imminent ; faciliter le règlement d'un conflit de travail ou réprimer des troubles, etc. L'intérêt public doit bien sûr être distingué des avantages individuels²⁹⁸ ; il ne coïncide toutefois pas nécessairement avec l'opinion publique, par nature fluctuante.

297. La nécessité comme l'intérêt public sont mentionnés dans le formulaire du ministère de la Justice des États-Unis dont la recommandation 3 est en bonne partie inspirée. Voir *infra*, note 304.

298. La jurisprudence relative aux contrats conclus pour l'obtention d'un avantage personnel est intéressante à ce chapitre. Voir par exemple l'arrêt *Morgan c. McFee* (1908), 14 C.C.C. 308 (H.C. Ont.), où la Cour a confirmé un jugement dans lequel le juge de première instance avait déclaré (p. 310) : [TRADUCTION] « [I] est bien entendu contraire à l'ordre public que, dans les cas où une inculpation concerne l'intérêt public, la poursuite soit abandonnée par les parties ayant conclu une telle entente, et tout contrat fondé sur une telle entente est frappé de nullité absolue ». Voir aussi *Keir c. Leeman and Pearson* (1844), 6 Q.B. 308, 321, 115 E.R. 118, 124 (cité par le juge Walsh dans *Johnson c. Musselman* (1917), 37 D.L.R. 162, 164 (C.S.D.A. Alb.)), où le lord juge en chef Denman a déclaré que [TRADUCTION] « si l'infraction est de nature publique, aucune entente ne peut être valide si la contrepartie consiste dans le fait d'étouffer une poursuite relative à cette infraction ». Dans *Windhill Local Board of Health c. Vint* (1890), 45 Ch. D. 351, le lord juge Cotton a fait les observations suivantes (p. 363) :

[TRADUCTION]

La Cour ne reconnaîtra la légalité d'aucune entente ayant pour effet de soustraire au cours normal de la justice une poursuite se rapportant à un acte qui a causé un préjudice au public. Ce serait le cas si des personnes prenaient sur elles-mêmes de décider ce qu'il faut faire ; et cela ne devrait pas être laissé entre les mains de particuliers [...] mais être confié au cours normal de la justice, et aux juges, qui peuvent déterminer ce qui, en l'espèce, devrait être fait. Il va sans dire, je pense, qu'en l'espèce il peut ou non y avoir quelque préjudice pour le public ; mais vous enlevez au juge l'administration de la loi et l'objectif auquel elle répond, pour les confier à un particulier. À mon avis, cela est illégal.

De même, dans *Whitmore c. Farley* (1881), 45 L.T. 99, 101 le lord juge Lush déclarait :

[TRADUCTION]

La Cour ne donnera suite à aucune entente [...] en vertu de laquelle un poursuivant, en contrepartie d'un avantage personnel, a consenti à réduire ou à retirer une accusation de *felony*, pour le motif qu'une telle entente est illégale. Il est certain que la loi n'oblige pas une personne qui a subi quelque préjudice découlant d'un *felony* à poursuivre l'auteur du crime ; mais si elle a engagé des poursuites, elle a agi au nom du public et utilisé le nom de la Souveraine comme représentante du public et elle ne peut légalement s'engager à abandonner les procédures. La jurisprudence établit clairement que toute entente de cette nature conclue en contrepartie d'un avantage pour le poursuivant est illégale et que le tribunal ne peut y donner suite.

Voir également *Peoples' Bank of Halifax c. Johnson* (1892), 20 R.C.S. 541 ; *Johnson c. Musselman*, précité ; *Hawkes c. Waugh*, [1948] 3 D.L.R. 397 (C.S.D.A. N.-B.) ; toutes ces décisions sont citées dans G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Contract in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1986, pp. 358-359.

Dans l'arrêt *Hendry c. Zimmerman*, [1948] 1 W.W.R. 385, 391 (C.A. Man.) (aussi cité par FRIDMAN, *op. cit.*, p. 358), le juge Coyne a déclaré : [TRADUCTION] « Une entente par laquelle une personne s'engage à donner un témoignage qu'elle peut être contrainte de donner [...] a été conclue sans contrepartie ».

En second lieu, le critère établi dans la recommandation 3 exige que l'on reconnaisse clairement le coût social des ententes portant garantie d'immunité ; toute entente doit être clairement justifiable, indépendamment de ce coût. Plus un crime est grave, naturellement, plus il sera difficile de justifier que l'on accorde l'immunité à son auteur. Si, par exemple, on devait accorder l'immunité à une personne ayant commis un vol qualifié dans une banque, il faudrait que cela présente pour le public des avantages considérables, pour compenser l'inévitable atteinte au sens de la justice de la collectivité. L'aide fournie en contrepartie ne serait certes pas suffisante dans le cas où elle permettrait simplement de traduire en justice un petit délinquant ; par contre, il pourrait en aller autrement si, grâce à elle, on peut supprimer une menace contre la sécurité nationale.

Les recommandations 3 et 5 doivent être lues ensemble. Nous y voyons des lignes de conduite plutôt que des dispositions législatives. Le fait que le procureur général (ou son représentant) ne se conforme pas au critère énoncé à la recommandation 3 ou ne tient pas compte, dans son application, des circonstances énumérées à la recommandation 5, ne devrait pas en effet diminuer l'efficacité de la garantie²⁹⁹.

RECOMMANDATION

4. Le pouvoir de conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité ne devrait pas emporter celui de soustraire à l'avance à l'application de la loi une personne donnée ou un groupe de personnes donné.

Commentaire

À notre avis, une exemption soustrayant à l'avance certains groupes ou individus à l'application de lois valides équivaldrait à une usurpation des pouvoirs du Parlement. C'est ce qui explique la présence de cette recommandation, du reste conforme à la décision *R. c. Catagas*³⁰⁰, dont il a été question dans ce document. Elle ne limiterait en aucune façon le pouvoir du procureur général, du sous-procureur général, du directeur des poursuites pénales et de leurs représentants respectifs³⁰¹ d'accorder l'immunité à des groupes pour des crimes déjà perpétrés. Elle ne porterait non plus aucunement atteinte au pouvoir du Parlement d'exempter par voie législative certaines personnes ou certaines catégories de personnes de l'application des lois.

299. Voir rec. 14, *infra*, p. 71.

300. Précitée, note 120.

301. Voir rec. 2, *supra*, p. 51.

III. Opportunité de la garantie d'immunité : les circonstances devant être prises en considération

RECOMMANDATION

5. Pour déterminer s'il y a lieu de conclure une entente portant garantie d'immunité, le ministère public devrait tenir compte des circonstances suivantes :

a) l'éventuelle existence d'autres indices tendant à confirmer la véracité du témoignage ou des renseignements qu'on espère obtenir³⁰² ;

b) la gravité de tout crime au sujet duquel le témoignage, les renseignements ou toute autre forme d'aide ou de collaboration seront fournis³⁰³ ;

c) la gravité du ou des crimes visés par la garantie ;

d) l'importance du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration devant être fournis³⁰⁴ ;

e) la possibilité d'obtenir ce témoignage, ces renseignements, cette aide ou cette collaboration de quelque autre façon³⁰⁵ ;

f) la gravité de la participation de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité à tout crime auquel ont trait le témoignage, les renseignements, l'aide ou la collaboration³⁰⁶, et le degré de culpabilité de cette personne comparative-ment à la culpabilité de toute personne dont la poursuite sera facilitée par le témoignage, les renseignements, l'aide ou la collaboration³⁰⁷ ;

g) les antécédents criminels de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité ;

h) le nombre de garanties d'immunité déjà données à la personne à qui l'on entend garantir l'immunité, et les circonstances dans lesquelles elles ont été données³⁰⁸ ;

302. Cet alinéa s'inspire de « Decision Making », *Evening Post* (25 octobre 1984), Wellington (N.-Z.), cité dans C.B. CATO, « Queen's Evidence in New Zealand: The Case of *R. v. McDonald*, [1984] N.Z.L.J. 398, 402. Voir aussi Richard L. THORNBURGH, « Reconciling Effective Federal Prosecution and the Fifth Amendment: "Criminal Coddling", "The New Torture" or "A Rational Accommodation" ? » (1976), 67 *J. Crim. L. & Criminology* 155, 158-159.

303. Cet alinéa s'inspire de « Decision Making », *loc. cit.*, note 302 ; R.L. THORNBURGH, *loc. cit.*, note 302.

304. Cet alinéa s'inspire de « Decision Making », *loc. cit.*, note 302 ; R.L. THORNBURGH, *loc. cit.*, note 302, 158 ; et d'un formulaire de 1978 du ministère de la Justice des États-Unis (formulaire OBD-111-A).

305. Cet alinéa s'inspire d'un formulaire du ministère de la Justice des États-Unis, précité, note 304.

306. Cette disposition s'inspire de « Decision Making », *loc. cit.*, note 302, 158 ; R.L. THORNBURGH, *loc. cit.*, note 302.

307. Cette disposition s'inspire d'un formulaire du ministère de la Justice des États-Unis, précité, note 304.

308. *Ibid.*

i) le fait que la protection du public serait ou non mieux assurée par l'obtention du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration recherchés, que par la condamnation de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité³⁰⁹ ;

j) la probabilité que la personne à qui l'on entend garantir l'immunité puisse être reconnue coupable du ou des crimes visés par la garantie, si cette immunité ne lui est pas accordée³¹⁰ ;

k) les intérêts des victimes ;

l) toute opposition manifestée par d'autres personnes, notamment les forces policières, quant à l'octroi de l'immunité à la personne à qui l'on entend la garantir, et les motifs de cette opposition³¹¹.

Commentaire

On a repris ici un certain nombre de critères qui ont à l'occasion été formulés dans le but de revêtir d'un caractère rationnel la décision d'octroyer l'immunité à une personne. Ces critères ne sont pas pondérés (autrement dit, nous avons évité d'attribuer une plus grande importance aux uns par rapport aux autres) ; et ils n'indiquent pas à eux seuls dans quels cas l'immunité devrait être consentie ou refusée (nous n'avons pas voulu énoncer une formule mathématique, par exemple). Nous nous sommes abstenus d'établir des règles rigides à cet égard, malgré l'affirmation d'un principe général dans la recommandation 3.

L'alinéa *a)*, comme les alinéas *b)* et *d)*, concerne la valeur de la contrepartie que le ministère public doit recevoir. Un témoignage ou des renseignements, par exemple, ont moins de valeur pour la Couronne lorsqu'ils ne sont pas corroborés. Par ailleurs, le mot « indices » figurant à l'alinéa *a)* est un terme large, car nous ne voulions pas que seuls les témoignages soient visés.

L'alinéa *b)* énonce un critère essentiel à toute évaluation de la contrepartie que le ministère public devrait recevoir : la gravité de l'infraction dont la poursuite sera facilitée par la garantie d'immunité. (Dans notre esprit, le mot « gravité » doit permettre la prise en compte, non seulement de la peine susceptible d'être infligée pour l'infraction en cause, mais également des circonstances entourant sa perpétration.) Comme l'indique clairement la recommandation 3, le pouvoir d'accorder l'immunité devrait être exercé avec modération.

L'alinéa *c)* a trait à la contrepartie émanant du ministère public. Il exigerait qu'on apprécie la gravité de l'infraction pour laquelle l'immunité est demandée, et qu'elle soit mise dans la balance, par exemple, avec la gravité de l'infraction à laquelle se rapportent le témoignage, les renseignements, etc. Selon le professeur A.T.H. Smith, il ne devrait

309. Cet alinéa s'inspire d'une déclaration de sir Michael Havers, *H.C. Parliamentary Debates* (R.-U.), 6^e sér., vol. 12, col. 12 (9 nov. 1981), citée par A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 302.

310. Cet alinéa s'inspire de « Decision Making », *loc. cit.*, note 302.

311. Cet alinéa s'inspire d'un formulaire du ministère de la Justice des États-Unis, précité, note 304.

en théorie y avoir aucune infraction criminelle pour laquelle l'immunité ne peut pas être accordée — à la condition que ceux qui donnent des garanties d'immunité en assument la responsabilité politique³¹². Nous sommes portés à être d'accord avec lui. Il est en effet arrivé, comme le professeur le souligne, que des personnes ayant bénéficié de l'immunité quant à leur participation à des infractions d'une gravité extrême aient contribué à faire condamner plusieurs autres grands criminels³¹³.

L'alinéa *d*) se passe d'explication. Comme l'alinéa *a*), il se rapporte à la contrepartie que le ministère public va recevoir.

L'alinéa *e*) exigerait la prise en considération d'autres solutions moins draconiennes que la garantie d'immunité. La plus évidente consisterait sans doute dans le recours à une autre personne pour obtenir les éléments de preuve souhaités (une personne qui n'exige rien en échange). Une autre solution pourrait être la conclusion d'une entente sur le plaideroyen ne comportant, de la part du ministère public, que des concessions ayant trait à la peine.

L'alinéa *f*) porte sur le choix de la personne à qui l'on garantit l'immunité. Lorsque plusieurs personnes sont impliquées dans une infraction, par exemple, il est à notre sens rarement opportun (peut-être même ne l'est-il jamais) d'accorder l'immunité au plus coupable pour l'amener à témoigner contre ses complices³¹⁴. Pas plus qu'il n'est habituellement souhaitable, à notre avis, de garantir l'immunité à l'un des complices pour la seule raison qu'il est le premier à avoir offert sa collaboration. Un juriste a fait valoir que cette méthode peut être justifiée lorsqu'il s'avère impossible d'établir quelque distinction que ce soit entre les complices en ce qui a trait au degré de culpabilité de chacun, mais que dans les autres cas, il faut, pour déterminer à qui il y a lieu (le cas échéant) d'octroyer l'immunité, étudier l'ensemble de la situation pour voir comment l'intérêt du public sera le mieux protégé³¹⁵. Nous souscrivons à ce point de vue.

L'alinéa *g*) se rattache à l'alinéa *i*) et à la question de savoir à quel point il importerait de traduire devant les tribunaux l'individu à qui l'on se propose d'accorder l'immunité.

L'alinéa *h*) exigerait que l'on étudie les relations antérieures entre le ministère public et la personne qui souhaite obtenir une garantie d'immunité. En règle générale, une succession d'immunités et de récidives devrait être tenue pour une circonstance défavorable, car on pourrait en conclure que les garanties d'immunité ont fini par devenir (dans le cas de ce délinquant) un arrangement l'autorisant à commettre des infractions.

312. A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 325. Nos recommandations visent notamment, du reste, à garantir l'existence de cette responsabilité politique. Voir par exemple rec. 2, *supra*, p. 51 et rec. 16, *infra*, p. 75.

313. A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 325.

314. Voir Warren D. WOLFSON, « Immunity — How It Works in Real Life » (1976), 67 *J. Crim. L. & Criminology* 167, 178.

315. Voir William J. BAUER, « Reflections on the Role of Statutory Immunity in the Criminal Justice System » (1976), 67 *J. Crim. L. & Criminology* 143, 151, pour une discussion à ce sujet.

L'alinéa i) renvoie aux alinéas c) et g), ainsi qu'à la question de savoir à quoi le ministère public peut renoncer en donnant une garantie d'immunité dans un cas donné. Il est fondé sur un principe déjà étudié par la Commission dans ses travaux sur la procédure pénale, celui de la protection³¹⁶. La « protection du public » est une notion certes un peu plus étroite que celle d'« intérêt public », mais elle y est sûrement reliée.

Il peut arriver que le délinquant qui demande une garantie d'immunité présente un danger pour la société mais que la protection du public soit déjà assurée. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque l'individu en question purge déjà une longue peine d'emprisonnement ou lorsque, ayant été inculpé d'un crime grave, il est détenu à l'étranger d'une manière préventive avant de subir son procès. Prenons par exemple une affaire récente, *R. c. Branco*³¹⁷. L'accusé et un prétendu complice avaient été inculpés d'un certain nombre de délits graves après que deux hommes masqués eurent pénétré dans la demeure de la plaignante, l'aient agressée sexuellement et volée. Bien que l'accusé ait [TRADUCTION] « nié avoir pris part à l'une ou l'autre des infractions imputées³¹⁸ », le prétendu complice « a avoué sa participation et a témoigné à l'enquête préliminaire de [l'accusé]³¹⁹ ». La Cour d'appel de l'Ontario a résumé les faits de la manière suivante. Le complice avait quitté le Canada avant le contre-interrogatoire et gagné la Californie, où il avait été inculpé de meurtre, de vol qualifié et de vol de voiture. Il avait consenti à témoigner à Los Angeles en vertu d'une commission rogatoire, après que le procureur de la Couronne se fut engagé à retirer les accusations qui pesaient contre lui au Canada. Aucune entente de cette nature n'avait été conclue avant son témoignage à l'enquête préliminaire, mais cet engagement avait été pris envers lui au sujet de la déposition faite en vertu de la commission rogatoire³²⁰.

L'alinéa j), comme l'alinéa c), a trait à la valeur de la contrepartie émanant du ministère public. Lorsque la condamnation est de toute manière peu vraisemblable, cette valeur est moins grande que dans le cas contraire.

Suivant l'alinéa k), le ministère public devrait tenir compte des intérêts des victimes de l'infraction à l'égard de laquelle on entend garantir l'immunité à une personne, ainsi

316. Voir CRD, op. cit., note 59, p. 30, où ce principe est expliqué ; CRD, *Les mesures assurant la comparution, la mise en liberté provisoire et la détention avant le procès*, Document de travail n° 57, Ottawa, la Commission, 1988, p. 31.

317. (1988) 62 C.R. (3^e) 371.

318. *Id.*, 372 (j. Finlayson).

319. *Ibid.*

320. *Ibid.*

que des victimes de l'infraction dont cette garantie permettra de poursuivre plus efficacement les auteurs³²¹. Évidemment, les intérêts des victimes ne correspondent pas nécessairement ; certains peuvent tenir davantage que d'autres à la condamnation du coupable, ou au contraire à éviter l'épreuve d'un procès.

L'alinéa *l*), enfin, vise à garantir que l'on tienne dûment compte du point de vue des personnes que la décision intéresse à juste titre, lorsqu'il est possible de le connaître.

IV. Conduite à suivre en matière d'ententes portant garantie d'immunité

RECOMMANDATION

6. (1) Devrait être interdite toute incitation condamnable faite au nom du ministère public dans le but d'encourager une personne à conclure une entente portant garantie d'immunité.

(2) L'expression « incitation condamnable » devrait être définie comme toute incitation qui rend nécessairement suspecte l'authenticité d'une entente portant garantie d'immunité, les circonstances suivantes étant notamment visées :

- a) le dépôt de toute inculpation dont le poursuivant sait qu'elle n'est pas fondée au regard des faits susceptibles d'être prouvés³²² ;**
- b) le dépôt de toute inculpation qui est inhabituelle eu égard au type d'action ou d'omission imputé à l'accusé³²³ ;**
- c) le fait de menacer de porter une inculpation visée aux alinéas a) ou b)³²⁴ ;**
- d) toute offre, menace ou promesse dont la réalisation est incompatible avec les fonctions de son auteur³²⁵ ;**
- e) la présentation inexacte d'un fait pertinent.**

321. Nous sommes portés, ici, à adopter le texte introductif et l'alinéa *a*) de la définition de « victime » figurant au paragraphe 735(1.4) du *Code criminel*, dont voici le libellé :

(1.4) Pour l'application du présent article, la victime est

a) la personne qui subit des pertes ou des dommages matériels ou moraux par suite de la perpétration d'une infraction.

322. Cet alinéa s'inspire du *Model Code of Pre-arraignment Procedure* de l'AMERICAN LAW INSTITUTE, Philadelphie, the Institute, 1975, al. 350.3(3)a), p. 244.

323. Cet alinéa s'inspire du *Model Code of Pre-arraignment Procedure*, *op. cit.*, note 322, al. 350.3(3)b), p. 245.

324. Cet alinéa s'inspire du *Model Code of Pre-arraignment Procedure*, *op. cit.*, note 322, al. 350.3(3)a) et b), pp. 244-245.

325. Voir la définition des négociations sur le plaidoyer donnée par Stanley A. COHEN, *Due Process of Law: The Canadian System of Criminal Justice*, Toronto, Carswell, 1977, p. 179.

Commentaire

Cette recommandation est semblable à certaines recommandations faites dans le document de travail de la Commission intitulé *Les discussions et ententes sur le plaider*³²⁶. On cherche ici à écarter les pratiques qui en soi ne sont pas équitables, ou qui risquent de compromettre la crédibilité d'un témoignage ou de renseignements fournis en raison d'une entente portant garantie d'immunité.

Dans le paragraphe (1), on vise à réduire les risques d'abus de pouvoir de la part des autorités. Les alinéas (2) *a*), *b*) et *c*) portent sur le dépôt d'inculpations abusives et sur les menaces faites à ce sujet.

L'alinéa (2)*d*), quant à lui, concerne notamment le recours à la violence, la menace d'y recourir, etc. Il vise également la corruption (il peut du reste s'avérer difficile de supprimer toute apparence de corruption lorsqu'on doit verser de l'argent au bénéficiaire de l'immunité pour l'aider à s'installer ailleurs, à changer d'identité, à subvenir à ses besoins, etc.). Suivant l'alinéa (2)*d*), le versement de fonds par une personne tenue de rendre compte de leur utilisation en conformité avec des lignes directrices établies ne serait pas « incompatible avec les fonctions [de cette personne] » ; en revanche, le versement de fonds personnels ou de fonds dont la provenance est illégitime le serait.

Les termes utilisés à l'alinéa (2)*d*) sont certes suffisamment larges pour viser les incitations faites par une personne qui présente sous un faux jour le pouvoir que la loi lui confère (par exemple, le procureur de la Couronne qui offrirait ou promettrait à une personne de lui accorder personnellement le pardon). Mais c'est l'alinéa (2)*e*), dont la formulation est encore plus large, qui vise d'une manière générale les supercheries.

RECOMMANDATION

7. (1) Lorsqu'une personne a retenu les services d'un avocat, toute discussion entre elle et le poursuivant sur une éventuelle garantie d'immunité devrait être interdite en l'absence de cet avocat.

(2) Le poursuivant avec qui une personne non représentée par avocat souhaite engager des discussions sur une éventuelle garantie d'immunité devrait informer cette personne de ce qui suit :

- a*) il pourrait être avantageux pour elle d'être représentée par avocat ;**
- b*) si elle n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat, elle devrait vérifier si elle remplit les conditions pour pouvoir bénéficier des services provinciaux d'aide juridique.**

326. *Op. cit.*, note 1, rec. 3 et 5, pp. 43-44, 48.

Par la suite, aucune discussion sur une éventuelle garantie d'immunité ne devrait avoir lieu directement entre le poursuivant et cette personne, à moins que celle-ci n'ait informé sans équivoque le poursuivant qu'elle n'a pas l'intention de retenir les services d'un avocat.

Commentaire

Cette recommandation, similaire à une recommandation faite dans le document de travail de la Commission intitulé *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*³²⁷, répond avant tout au principe de l'équité³²⁸. Il est préférable que les négociations relatives à l'immunité, comme les négociations sur le plaidoyer, se déroulent par l'entremise d'avocats³²⁹.

Dans certains cas, semble-t-il, un indicateur potentiel peut souhaiter que son avocat ne soit pas mis au courant des discussions en cours sur une possible garantie d'immunité (parce qu'il craint pour sa sécurité, par exemple). Peut-être vaudrait-il mieux, dans une telle éventualité, qu'il renvoie son avocat. Mais on pourrait aussi faire valoir que l'indicateur (peut-être satisfait par ailleurs des services rendus par ce dernier) ne devrait pas être contraint à une telle mesure — qu'il devrait avoir le droit, en d'autres termes, de continuer à retenir ses services pour certaines fins et de ne pas le faire pour d'autres fins. Chose certaine, le procureur de la Couronne qui négocie avec une personne (surtout un accusé) à l'insu de l'avocat de celle-ci peut se trouver dans une situation délicate. Nous aimerions cependant que le lecteur nous fasse part de son opinion, quant à la question de savoir si cela devrait tout de même être permis dans certaines circonstances (par exemple, lorsque la personne a informé d'une manière non équivoque le poursuivant qu'elle ne souhaite pas la présence de son avocat).

RECOMMANDATION

8. Le poursuivant qui conclut avec une personne une entente portant garantie d'immunité devrait chercher à faire en sorte que les victimes soient informées en temps opportun de cette entente et des motifs auxquels elle répond, à moins que cela ne soit inopportun dans les circonstances ou pour des raisons impérieuses, par exemple à cause de la probabilité que le bénéficiaire de la garantie d'immunité ou une autre personne subisse un préjudice grave.

327. *Op. cit.*, note 1, rec. 7, p. 49.

328. M.L. SHERMAN, *loc. cit.*, note 23, 58, a exprimé l'avis que, si c'est au nom de l'équité que l'on peut le mieux justifier la présence d'un avocat lors des discussions sur l'immunité, d'aucuns estiment aussi que cette présence favorise l'efficacité, ce qu'il conteste pour sa part.

329. Voir *R. c. Mathias*, précité, note 215.

Commentaire

Cette recommandation, destinée à favoriser le respect du système de justice pénale, est semblable à une recommandation formulée dans le document de travail n° 60³³⁰. Elle énonce une règle générale, qui s'appliquerait « à moins que cela ne soit inopportun dans les circonstances » ou à moins que cela ne présente des risques.

En somme, cette recommandation régulariserait la pratique apparemment suivie dans l'affaire *Demers*³³¹. L'accusé, dans cette cause, avait fait l'objet d'un certain nombre d'accusations à la suite d'un vol qualifié et un procureur de la Couronne avait déposé avoir probablement « entériné³³² » une entente portant garantie d'immunité conclue avec quelqu'un qui (pour reprendre les termes de la Cour d'appel du Québec) [TRADUCTION] « était impliqué dans le vol qualifié³³³ » mais qui « avait fourni à la police des renseignements utiles contre [Demers]³³⁴ » (au sujet, semble-t-il, d'une accusation de meurtre dont Demers sera par la suite acquitté). Au cours de sa déposition, le procureur de la Couronne a déclaré qu'il avait discuté du cas de l'indicateur « avec la victime du vol qualifié à qui demandait des explications parce que il comprenait pas ». Il a poursuivi : « je lui ai expliqué le système et que, lorsqu'on avait des ententes, on les gardait³³⁵. »

V. La forme et le contenu des ententes portant garantie d'immunité

RECOMMANDATION

9. (1) Toute entente portant garantie d'immunité et ayant trait à un crime ou une série de crimes désignés comme graves dans les lignes directrices établies par le procureur général en vue de l'application des présentes règles, ou par laquelle une personne s'engage à donner un témoignage, devrait obligatoirement être consignée ou enregistrée par un autre moyen, et comporter les renseignements suivants :

- a) l'identité de la personne avec qui est conclue l'entente portant garantie d'immunité ;
- b) l'identité de la personne ou des personnes à qui l'immunité est garantie ;
- c) l'identité de la personne qui conclut l'entente au nom du procureur général ;
- d) les actes ou omissions à l'égard desquels l'immunité est garantie ;

330. *Op. cit.*, note 1, rec. 11, p. 54.

331. Précitée, note 135.

332. *Id.*, 51.

333. *Ibid.* (j. Kaufman).

334. *Ibid.*

335. *Ibid.*

e) la forme que prendra l'immunité ;

f) la nature du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration fournis en contrepartie de la garantie d'immunité ;

g) les autres engagements éventuellement contractés par les parties, y compris des précisions sur tout versement d'argent devant être fait par le ministère public ;

h) ce qui sera tenu pour une violation de l'entente, et les conséquences d'une telle violation.

(2) Toute personne ayant conclu, avec le ministère public ou l'un de ses représentants, une entente portant garantie d'immunité qui a été consignée ou a été enregistrée par un autre moyen, devrait obligatoirement, sur-le-champ et contre récépissé, en recevoir un exemplaire³³⁶.

Commentaire

Dans un bon nombre de causes où l'une des parties prétendait que l'autre ne s'était pas acquittée des obligations contractées dans l'entente portant garantie d'immunité, on constate que la chose est bien difficile à vérifier a posteriori, les termes de l'entente demeurant souvent confus. C'est la raison qui nous a incités à faire cette recommandation, qui témoigne du reste de l'attachement de la Commission aux principes de la clarté³³⁷ et de l'efficacité³³⁸.

Le paragraphe (1), il importe de le souligner, obligerait le procureur général à désigner les crimes dont la nature est suffisamment grave pour justifier l'enregistrement et la déclaration obligatoires de toute entente portant garantie d'immunité à leur égard³³⁹. (À notre avis, il serait manifestement inutile d'exiger que tout retrait d'une accusation de moindre gravité — découlant par exemple d'une entente portant à la fois sur le plaidoyer et sur l'immunité — soit enregistré et déclaré.) Par ailleurs, le procureur général serait tenu de définir dans quelles circonstances une série de crimes, qui ne sont peut-être pas très graves lorsqu'ils sont considérés isolément, serait tenue pour grave pour l'application des règles concernant l'enregistrement et la déclaration. Bien sûr, cela suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire considérable, mais ce problème se pose inévitablement lorsqu'on choisit la solution des lignes directrices.

En revanche, les dispositions du paragraphe (1) suivant lesquelles l'entente doit être consignée si elle prévoit un témoignage ne relèvent pas d'un pouvoir discrétionnaire. L'entente doit en effet être communiquée à l'accusé³⁴⁰.

336. Cf. la proposition semblable faite par C.B. САТО, *loc. cit.*, note 302, 404.

337. Voir CRD, *op. cit.*, note 59, p. 27.

338. Voir CRD, *op. cit.*, note 59, p. 26.

339. Voir rec. 16, *infra*, p. 75.

340. Voir rec. 13, *infra*, p. 70.

L'alinéa (1)a) se passe d'explication.

À l'alinéa (1)b), on reconnaît la possibilité que l'immunité soit garantie à un tiers³⁴¹ ; nous pensons tout de même que, d'une manière générale, la personne avec qui le ministère public conclura l'entente sera celle à qui l'immunité est accordée.

L'alinéa (1)c) se passe d'explication.

L'alinéa (1)d) a trait à la portée de l'immunité garantie par l'entente. Lorsque le bénéficiaire doit témoigner en justice et recevoir l'immunité pour les infractions dont il fera état à l'occasion de cette déposition, on s'expose à des surprises si l'on ne définit pas d'une manière précise la portée de l'entente. Comme l'indiquait un juriste canadien, en effet, l'entente risquerait alors de permettre à cette personne, une fois à la barre des témoins, d'obtenir une immunité illimitée en dévoilant des infractions dont il n'avait pas été question lors de la conclusion de l'entente³⁴².

Nous sommes contre ce genre d'immunité générale, tout en reconnaissant que les parties peuvent avoir légitimement intérêt à rédiger une entente qui consente une très large immunité à un témoin à charge potentiel. Dans l'affaire australienne *Georgiadis*³⁴³, portant sur des accusations découlant d'un coup de feu (*shooting incident*)³⁴⁴, il s'agissait d'établir si un engagement, pris envers l'accusé avant qu'il témoigne à charge au procès d'un autre individu, avait été formulé en des termes assez larges pour lui garantir l'immunité à l'égard de toutes les infractions au sujet desquelles il pourrait témoigner à ce procès. Le procès auquel l'accusé avait témoigné portait notamment sur des accusations de complot pour l'importation d'héroïne, mais (nous citons le juge Ormiston) l'accusé avait été [TRADUCTION] « contre-interrogé de manière assez détaillée sur les faits ayant donné lieu aux accusations [celles touchant le coup de feu] et, au cours de ce procès, avait admis avoir tiré le [. . .] coup de feu³⁴⁵ ». En contre-interrogatoire, il avait en outre [TRADUCTION] « prétendu que le coup de feu avait été tiré parce que [l'un des accusés] avait tenté de le faire tuer³⁴⁶ ». Pour arriver à la conclusion que l'engagement assurait à l'accusé l'immunité contre toutes poursuites liées au coup de feu, le juge Ormiston a souligné qu'il est difficile pour la personne qui conclut une entente portant garantie d'immunité, d'une part de prévoir toutes les questions susceptibles d'être abordées au cours de son témoignage, et d'autre part de limiter à cette étape la portée du témoignage qu'il devra donner. Le juge a déclaré :

[TRADUCTION]

L'accusé a été obligé de témoigner et il n'était pas possible de prévoir avec précision la nature de ce témoignage ni l'orientation qu'il prendrait. En fait, l'avocat [de l'un des accusés au procès relatif à l'importation de stupéfiants] a jugé pertinent de le contre-interroger

341. Voir *R. c. Bulleyment* (1979), 46 C.C.C. (2^e) 429, 445 (C.A. Ont.).

342. E. RATUSHNY, *op. cit.*, note 18, p. 401.

343. Précitée, note 268.

344. *Id.*, 1031 (j. Ormiston).

345. *Ibid.*

346. *Ibid.*

sur le coup de feu. Il n'appartenait pas à l'accusé, à la barre des témoins, de distinguer ce qui était pertinent et ce qui ne l'était pas. Il pouvait à juste titre supposer que si on lui posait des questions et que personne ne s'y opposait, c'est que ces questions étaient pertinentes au regard des accusations dont il était alors question. Il ne connaissait pas l'orientation de la preuve et il était tenu de répondre³⁴⁷.

L'alinéa (1)e exige que soit précisée la façon dont l'immunité sera assurée : interruption³⁴⁸ de poursuites déjà entamées, le cas échéant ; engagement d'interrompre au besoin les poursuites susceptibles d'être intentées, etc.

L'alinéa (1)f) a trait à la nature de la contrepartie offerte au ministère public ; il prévoit l'enregistrement de tous les renseignements dont on devra ultérieurement disposer pour être en mesure de déterminer si cette contrepartie a effectivement été reçue. On ne demande pas que l'entente précise en quoi devra consister le témoignage ; toutefois, comme la recommandation 11 énonce que l'entente doit exiger la véracité de celui-ci, l'enregistrement de la déclaration du témoin pourrait être utile dans le cas où des poursuites pour parjure seraient ultérieurement intentées.

L'alinéa (1)g) traite de promesses que l'on pourrait considérer comme « complémentaires », l'entente consistant fondamentalement dans une garantie d'immunité contre la collaboration de la personne à qui elle est donnée. Le ministère public pourra par exemple s'engager à assurer la protection du bénéficiaire de l'immunité ou des membres de sa famille, à l'aider à s'installer ailleurs (avec sa famille, le cas échéant), à lui permettre de changer d'identité³⁴⁹ ou à lui fournir une aide matérielle. L'indicateur ou le témoin, pour sa part, pourra être tenu de s'engager à autre chose, par exemple à subir l'épreuve du détecteur de mensonge³⁵⁰.

L'alinéa (1)h)³⁵¹ se passe d'explication.

Le paragraphe (2) repose essentiellement sur les principes de l'équité et de l'efficacité³⁵². L'objectif poursuivi ici est notamment de conférer la plus grande valeur possible aux témoignages donnés par les personnes bénéficiant d'une garantie d'immunité. La cause *McDonald c. The Queen*³⁵³ fait bien ressortir la raison d'être de cette recommandation. La police, dans une affaire de meurtre, avait promis à deux témoins qu'on

347. *Id.*, 1039.

348. Voir le commentaire de la rec. 1, *supra*, p. 50.

349. Cette disposition s'inspire des lignes directrices établies par l'Administration américaine à l'égard des ententes portant sur la collaboration et sur l'immunité.

350. Voir *United States c. Irvine*, 756 F. 2d 708 (9th Cir. 1985), étudié par M.L. SHERMAN, *loc. cit.*, note 23, 67.

351. Cette disposition s'inspire des lignes directrices établies par l'Administration américaine à l'égard des ententes portant sur la collaboration et sur l'immunité.

352. Le paragraphe (2) peut aussi répondre au principe de la responsabilité. On trouvera une étude de ce principe dans CRD, *op. cit.*, note 59, p. 28.

353. Précitée, note 114.

n'intenterait pas de poursuites contre eux s'ils disaient la vérité au procès de l'accusé, et à la condition que la victime n'eût pas été abattue par eux. Aux promesses faites par la police avaient succédé des engagements du solliciteur général, qui ne supposaient pas expressément quant à eux que les témoins n'étaient pas les auteurs du meurtre. Mais ces engagements n'ont semble-t-il été montrés aux témoins que pendant leur déposition, ou juste avant³⁵⁴. Pour cette raison, l'avocat de l'accusé avait par la suite fait valoir que le juge de première instance n'avait pas dûment tenu compte de la possibilité que l'entente initiale conclue avec la police soit demeurée [TRADUCTION] « une constante incitation pour eux à déclarer faussement sous serment que McDonald avait tiré le coup fatal³⁵⁵ ». La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a conclu que le jury avait reçu des directives adéquates en l'espèce, et cette conclusion n'a pas été contestée par le Conseil privé ; mais lord Diplock a clairement déclaré que, de l'avis de la commission, il fallait [TRADUCTION] « regretter qu'on n'ait pas montré aux [témoins] les engagements du solliciteur général avant leur déposition et qu'on n'ait pas obtenu un récépissé à ce sujet³⁵⁶ », précisant que « l'on devrait procéder systématiquement de cette façon chaque fois qu'un conseiller juridique de la Couronne offre une telle immunité contre des poursuites à un complice³⁵⁷ ».

RECOMMANDATION

10. Nulle entente portant garantie d'immunité ne devrait obliger qui que ce soit à accomplir un acte illégal, ni avoir trait à des crimes susceptibles d'être commis ultérieurement.

Commentaire

Cette recommandation ne pose aucun problème. Elle s'appliquerait même dans les cas où l'on estimerait nécessaire qu'un agent d'infiltration commette un certain crime³⁵⁸. Certes, le procureur général et ses représentants doivent conserver le pouvoir discrétionnaire de s'abstenir d'intenter des poursuites lorsque cela irait à l'encontre de l'intérêt

354. Comme l'a déclaré par la suite lord Diplock (p. 199) : [TRADUCTION] « Il semble que l'engagement envers [l'un des témoins] ne lui ait effectivement pas été montré avant le voir-dire qui a eu lieu au début du procès devant le juge Pritchard, en l'absence du jury, au cours duquel on s'est opposé à l'admission de la déposition de [ces témoins] ; et que l'engagement envers [l'autre témoin] ne lui ait été montré qu'après le rejet de l'objection, alors qu'il était en train de déposer devant le jury. »

355. *McDonald c. The Queen*, précité, note 114, 201.

356. *Ibid.*

357. *Ibid.*

358. Les agents d'infiltration, par exemple, peuvent parfois juger nécessaire de commettre certaines actions (notamment des actes violents) pour se faire accepter dans un gang ou pour continuer d'en faire partie : voir COMMISSION McDONALD, *op. cit.*, note 2, pp. 315-318. Certains moyens de défense peuvent dans certains cas être invoqués avec succès à l'égard de tels « crimes » apparents ; voir cependant COMMISSION McDONALD, *op. cit.*, pp. 375-392.

public³⁵⁹ ; mais il n'est à notre avis ni nécessaire ni souhaitable d'accorder à quiconque ce qui équivaldrait à une autorisation de se livrer à des activités criminelles — on se trouverait ainsi, inévitablement, à porter atteinte au principe de la primauté du droit³⁶⁰.

Le fait d'interdire les garanties d'immunité portant sur des crimes futurs signifie notamment que le ministère public ne pourrait s'engager, dans une entente où la garantie d'immunité a pour contrepartie un témoignage, à s'abstenir de poursuivre le bénéficiaire de l'immunité pour parjure relativement à ce témoignage.

RECOMMANDATION

11. L'entente portant garantie d'immunité par laquelle une personne s'engage à témoigner en justice devrait obligatoirement exiger la véracité du témoignage en question.

Commentaire

Cette recommandation repose en partie sur le principe de l'équité. Il nous semble indispensable d'exiger la véracité du témoignage, puisque l'État est tenu de veiller à l'équité des procès, de préserver l'intégrité du système de justice pénale et de faire respecter la primauté du droit.

La recommandation 11 est également fondée sur le principe de l'efficacité. La Commission a exprimé l'avis, dans *Notre procédure pénale*³⁶¹, que l'efficacité et la précision de la procédure sont dans une certaine mesure indissociables. Selon nous, il serait tout à fait contraire à l'efficacité de renoncer à la faculté de poursuivre une personne en échange d'un témoignage délibérément non conforme aux faits, ainsi que d'obtenir des déclarations de culpabilité fondées sur un tel témoignage.

L'inclusion d'une disposition exigeant la véracité du témoignage donné par le bénéficiaire de l'immunité s'accorde sans aucun doute avec le bon sens et l'usage. Son absence risquerait du reste de donner lieu à des situations embarrassantes. Dans l'arrêt *Turner*, le juge Lawton a reproché en ces termes à l'adjoint du Director of Public Prosecutions de s'être engagé à accorder l'immunité à une personne : [TRADUCTION] « Même s'il était implicite dans la lettre que les déclarations [du témoin] devaient être véridiques, il est extrêmement malheureux qu'on n'y fasse pas expressément état de la nécessité que [le témoin] dise la vérité³⁶² ».

359. Voir CRD, Document de travail n° 62, *op. cit.*, note 15, pp. 79-87, 113.

360. Voir COMMISSION McDONALD, *op. cit.*, note 2, p. 569. Nous n'écartons pas toutefois la possibilité de modifications législatives qui soustrairaient à la responsabilité pénale certains agents d'infiltration dans des cas particuliers et clairement définis. Voir sur ce point, COMMISSION McDONALD, *op. cit.*, pp. 569-572.

361. *Op. cit.*, note 59, p. 26.

362. Précité, note 145, 80.

RECOMMANDATION

12. (1) Le ministère public devrait pouvoir, dans une entente portant garantie d'immunité, s'engager à mettre fin à toute poursuite privée — quel qu'en soit le bien-fondé —, à l'exclusion des poursuites privées pour parjure³⁶³ relatives au témoignage exigé en contrepartie.

(2) Le ministère public devrait pouvoir, dans une entente portant garantie d'immunité par laquelle une personne s'engage à témoigner en justice, s'engager à veiller à ce que toute éventuelle poursuite privée pour parjure intentée contre cette personne relativement à son témoignage fasse l'objet d'un contrôle indépendant, et à y mettre fin si ce contrôle révèle qu'elle est mal fondée et ne devrait pas être continuée.

Commentaire

L'efficacité de l'entente portant garantie d'immunité suppose parfois l'inclusion d'une protection contre les poursuites privées. Le paragraphe (1) permettrait, d'une manière générale, d'offrir une protection contre toute poursuite privée « quel qu'en soit le bien-fondé ». Comme la recommandation 11 exige l'inclusion, dans les ententes, d'une clause exigeant la véracité du témoignage qui y est visé, il serait cependant contradictoire de permettre que cette protection s'étende aux poursuites privées pour parjure reliées à ce témoignage. C'est pourquoi la protection contre de telles poursuites est traitée séparément au paragraphe (2).

Le paragraphe (2) tient à l'effet dissuasif que peut avoir la menace d'une poursuite privée pour parjure sur une personne dont le ministère public souhaite obtenir le témoignage. Nous croyons que ce dernier devrait avoir la possibilité de fournir le type de garantie visé au paragraphe (2), à la lumière de certaines décisions judiciaires dont il ressort que de telles poursuites peuvent être entamées par ceux-là mêmes contre qui le témoin à charge a déposé. Dans une affaire anglaise, par exemple — *Raymond c. Attorney-General*³⁶⁴ —, l'un des accusés a intenté une poursuite privée pour parjure contre un individu qui, selon le tribunal, faisait partie des personnes [TRADUCTION] « impliquées dans les infractions reprochées aux accusés lors du procès³⁶⁵ » mais dont « le rôle n'était pas [...] celui d'un

363. Par « parjure », on entend ici le crime visé par la recommandation 24(1) formulée dans CRD, *Pour une nouvelle codification du droit pénal : édition révisée et augmentée du rapport 30*, Rapport n° 31, Ottawa, la Commission, 1987, p. 126. Voici le texte en question : « Commet un crime quiconque fait une déclaration solennelle fausse au cours d'une procédure publique en vue d'en influencer l'issue. » Il est précisé à la recommandation 1(2) du rapport n° 31 (p. 13) que le terme « déclaration solennelle fausse » désigne « notamment celle qui contredit une déclaration solennelle antérieure faite par la même personne au cours d'une procédure publique ou prescrite par la loi. »

364. [1982] 1 Q.B. 839 (C.A.).

365. *Id.*, 843 (sir Sebg Shaw).

accusé mais bien d'un témoin à charge³⁶⁶ ». Lorsque la poursuite privée a été engagée, le témoin avait déposé au cours des procédures de mise en accusation mais le procès lui-même n'avait pas commencé. L'accusé a fait valoir que le témoin [TRADUCTION] « s'était parjuré et avait commis d'autres actes criminels relativement aux faits ayant été l'objet des procédures de mise en accusation au cours desquelles [le témoin] avait témoigné pour la poursuite³⁶⁷. » Selon la Cour, cependant, l'un des buts poursuivis par M. Raymond en instituant des procédures pénales contre le témoin à cette étape était de le dissuader de jouer le rôle de témoin à charge, ou tout au moins de discréditer son témoignage³⁶⁸. Vu les circonstances, le Director of Public Prosecutions a pris en charge la poursuite privée entamée par l'accusé en s'abstenant de présenter quelque preuve³⁶⁹, et le témoin a été libéré.

Le genre de contrôle envisagé au paragraphe (2) est évoqué dans un arrêt relativement récent de la Cour d'appel de la Saskatchewan, *Re Osioy and The Queen*³⁷⁰ (rien n'indique toutefois qu'une entente portant garantie d'immunité eût été conclue en l'espèce). Une personne avait, après avoir été déclarée coupable de l'infraction dont elle était accusée, engagé une poursuite privée pour parjure contre un témoin à charge, et le représentant du procureur général n'avait ordonné l'arrêt des procédures qu'après que le ministère de la Justice eut donné instruction à la GRC de faire enquête sur les allégations et eut reçu la réponse qu'une accusation de parjure était injustifiable³⁷¹.

Il faut souligner que les ententes portant garantie d'immunité ne doivent pas *obligatoirement* comporter la clause visée au paragraphe (2). Nous n'avons pas précisé, par ailleurs, quelle méthode doit être utilisée, le cas échéant, pour mettre fin à la poursuite privée une fois le contrôle effectué³⁷².

366. *Ibid.*

367. *Id.*, 844.

368. *Ibid.*

369. La Cour a fait observer ce qui suit (sir Sebag Shaw, p. 844) :

[TRADUCTION]

Le 16 juillet 1979, M. John Wooler, l'un des principaux membres du bureau du Director [of Public Prosecutions], s'est présenté devant la Magistrates' Court de St-Albans. Il a exposé les faits de l'affaire au juge et a expliqué qu'il était apparu, à la lumière des déclarations faites par M. Raymond lors de sa requête en assignation, que les allégations qu'il avait l'intention de faire contre [le témoin] avaient déjà été examinées au cours des procédures antérieures de mise en accusation. Il a informé ensuite la Cour que le Director était persuadé, pour un certain nombre de raisons, que les poursuites intentées par M. Raymond étaient vexatoires et destinées à discréditer [le témoin] en tant que témoin, et non à le traduire en justice à l'égard des allégations sur lesquelles les assignations étaient fondées. En résumé, l'intérêt public en général et les fins de la justice en particulier seraient desservis si les assignations étaient lancées. Par conséquent, comme M. Wooler en a informé la Cour, il n'a présenté aucune preuve contre [le témoin].

370. (1989) 50 C.C.C. (3^e) 189.

371. *Id.*, 190.

372. Voir le commentaire relatif à la rec. 1, *supra*, p. 50, ainsi que la rec. 14(2), *infra*, p. 71.

VI. Conditions préalables au témoignage fourni par une personne jouissant de l'immunité

RECOMMANDATION

13. (1) Lorsque le ministère public a conclu une entente portant garantie d'immunité avec une personne qu'il a l'intention d'assigner comme témoin, il devrait être tenu :

- a) d'informer l'accusé de la teneur de l'entente, afin de lui permettre de « présenter une pleine réponse et défense³⁷³ » ;
- b) de fournir à l'accusé, ainsi que l'exigent nos propositions relatives à la communication de la preuve par la poursuite, une copie de toutes les déclarations faites par le témoin relativement aux questions sur lesquelles il sera appelé à témoigner³⁷⁴ ;
- c) d'informer l'accusé, afin de lui permettre de « présenter une pleine réponse et défense », de toutes les occasions où, à la connaissance du poursuivant, le témoin a obtenu une garantie d'immunité en échange d'un témoignage.

(2) Le ministère public devrait pouvoir, avant de communiquer à l'accusé la teneur de l'entente, demander au tribunal de l'autoriser à en rendre inintelligibles certains éléments désignés, pourvu que les conditions suivantes soient réunies :

- a) ces éléments ne sont pas essentiels pour que l'accusé soit en mesure de « présenter une pleine réponse et défense » ;
- b) leur communication constituerait un risque pour quelque personne.

Commentaire

L'alinéa (1)a), fondé sur le principe de l'équité, est destiné à aider l'accusé à « présenter une pleine réponse et défense ». Comme l'entente devrait obligatoirement être communiquée à l'accusé en vertu de cette recommandation, et vu les dispositions de la recommandation 16 ayant trait à l'établissement de rapports annuels, il est inutile d'énoncer ici que les ententes portant garantie d'immunité doivent être communiquées au tribunal de manière distincte³⁷⁵. L'obligation énoncée à l'alinéa (1)a) permet de présumer que les parties elles-mêmes vont faire savoir que le ministère public a conclu une entente portant garantie d'immunité avec un témoin à charge.

373. Les mots entre guillemets figurent au paragraphe 650(3) du *Code criminel*. (Une formule similaire est utilisée au paragraphe 802(1) du *Code criminel*.)

374. Cet alinéa s'inspire d'une proposition formulée par C.B. CATO, *loc. cit.*, note 302, 404.

375. Voir CRD, *op. cit.*, note 1, rec. 12, p. 56.

Quant à l'alinéa (1)b), il vise lui aussi à aider l'accusé à vérifier la crédibilité du témoin bénéficiant de l'immunité³⁷⁶. Cette disposition doit s'interpréter à la lumière des propositions faites par la Commission au sujet de la communication des déclarations antérieures des témoins en général³⁷⁷.

L'alinéa (1)c) se passe d'explication.

Au paragraphe (2), on reconnaît que les ententes peuvent à l'occasion renfermer certains détails non essentiels (relatifs, par exemple, à l'endroit où un témoin ou sa famille déménageront) dont la divulgation pourrait mettre en danger le témoin ou d'autres personnes. On a donc prévu un mécanisme (semblable à celui dont il était question dans le document de travail de la Commission consacré à la surveillance électronique³⁷⁸) qui permet aux tribunaux, sur demande, de rendre inintelligibles certains passages des ententes portant garantie d'immunité.

VII. Le respect des ententes portant garantie d'immunité

RECOMMANDATION

14. [(1)] Lorsqu'une personne s'est acquittée dans une large mesure des obligations contractées en vertu des clauses valides d'une entente portant garantie d'immunité, toute poursuite ultérieure intentée en violation de cette entente devrait être tenue pour irrecevable, sauf dans les cas suivants :

- a) le ministère public, pendant les discussions relatives à l'entente, a été induit en erreur par l'accusé sur une question essentielle ;*
- b) le ministère public a été incité à conclure l'entente par des agissements constituant une entrave à la justice.*

[(2)] Lorsque des poursuites peuvent être intentées contre une personne en vertu du paragraphe (1), ni le temps écoulé ni le fait qu'il a été mis fin à des procédures antérieures en conformité avec une entente portant garantie d'immunité ne devraient constituer un obstacle à de telles poursuites.]

376. C.B. CATO, *loc. cit.*, note 302, 404.

377. Voir CRD, *La communication de la preuve par la poursuite*, Rapport n° 22, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984.

378. Voir CRD, *La surveillance électronique*, Document de travail n° 47, Ottawa, la Commission, 1986, rec. 50, p. 73. Voir aussi CRD, *L'accès du public et des médias au processus pénal*, Document de travail n° 56, Ottawa, la Commission, 1987, rec. 9(5) et (6), p. 67 et rec. 10(5) et (6), p. 71.

Le paragraphe (1) s'inspire d'une recommandation faite dans le document de travail de la Commission, *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*³⁷⁹. Il énonce une règle fondamentale³⁸⁰, fondée notamment sur le principe de l'équité³⁸¹. Il nous semble en outre qu'en accordant au bénéficiaire de l'immunité une protection légale contre les poursuites contraires à l'entente, on sert la cause de la certitude du processus pénal³⁸². Enfin, une telle règle favorise sans doute aussi l'efficacité. Comme l'a dit la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans l'affaire *McDonald*, en parlant des garanties d'immunité : [TRADUCTION] « l'importance d'un tel engagement par rapport au témoignage d'un complice tient à l'effet pratique qu'il aura, d'une part quant à la protection de ce complice, et d'autre part quant à la création chez lui d'un état d'esprit où, dans la mesure du possible, il perd toute crainte quant aux conséquences que pourrait comporter le fait de donner un témoignage qui l'incrimine, et sait qu'il n'a rien à gagner par un faux témoignage³⁸³. »

L'alinéa (1)a) aurait pour effet de libérer le ministère public de son obligation lorsqu'il a été induit en erreur sur une question essentielle. Le cas s'est présenté en Ontario dans la récente affaire *R. c. MacDonald*³⁸⁴. Il avait été convenu, notamment, qu'aucune accusation de meurtre ne serait portée contre l'appelant, mais qu'il serait accusé de complicité après le fait. L'appelant s'était quant à lui engagé à dire à la police ce qu'il savait au sujet de l'homicide faisant l'objet de l'enquête, et à témoigner dans le même sens à l'enquête préliminaire et au procès de la personne qui devait être inculpée de meurtre relativement à l'homicide. On devait lui donner la possibilité de s'inscrire à un programme lui permettant de s'établir ailleurs. L'appelant a effectivement fait une déclaration à la police, puis témoigné à l'enquête préliminaire ; mais lors de celle-ci, un autre témoin a donné une version différente des faits, en déclarant [TRADUCTION] « que l'appelant avait fait en sorte que [la personne inculpée de meurtre] tire sur la victime et savait qu'elle allait tirer lorsqu'ils ont conduit en voiture la victime [sur les lieux où le meurtre a été commis]³⁸⁵ ». Jugeant ce témoin [TRADUCTION] « beaucoup plus crédible que l'appelant³⁸⁶ », le procureur de la Couronne a décidé de l'assigner à l'enquête préliminaire de l'accusé, et de demander que l'appelant soit également accusé de meurtre au premier

379. *Op. cit.*, note 1, rec. 22, p. 69.

380. Nous n'avons pas tenté d'embrasser ici tous les cas où le bénéficiaire de l'immunité ne s'est pas intégralement acquitté de ses obligations.

381. Même si nous n'avons pas formulé de recommandation spécifique à ce sujet, nous croyons que le respect du principe de l'équité suppose que, lorsque le ministère public a l'intention de mettre fin à une entente portant garantie d'immunité avant que le bénéficiaire ait fourni le témoignage, les renseignements, la collaboration, etc., un avis quelconque devrait être remis à ce dernier.

382. Voir A.T.H. SMITH, *loc. cit.*, note 12, 325-326, qui exprime une opinion similaire.

383. Précitée, note 106, p. 105. Voir C.B. CATO, *loc. cit.*, note 302, 403.

384. (1990) 54 C.C.C. (3^e) 97 (C.A. Ont.).

385. *Id.*, 103 (j. Zuber).

386. *Ibid.*

degré. Le juge de première instance, considérant comme un abus de la procédure du tribunal la requête présentée par l'appelant en vue de l'arrêt des procédures sur l'accusation de meurtre, l'a rejetée en disant que [TRADUCTION] « l'entente supposait de toute évidence que l'appelant dise la vérité, et il ne l'a pas fait³⁸⁷ ». En outre, [TRADUCTION] « [c]'est ce manque de franchise de la part de l'appelant, de l'avis du juge de première instance, qui a entraîné la rupture de l'entente³⁸⁸ ». Ce raisonnement a été sanctionné par la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté le pourvoi de l'appelant quant à sa condamnation pour meurtre. À son avis, [TRADUCTION] « parce que la Couronne n'a pas obtenu de l'appelant la déclaration complète et véridique qu'elle avait négociée, elle n'était aucunement tenue de se conformer à [...] la clause de l'entente par laquelle elle s'engageait à n'inculper l'appelant que de complicité après le fait³⁸⁹ ». Soulignant que dans le jugement rendu à la majorité par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Conway*³⁹⁰ [TRADUCTION] « il est question de poursuites à ce point injustes et viciées que leur permettre de suivre leur cours "compromettrait l'intégrité du tribunal"³⁹¹ », la Cour a ajouté : [TRADUCTION] « L'intégrité du tribunal serait également compromise, dans un cas comme celui-ci, s'il fallait que la Couronne soit tenue de respecter une entente conclue à un moment où l'appelant n'était pas soupçonné de meurtre, alors que les faits ont par la suite mis au jour sa participation³⁹² ». À son avis, [TRADUCTION] « [e]xiger le respect de l'entente permettrait à l'appelant de profiter de ses déclarations incomplètes et non véridiques, ainsi que du marché qu'il avait conclu avec la Couronne avant que tous les faits soient connus³⁹³ ». Tout en reconnaissant que [TRADUCTION] « la Couronne avait obtenu quelque chose de l'appelant (à savoir, sa déposition à l'enquête préliminaire [...]) et que l'appelant avait perdu son droit de se taire³⁹⁴ », la Cour a estimé que l'appelant n'avait en fait subi aucun préjudice³⁹⁵, aucune des déclarations qu'il avait faites à la police n'ayant été utilisée à son procès³⁹⁶.

Suivant l'alinéa (1)*b*), le ministère public serait libéré de toute obligation lorsque l'entente a été conclue par suite de menaces, de corruption ou de toute collusion constituant une entrave à la justice.

Il n'est pas question au paragraphe (1) du respect des engagements qui complètent la garantie d'immunité en tant que telle. Comme ils sont tout à fait étrangers aux règles proposées dans le présent document, il serait préférable de traiter dans un autre cadre les conséquences que devrait avoir un manquement du ministère public à de tels engagements contractuels (ayant trait, par exemple, à la protection du témoin, à l'aide matérielle devant lui être fournie, à sa réinstallation).

387. *Id.*, 104.

388. *Ibid.*

389. *Id.*, 105.

390. [1989] 1 R.C.S. 1659.

391. *R. c. MacDonald*, précité, note 384, 106 (j. Zuber), qui citait l'arrêt *Conway*, précité, note 390, 1667.

392. *R. c. MacDonald*, précité, note 384, 106.

393. *Ibid.*

394. *Ibid.*

395. *Ibid.*

396. *Ibid.*

Le paragraphe (2), figurant entre crochets, n'est soumis qu'à titre de possibilité. Il vise à ce que les criminels ne puissent tirer parti d'agissements décrits aux alinéas (1)a) et b).

VIII. Irrecevabilité de certains éléments de preuve

RECOMMANDATION

15. Lorsqu'une poursuite est intentée contre une personne qui a conclu une entente portant garantie d'immunité ou a offert de fournir, en contrepartie de l'immunité contre des poursuites, un témoignage, des renseignements ou quelque autre forme d'aide ou de collaboration, les éléments de preuve suivants devraient être inadmissibles pour établir la culpabilité ou la crédibilité de cette personne :

- a) l'entente ;
- b) l'offre ;
- c) les déclarations faites relativement à l'offre ou à l'entente.

Commentaire

Cette recommandation, similaire à une recommandation formulée dans le document de travail n° 60³⁹⁷, est destinée à faciliter les discussions relatives aux ententes portant garantie d'immunité. Elle offre une protection légèrement plus large que celle prévue par la règle touchant le caractère volontaire des déclarations. Cette protection s'appliquerait aux ententes portant garantie d'immunité, mais aussi aux offres et aux déclarations faites à leur sujet ou dans le but d'obtenir l'immunité. Elle ne s'étendrait pas, toutefois, aux éléments de preuve (preuves matérielles, par exemple) obtenus grâce à de telles déclarations — cette question sera traitée dans un document de travail, en préparation, consacré aux redressements.

La question de savoir à laquelle des parties est imputable la rupture de l'entente n'aurait aucune importance eu égard à l'application de la recommandation 15. En outre, celle-ci n'empêcherait pas l'accusé d'invoquer l'existence d'une entente portant garantie d'immunité afin de plaider l'irrecevabilité d'une poursuite.

397. *Op. cit.*, note 1, rec. 23, p. 70.

IX. Rapport annuel

RECOMMANDATION

16. (1) Le procureur général devrait être tenu de publier, annuellement, un rapport indiquant :

a) le nombre d'ententes portant garantie d'immunité conclues au cours de l'année, et consignées ou enregistrées par un autre moyen ;

b) pour chacune de ces ententes :

(i) les crimes pour lesquels l'immunité a été garantie ;

(ii) la nature générale de la collaboration devant être fournie en contrepartie de l'immunité ;

(iii) les accusations portées dans les poursuites où ont été utilisés le témoignage ou les renseignements fournis conformément à l'entente, et l'issue de ces poursuites ;

(iv) le montant de tous frais engagés relativement à l'entente.

(2) Lorsqu'un témoignage ou des renseignements fournis conformément à une entente portant garantie d'immunité consignée ou enregistrée par un autre moyen sont utilisés dans une poursuite au cours d'une année postérieure à celle de la conclusion de l'entente, le procureur général devrait être tenu d'indiquer, dans le rapport établi pour l'année où la poursuite s'est terminée, les accusations portées dans cette poursuite et l'issue de celle-ci.

(3) Lorsque des frais sont engagés, relativement à une entente portant garantie d'immunité consignée ou enregistrée par un autre moyen, au cours d'une année postérieure à celle de la conclusion de l'entente, le procureur général devrait être tenu d'en déclarer le montant dans le rapport établi pour l'année où ils ont été engagés.

(4) Il ne devrait pas être obligatoire d'indiquer dans le rapport annuel, si cela constitue un danger pour un indicateur, les accusations portées dans une poursuite où des renseignements fournis conformément à une entente portant garantie d'immunité ont été utilisés, ni l'issue d'une telle poursuite.

Commentaire

Cette recommandation, qui reprend en gros les formalités énoncées à l'article 195 du *Code criminel* pour les demandes d'autorisation en matière de surveillance électronique, repose sur le principe de la responsabilité³⁹⁸. Si la plupart des ententes portant garantie d'immunité conclues avec des personnes devant témoigner dans des procès criminels seraient rendues publiques, étant donné la recommandation 13, ce ne serait pas le cas de celles où la contrepartie consiste, par exemple, dans la fourniture de renseignements.

Les renseignements exigés à l'alinéa (1)a) permettraient de savoir d'une manière générale dans quelle mesure on a recours aux ententes portant garantie d'immunité « ayant trait à un crime ou une série de crimes désignés comme graves », ou conclues afin d'obtenir un témoignage³⁹⁹. Comme nous l'avons souligné, il n'existe pas à l'heure actuelle de données facilement accessibles en cette matière. Par ailleurs, il y a lieu de rappeler qu'aux yeux de la Commission, les pouvoirs conférés pour l'octroi de l'immunité devraient être exercés avec modération.

L'alinéa (1)b) concerne la publication des faits objectifs les plus susceptibles d'intéresser le public. Il serait à notre avis inutile d'exiger que la justification de chaque entente au regard des circonstances énumérées à la recommandation 5 soit faite publiquement. Par contre, nous estimons nécessaire la publication des faits mentionnés à l'alinéa (1)b) — elle permettrait au moins de connaître, en gros, le coût et la valeur de chacune des ententes conclues.

Aux paragraphes (2) et (3), on a tenu compte du fait que l'exécution des obligations contractées dans les ententes portant garantie d'immunité peut être différée.

Le paragraphe (4) se passe d'explication⁴⁰⁰.

398. Voir CRD, *op. cit.*, note 59, p. 28.

399. Voir rec. 9, *supra*, p. 62.

400. Voir CRD, Document de travail n° 56, *op. cit.*, note 378, rec. 9(5) et (6), p. 67 et rec. 10(5) et (6), p. 71.

Sommaire des recommandations

1. L'expression « entente portant garantie d'immunité » devrait être définie comme toute entente suivant laquelle le ministère public s'engage, soit à s'abstenir de poursuivre une personne ou un groupe de personnes pour un ou plusieurs crimes, soit à mettre fin à des poursuites engagées contre elles, en contrepartie totale ou partielle d'un témoignage, de renseignements ou de toute autre forme d'aide ou de collaboration.

2. Seuls le procureur général, le sous-procureur général, le directeur des poursuites pénales et leurs représentants respectifs devraient être habilités à conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité.

3. Le pouvoir de conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité devrait pouvoir être exercé lorsque, en raison de circonstances exceptionnelles, cela s'impose au regard de l'intérêt public et que les avantages l'emportent manifestement sur le coût social de cette mesure.

4. Le pouvoir de conclure au nom du ministère public une entente portant garantie d'immunité ne devrait pas emporter celui de soustraire à l'avance à l'application de la loi une personne donnée ou un groupe de personnes donné.

5. Pour déterminer s'il y a lieu de conclure une entente portant garantie d'immunité, le ministère public devrait tenir compte des circonstances suivantes :

- a) l'éventuelle existence d'autres indices tendant à confirmer la véracité du témoignage ou des renseignements qu'on espère obtenir ;
- b) la gravité de tout crime au sujet duquel le témoignage, les renseignements ou toute autre forme d'aide ou de collaboration seront fournis ;
- c) la gravité du ou des crimes visés par la garantie ;
- d) l'importance du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration devant être fournis ;
- e) la possibilité d'obtenir ce témoignage, ces renseignements, cette aide ou cette collaboration de quelque autre façon ;

f) la gravité de la participation de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité à tout crime auquel ont trait le témoignage, les renseignements, l'aide ou la collaboration, et le degré de culpabilité de cette personne comparative-ment à la culpabilité de toute personne dont la poursuite sera facilitée par le témoignage, les renseignements, l'aide ou la collaboration ;

g) les antécédents criminels de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité ;

h) le nombre de garanties d'immunité déjà données à la personne à qui l'on entend garantir l'immunité, et les circonstances dans lesquelles elles ont été données ;

i) le fait que la protection du public serait ou non mieux assurée par l'obtention du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration recherchés, que par la condamnation de la personne à qui l'on entend garantir l'immunité ;

j) la probabilité que la personne à qui l'on entend garantir l'immunité puisse être reconnue coupable du ou des crimes visés par la garantie, si cette immunité ne lui est pas accordée ;

k) les intérêts des victimes ;

l) toute opposition manifestée par d'autres personnes, notamment les forces policières, quant à l'octroi de l'immunité à la personne à qui l'on entend la garantir, et les motifs de cette opposition.

6. (1) Devrait être interdite toute incitation condamnable faite au nom du ministère public dans le but d'encourager une personne à conclure une entente portant garantie d'immunité.

(2) L'expression « incitation condamnable » devrait être définie comme toute incitation qui rend nécessairement suspecte l'authenticité d'une entente portant garantie d'immunité, les circonstances suivantes étant notamment visées :

a) le dépôt de toute inculpation dont le poursuivant sait qu'elle n'est pas fondée au regard des faits susceptibles d'être prouvés ;

b) le dépôt de toute inculpation qui est inhabituelle eu égard au type d'action ou d'omission imputé à l'accusé ;

c) le fait de menacer de porter une inculpation visée aux alinéas *a)* ou *b)* ;

d) toute offre, menace ou promesse dont la réalisation est incompatible avec les fonctions de son auteur ;

e) la présentation inexacte d'un fait pertinent.

7. (1) Lorsqu'une personne a retenu les services d'un avocat, toute discussion entre elle et le poursuivant sur une éventuelle garantie d'immunité devrait être interdite en l'absence de cet avocat.

(2) Le poursuivant avec qui une personne non représentée par avocat souhaite engager des discussions sur une éventuelle garantie d'immunité devrait informer cette personne de ce qui suit :

- a) il pourrait être avantageux pour elle d'être représentée par avocat ;
- b) si elle n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat, elle devrait vérifier si elle remplit les conditions pour pouvoir bénéficier des services provinciaux d'aide juridique.

Par la suite, aucune discussion sur une éventuelle garantie d'immunité ne devrait avoir lieu directement entre le poursuivant et cette personne, à moins que celle-ci n'ait informé sans équivoque le poursuivant qu'elle n'a pas l'intention de retenir les services d'un avocat.

8. Le poursuivant qui conclut avec une personne une entente portant garantie d'immunité devrait chercher à faire en sorte que les victimes soient informées en temps opportun de cette entente et des motifs auxquels elle répond, à moins que cela ne soit inopportun dans les circonstances ou pour des raisons impérieuses, par exemple à cause de la probabilité que le bénéficiaire de la garantie d'immunité ou une autre personne subisse un préjudice grave.

9. (1) Toute entente portant garantie d'immunité et ayant trait à un crime ou une série de crimes désignés comme graves dans les lignes directrices établies par le procureur général en vue de l'application des présentes règles, ou par laquelle une personne s'engage à donner un témoignage, devrait obligatoirement être consignée ou enregistrée par un autre moyen, et comporter les renseignements suivants :

- a) l'identité de la personne avec qui est conclue l'entente portant garantie d'immunité ;
- b) l'identité de la personne ou des personnes à qui l'immunité est garantie ;
- c) l'identité de la personne qui conclut l'entente au nom du procureur général ;
- d) les actes ou omissions à l'égard desquels l'immunité est garantie ;
- e) la forme que prendra l'immunité ;
- f) la nature du témoignage, des renseignements, de l'aide ou de la collaboration fournis en contrepartie de la garantie d'immunité ;
- g) les autres engagements éventuellement contractés par les parties, y compris des précisions sur tout versement d'argent devant être fait par le ministère public ;
- h) ce qui sera tenu pour une violation de l'entente, et les conséquences d'une telle violation.

(2) Toute personne ayant conclu, avec le ministère public ou l'un de ses représentants, une entente portant garantie d'immunité qui a été consignée ou a été enregistrée par un autre moyen, devrait obligatoirement, sur-le-champ et contre récépissé, en recevoir un exemplaire.

10. Nulle entente portant garantie d'immunité ne devrait obliger qui que ce soit à accomplir un acte illégal, ni avoir trait à des crimes susceptibles d'être commis ultérieurement.

11. L'entente portant garantie d'immunité par laquelle une personne s'engage à témoigner en justice devrait obligatoirement exiger la véracité du témoignage en question.

12. (1) Le ministère public devrait pouvoir, dans une entente portant garantie d'immunité, s'engager à mettre fin à toute poursuite privée — quel qu'en soit le bien-fondé —, à l'exclusion des poursuites privées pour parjure relatives au témoignage exigé en contrepartie.

(2) Le ministère public devrait pouvoir, dans une entente portant garantie d'immunité par laquelle une personne s'engage à témoigner en justice, s'engager à veiller à ce que toute éventuelle poursuite privée pour parjure intentée contre cette personne relativement à son témoignage fasse l'objet d'un contrôle indépendant, et à y mettre fin si ce contrôle révèle qu'elle est mal fondée et ne devrait pas être continuée.

13. (1) Lorsque le ministère public a conclu une entente portant garantie d'immunité avec une personne qu'il a l'intention d'assigner comme témoin, il devrait être tenu :

- a) d'informer l'accusé de la teneur de l'entente, afin de lui permettre de « présenter une pleine réponse et défense » ;
- b) de fournir à l'accusé, ainsi que l'exigent nos propositions relatives à la communication de la preuve par la poursuite, une copie de toutes les déclarations faites par le témoin relativement aux questions sur lesquelles il sera appelé à témoigner ;
- c) d'informer l'accusé, afin de lui permettre de « présenter une pleine réponse et défense », de toutes les occasions où, à la connaissance du poursuivant, le témoin a obtenu une garantie d'immunité en échange d'un témoignage.

(2) Le ministère public devrait pouvoir, avant de communiquer à l'accusé la teneur de l'entente, demander au tribunal de l'autoriser à en rendre inintelligibles certains éléments désignés, pourvu que les conditions suivantes soient réunies :

- a) ces éléments ne sont pas essentiels pour que l'accusé soit en mesure de « présenter une pleine réponse et défense » ;
- b) leur communication constituerait un risque pour quelque personne.

14. [(1)] Lorsqu'une personne s'est acquittée dans une large mesure des obligations contractées en vertu des clauses valides d'une entente portant garantie d'immunité, toute poursuite ultérieure intentée en violation de cette entente devrait être tenue pour irrecevable, sauf dans les cas suivants :

- a) le ministère public, pendant les discussions relatives à l'entente, a été induit en erreur par l'accusé sur une question essentielle ;
- b) le ministère public a été incité à conclure l'entente par des agissements constituant une entrave à la justice.

[(2) Lorsque des poursuites peuvent être intentées contre une personne en vertu du paragraphe (1), ni le temps écoulé ni le fait qu'il a été mis fin à des procédures antérieures en conformité avec une entente portant garantie d'immunité ne devraient constituer un obstacle à de telles poursuites.]

15. Lorsqu'une poursuite est intentée contre une personne qui a conclu une entente portant garantie d'immunité ou a offert de fournir, en contrepartie de l'immunité contre des poursuites, un témoignage, des renseignements ou quelque autre forme d'aide ou de collaboration, les éléments de preuve suivants devraient être inadmissibles pour établir la culpabilité ou la crédibilité de cette personne :

- a) l'entente ;
- b) l'offre ;
- c) les déclarations faites relativement à l'offre ou à l'entente.

16. (1) Le procureur général devrait être tenu de publier, annuellement, un rapport indiquant :

- a) le nombre d'ententes portant garantie d'immunité conclues au cours de l'année, et consignées ou enregistrées par un autre moyen ;
- b) pour chacune de ces ententes :
 - (i) les crimes pour lesquels l'immunité a été garantie ;
 - (ii) la nature générale de la collaboration devant être fournie en contrepartie de l'immunité ;
 - (iii) les accusations portées dans les poursuites où ont été utilisés le témoignage ou les renseignements fournis conformément à l'entente, et l'issue de ces poursuites ;
 - (iv) le montant de tous frais engagés relativement à l'entente.

(2) Lorsqu'un témoignage ou des renseignements fournis conformément à une entente portant garantie d'immunité consignée ou enregistrée par un autre moyen sont utilisés dans une poursuite au cours d'une année postérieure à celle de la conclusion de l'entente, le procureur général devrait être tenu d'indiquer, dans le rapport établi pour l'année où la poursuite s'est terminée, les accusations portées dans cette poursuite et l'issue de celle-ci.

(3) Lorsque des frais sont engagés, relativement à une entente portant garantie d'immunité consignée ou enregistrée par un autre moyen, au cours d'une année postérieure à celle de la conclusion de l'entente, le procureur général devrait être tenu d'en déclarer le montant dans le rapport établi pour l'année où ils ont été engagés.

(4) Il ne devrait pas être obligatoire d'indiquer dans le rapport annuel, si cela constitue un danger pour un indicateur, les accusations portées dans une poursuite où des renseignements fournis conformément à une entente portant garantie d'immunité ont été utilisés, ni l'issue d'une telle poursuite.