

**"Source : *Communication de la preuve en droit pénal*, Commission de réforme du droit du Canada, 1974. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2011."**



Commission de réforme du droit  
du Canada

Law Reform Commission  
of Canada

Document  
de recherche

**COMMUNICATION**  
**COMMUNICATION**  
de la preuve

en droit pénal

Commission de réforme  
du droit du Canada

**communication**  
de la  
**preuve**

90 Droits de la Couronne réservés  
En vente chez Information Canada à Ottawa, K1A 0S9  
et dans les librairies d'Information Canada :

HALIFAX  
1683, rue Barrington

MONTRÉAL  
640 ouest, rue Ste-Catherine

OTTAWA  
171, rue Slater

TORONTO  
221, rue Yonge

WINNIPEG  
393, avenue Portage

VANCOUVER  
800, rue Granville

ou chez votre libraire.

Prix: \$5.00      N° de catalogue J32-4/2-1974F

Prix sujet à changement sans avis préalable

Information Canada  
Ottawa, 1974

## AVIS

Cet ouvrage est divisé en deux parties. La première, d'une part, est consacrée à un document de recherche préparé par la section de recherche sur le droit de la preuve. On y retrouvera une analyse des diverses lois et pratiques qui ont actuellement cours dans bon nombre de juridictions. Les propositions de réforme de la section de recherche y sont aussi consignées.

La seconde partie renferme, pour sa part, un document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada. L'on y expose la philosophie générale de la Commission ainsi que les recommandations de cette dernière visant à modifier la législation actuelle. Les propositions ainsi formulées reflètent l'opinion de la Commission.

## **La commission**

L'honorable E. Patrick Hartt, président

L'honorable Antonio Lamer, vice-président

Dr. J. W. Mohr, commissaire à plein temps

Dr. Gérard V. La Forest, c.r., commissaire à plein temps

M<sup>e</sup> Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel

M<sup>e</sup> John D. McAlpine, commissaire à temps partiel

## **Le personnel de recherche sur la procédure pénale**

Darrell W. Roberts, B.A., LL.B., LL.M., directeur

Louise Arbour, B.A., LL.L.

David Pomerant, B.A., LL.B.

## **Experts-conseils**

Jerome Atrens, professeur, Faculté de Droit, Université de la Colombie-Britannique

Herbert R. Taylor, analyste-programmeur senior, Centre d'Informatique, Université d'Ottawa

## **TABLE DES MATIÈRES**

### **Recherche préliminaire**

Communication de la preuve en  
droit pénal

Section  
en blanc

### **Document de travail**

Procédure pénale: La communication  
de la preuve

Section  
en couleur

RECHERCHE  
PRÉLIMINAIRE



## TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos.....	1
I	
État actuel du droit canadien en matière de communication de la preuve avant le procès dans les causes criminelles	
Introduction.....	7
Communication de la preuve de la Couronne à la défense	
1. Les dispositions prévues dans le <i>Code criminel</i> et la <i>Loi de la preuve</i> .....	8
(a) L'enquête préliminaire.....	8
(b) L'article 531 du <i>Code criminel</i> .....	11
(c) L'article 524 du <i>Code criminel</i> .....	31
(d) L'article 532 du <i>Code criminel</i> .....	14
(e) L'article 533 du <i>Code criminel</i> .....	15
(f) L'article 10 de la <i>Loi de la preuve</i> .....	16
(g) L'article 516 du <i>Code criminel</i> .....	17
(h) Les avis.....	17
2. Les règles jurisprudentielles.....	18
(a) Discrétion de la poursuite dans la présentation de la preuve....	19
(b) Usage des déclarations antérieures des personnes qui seront citées comme témoins.....	20
La règle discrétionnaire.....	20
La règle du «rafraîchissement de la mémoire».....	21
3. Conclusion.....	21
Communication de la preuve de la défense à la Couronne avant le procès	
1. Communication de renseignements possiblement incriminants.....	23
(a) L'article 183(1) du <i>Code criminel</i> .....	23
(b) L'article 455.4 du <i>Code criminel</i> .....	24
(c) L'enquête préliminaire et le grand jury.....	26
(d) Les tribunaux administratifs, les enquêtes du coroner et les déclarations rendues obligatoires par statut.....	26
(e) L'ivressomètre.....	26
2. Communication des moyens de défense.....	27
(a) L'alibi.....	27
Conclusion de la première partie.....	30
	ix

## II

<b>Théorie de la communication de la preuve avant le procès</b>	
Les objectifs du processus pénal et la communication de la preuve.....	37
Le modèle accusatoire du processus pénal et la communication de la preuve	39
1. Le système accusatoire.....	39
2. Le procès de type accusatoire et la communication de la preuve.....	40
3. Les plaidoyers de culpabilité et la communication de la preuve.....	42
Les arguments concernant la communication de la preuve en procédure pénale.....	44
1. La poursuite et l'accusé: la communication de la preuve entraîne-t-elle un déséquilibre des avantages?.....	44
2. Communication de la preuve et réciprocité: la communication de la preuve doit-elle être refusée au prévenu parce qu'elle ne peut être réciproque, en raison du principe qu'on ne peut obliger un accusé à s'incriminer lui-même?.....	48
3. Parjure et intimidation des témoins: la communication de la preuve favorise-t-elle une déviation du processus pénal, au point qu'elle ne doit pas être permise?.....	50
4. Communication de la preuve et efficacité: la communication de la preuve à l'accusé constitue-t-elle une entrave à la bonne marche du processus pénal?.....	54

## III

<b>Lignes de conduite à adopter en matière de communication de la preuve en procédure pénale</b>	
Pouvoir discrétionnaire ou procédure formelle.....	65
1. Discrétion de la poursuite.....	66
2. Discrétion judiciaire.....	68
3. Procédure formelle.....	70
Intégration d'un système de communication de la preuve au sein des procédures préalables au procès: la communication de la preuve avant le procès et l'enquête préliminaire.....	71
1. Historique de l'enquête préliminaire.....	71
2. L'enquête préliminaire est-elle encore utile à servir la fin pour laquelle elle est conçue?.....	73
3. L'enquête préliminaire sert-elle d'autres fins que la citation à procès ou la libération de l'accusé?.....	74
4. Les diverses fonctions que remplit l'enquête préliminaire ne seraient-elles pas mieux servies par une procédure différente?.....	77
5. Deux méthodes possibles d'intégration d'une procédure de communication de la preuve avant le procès.....	79
(a) Le maintien de l'enquête préliminaire.....	79
Uniformité: extension de l'enquête à toutes les infractions.....	79
Non-uniformité: amélioration de l'enquête préliminaire et création d'une procédure différente pour les cas où elle n'est pas disponible.....	80
(b) L'abolition de l'enquête préliminaire.....	80

## IV

Sanctions	
Les sanctions reliées au droit substantif .....	87
Les sanctions reliées aux règles de la preuve.....	88
1. Commentaires du juge.....	88
2. Inadmissibilité de la preuve.....	88
Les sanctions procédurales.....	89
1. Ajournement du procès.....	89
2. Bref de prérogative: mandamus.....	90
La discrétion judiciaire.....	90

## V

Questions relatives à la communication de la preuve de la défense à la poursuite	
Les arguments pour et contre la communication de la preuve de l'accusé à la poursuite.....	93
Les avis relatifs à l'alibi et aux expertises.....	103
L'état actuel de la communication de la poursuite dans quelques autres systèmes judiciaires.....	106
Conclusion.....	110

## VI

Modèles de procédure pour une réforme de la communication de la preuve avant le procès en matière pénale	
L'audition «omnibus».....	118
1. Description.....	118
2. Évaluation provisoire de l'audition «omnibus».....	123
Israël.....	128
1. Description.....	128
2. Évaluation provisoire du modèle israélien.....	132
Vermont.....	134
1. Description.....	134
2. Évaluation provisoire du modèle du Vermont.....	135
Combinaison d'autres modèles américains.....	140
Modèle proposé par le Harvard Journal of Legislation, 1966.....	140
États-Unis: Règles fédérales de procédure criminelle amendées, 1966.....	140
Association du Barreau américain: Normes relatives à la communication de la preuve et à la procédure avant le procès, octobre 1970.....	140
Oregon: Projet de code de procédure criminelle, novembre 1972..	140
Tennessee: Projet de code de procédure criminelle, janvier 1973..	140
1. Description.....	140
(a) La communication de la preuve à l'accusé.....	141
(b) La communication de la preuve à la poursuite.....	142
(c) Les délais de la communication.....	144
(d) Les matières exclues de la communication.....	144
Le produit du travail.....	144
Les indicateurs de police.....	145

La sécurité nationale.....	145
(e) Les ordonnances de protection.....	145
(f) La continuité de l'obligation de divulguer et les sanctions visant à imposer la divulgation.....	146
2. Évaluation provisoire de la combinaison de modèles.....	147
Angleterre.....	147
1. Description.....	147
(a) L'évolution du droit statutaire.....	148
(b) L'évolution de la jurisprudence et de la pratique.....	150
Généralités.....	150
Les déclarations des témoins à la poursuite.....	152
Les déclarations écrites ou orales de l'accusé ou des co- accusés.....	153
Les condamnations antérieures et autres renseignements relatifs à la moralité des témoins.....	154
La preuve et les rapports scientifiques, judiciaires et médicaux	154
Les autres documents.....	154
Le droit d'interroger les témoins à charge.....	155
L'acte d'accusation.....	155
2. Évaluation provisoire du modèle anglais.....	156
Conclusion.....	158

## VII

### Projet de réforme

Dispositions particulières d'un système de communication de la preuve.....	170
I. Les procédures de communication de la preuve.....	170
1. Portée de la communication de la preuve.....	170
2. Communication de la preuve avant le plaidoyer.....	172
3. Contestation de la validité du plaidoyer.....	174
4. Utilisation de la déclaration de communication de la preuve.....	174
5. Procédure à suivre en cas de plaidoyer de non-culpabilité.....	175
6. Fixation de la date de la réunion des procureurs et de l'audition préalable.....	175
7. Procès-verbal de la réunion des procureurs.....	178
8. Délai entre la réunion des procureurs et l'audition préalable.....	178
9. Fonctions du juge à l'audition préalable.....	179
10. Autres pouvoirs ou fonctions du juge à l'audition préalable.....	182
11. Procédure à suivre lorsque la Couronne refuse de dévoiler l'identité de témoins.....	182
12. Requête de la défense pour interrogatoire sous serment avant le procès.....	184
13. Contestation de la citation à procès.....	185
14. Sanctions.....	187
15. Obligation continue de donner communication de la preuve.....	189
II. Renseignements et autres éléments à divulguer.....	189
1. Devoir de la Couronne d'obtenir les renseignements pertinents....	189
2. Renseignements et autres éléments à divulguer avant le plaidoyer	189
3, 4. Renseignements et autres éléments à divulguer si l'accusé plaide non coupable ou doit être jugé par un tribunal supérieur.....	192

5. Renseignements et autres éléments non sujets à divulgation.....	197
6. Excision.....	200
Problèmes concernant l'implantation de la procédure de communication de la preuve et la présente structure des cours de juridiction criminelle .....	200
1. L'utilisation des juges des cours provinciales.....	201
(a) Les décisions rendues par un juge de la cour provinciale à l'audition préalable sont finales et lient le juge du procès.....	201
(b) Les décisions des juges des cours provinciales ne sont pas finales et peuvent être révisées par le juge du procès .....	201
(c) Formule mixte: certaines décisions sont finales, d'autres sont révisables par le juge du procès.....	202
2. Chaque ordre de juridiction devrait diriger ses procédures préalables.....	203
3. Unification des cours de juridiction criminelle.....	204
Communication de la preuve de la défense à la Couronne.....	205
Prise de position et commentaire.....	205

## VIII

Bibliographie.....	211
Appendice A.....	225
1. Liste de contrôle de l'audition «omnibus» actuellement en usage dans le district sud de la Californie.....	225
2. Formule de renonciation à l'audition «omnibus» actuellement en usage dans le district sud de la Californie.....	231
Appendice B.....	233
1. Liste de contrôle de l'audition «omnibus» actuellement en usage dans le district ouest du Texas.....	233

## AVANT-PROPOS

Au Canada, les systèmes de procédure civile des provinces prévoient depuis longtemps une large communication de la preuve entre les parties avant le procès. En fait, cette observation vaut pour tous les systèmes anglo-américains de règlement des litiges civils. On peut citer, entre autres, la communication obligatoire de documents, les examens au préalable et les rapports médicaux dans les réclamations concernant des blessures corporelles. Il semble cependant que l'instruction criminelle canadienne, malgré les graves conséquences qui peuvent en résulter, comporte très peu de communication de la preuve, et ce n'est que dernièrement qu'on a commencé, au Canada du moins, à réclamer une modification des dispositions du droit pénal à ce sujet. En fait, l'analyse approfondie du professeur Hooper sur «La communication de la preuve dans les causes criminelles», publiée en 1972 dans la *Revue du Barreau canadien*<sup>1</sup>, est la première étude d'envergure parue dans les publications juridiques canadiennes sur ce sujet important.

Le présent travail poursuit un triple but. Il s'agit, tout d'abord, d'examiner dans quelle mesure, soit le prévenu, soit la poursuite, ont actuellement le droit ou les moyens d'obtenir communication avant le procès de tous renseignements, pièces justificatives, théories ou autres faits et renseignements pouvant influencer le déroulement d'une poursuite en justice. La distinction entre avoir «le droit» et avoir «les moyens» est importante, car elle implique, comme le révélera notre étude, la différence entre la communication de la preuve avant le procès obtenue de plein droit ou laissée à la discrétion de quelqu'un, habituellement un représentant de la poursuite. Le deuxième but est d'examiner les arguments pour ou contre la communication de la preuve dans les causes criminelles, y compris les considérations très spéciales que soulève la possibilité de communication de la preuve de l'accusé. Cela comprend aussi l'examen de la question suivante: un système de communication de la preuve avant le procès, en admettant qu'elle doive exister dans les causes criminelles, doit-il être basé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ou plutôt sur l'établissement de règles formelles, reconnaissant, dans l'ensemble, le droit de l'accusé à cette communication? Le troisième but de la présente étude est d'examiner les systèmes de communication de la preuve en matière criminelle dans d'autres juridictions et de proposer, à titre expérimental, des changements qui pourraient être apportés au système canadien actuel de communication de la preuve avant le procès.

### *La présentation de l'étude de la communication de la preuve avant le procès*

La présente étude est divisée en sept parties principales. Elle est véritablement bilingue, puisque, si le texte intégral a été traduit pour fins de publication, certaines parties ont été rédigées d'abord en français et d'autres en anglais. Cette méthode a permis un examen plus complet de l'application des lois et des pratiques de procédure criminelle dans toutes les parties du Canada.<sup>2</sup>

#### *1. La communication de la preuve avant le procès telle qu'elle existe dans la procédure pénale canadienne*

A certains égards, cette partie de la présente étude a été la plus difficile. Notre travail aurait été plus rapide si nous avions pu disposer de recherches doctrinales et empiriques déjà existantes, mais toutes les recherches doctrinales précédentes sont incomplètes<sup>3</sup> et les recherches empiriques sont presque inexistantes.<sup>4</sup> Le premier objectif de cette étude a donc été un examen approfondi du *Code* et des usages au Canada, afin de déterminer la nature et l'étendue du «système» de communication de la preuve avant le procès tel qu'il existe au Canada, ou, à défaut d'un tel «système», des mécanismes de communication. Sans cet examen approfondi, toute recommandation d'amélioration du «système» existant eût été de valeur douteuse.

La première partie est ainsi divisée en deux sections: (a) examen du *Code criminel* et de la jurisprudence et, (b) examen des pratiques officielles de communication de la preuve, au moyen d'un questionnaire distribué aux procureurs de la Couronne et aux avocats de la défense.

La première section est intitulée: «État actuel du droit canadien en matière de communication de la preuve avant le procès dans les causes criminelles». Elle procède d'un examen des différents articles du *Code criminel* traitant directement ou indirectement de la communication de la preuve à l'accusé et d'un examen de quelques doctrines de jurisprudence qui peuvent aussi être appliquées pour cette communication. Cette section, d'autre part, examine diverses procédures, prévues dans le *Code* ou ailleurs, qui peuvent être considérées comme permettant à la Couronne de prendre communication de certains éléments de la preuve. La conclusion de cette importante partie de l'étude est qu'en fait il n'existe pas de «système» de communication de la preuve, comme tel, et de plus qu'il n'existe, de droit, que très peu de communication à la disposition de l'accusé.

Cette conclusion confirme la décision prise au début de cette étude, de tenter l'examen des mécanismes réels de communication de la preuve. Puisqu'il n'existe de droit que très peu de communication à la disposition de l'accusé, il est logique de se demander si, en pratique, les procureurs de la Couronne communiquent certains renseignements à l'accusé et, en ce cas, dans quelle mesure et sous quelle forme. Ces questions sont examinées dans l'enquête auprès de la profession juridique. Des questionnaires détaillés ont

été rédigés à l'intention des procureurs de la Couronne et des avocats de la défense. Ces questionnaires, plusieurs fois remaniés et vérifiés par des juristes d'expérience, ont finalement été mis sous une forme permettant le codage par ordinateur. A la suite de ces travaux, les questionnaires ont été envoyés à 666 procureurs (travaillant à temps complet ou à temps partiel) et à 5,579 avocats dont les noms ont été pour la plupart choisis dans les annuaires provinciaux de l'aide juridique dans les causes criminelles. L'envoi des questionnaires a été terminé dans la première semaine de mai 1972<sup>5</sup> et un millier de questionnaires remplis nous ont été depuis retournés. Le dépouillement et l'analyse des renseignements ainsi obtenus sont presque terminés et un rapport séparé sera publié sous peu à ce sujet. Le présent mémoire est essentiellement un examen doctrinal des principales questions se rapportant à la communication de la preuve avant le procès dans les causes criminelles. Dans la mesure où elles peuvent être influencées par les résultats de l'enquête, il est clair que les opinions et prises de position exprimées dans cette étude sont provisoires et devront être réexaminées.

## *2. La théorie de la communication de la preuve avant le procès*

La deuxième partie de la présente étude examine la communication de la preuve en fonction des objectifs du processus pénal et de sa forme accusatoire, tant avant que pendant le procès. Sur cet arrière-plan, cette partie de l'étude passe en revue les principaux arguments qui ont été invoqués contre la communication en faveur de l'accusé. Ces arguments concernent le prétendu équilibre des avantages dans le processus pénal, la difficulté de rendre la communication mutuelle ou réciproque, le stimulant au parjure et à l'intimidation des témoins, et l'inefficacité du processus que la communication pourrait entraîner.

## *3. Les lignes de conduite à adopter*

Dans la troisième partie, nous examinons deux importantes questions de principe. La première question, basée sur l'hypothèse que l'on accepte les arguments en faveur de la communication de la preuve avant le procès dans les causes criminelles, est celle-ci: la communication doit-elle s'effectuer sur une base discrétionnaire, à la discrétion soit de la Couronne soit de la cour, ou doit-elle plutôt être faite suivant des règles légales et formelles? La réponse à cette question pourra dépendre en partie des résultats de l'enquête, particulièrement si cette dernière révèle que, dans l'exercice de cette discrétion, les procureurs canadiens communiquent «intégralement» leur preuve à l'accusé. Elle n'en implique pas moins des principes qui méritent examen. La deuxième question est la suivante: si l'on doit conclure que la communication doit être faite suivant des règles formelles, quelle serait la relation entre la procédure de communication et l'enquête préliminaire? Cette dernière peut-elle raisonnablement servir à fournir la communication de la preuve, ou les exigences de la mise en accusation et



de la communication de la preuve sont-elles si différentes que des procédures séparées doivent être établies pour chacune d'elles? Telles sont les questions de principe que cette partie examine.

#### 4. *Les sanctions visant à imposer la communication de la preuve*

Cette partie examine brièvement les diverses sanctions qui pourraient être appliquées pour faire respecter un système officiel de communication de la preuve. Elle démontre également que les sanctions devraient différer suivant les situations. Par exemple, la sanction de l'inadmissibilité de la preuve non préalablement dévoilée par la Couronne peut être judicieusement employée à l'égard de la preuve à charge, mais un autre mode de sanction s'imposerait à l'égard de la preuve exculpatoire que l'accusé voudrait invoquer après en avoir reçu communication.

#### 5. *La communication de la preuve à la poursuite*

La Couronne doit-elle avoir accès à la preuve de l'accusé? Cette question, très discutée, est examinée en détail dans la présente partie. Nous y présentons les arguments pour et contre ce droit, le genre de renseignements qui pourraient faire l'objet d'une telle communication, la connexité de cette question avec l'interrogatoire des accusés par la police, et la relation entre la communication de la preuve de l'accusé et les différents droits de l'accusé: (a) garder le silence et ne pas collaborer à sa propre poursuite; (b) faire valoir, comme premier moyen de défense, la faiblesse de la cause de la poursuite; (c) présenter une défense pleine et entière à l'accusation portée contre lui.

#### 6. *Les modèles de communication de la preuve*

La sixième partie examine, comme un aspect très important de cette étude, un certain nombre de modèles de communication de la preuve, actuellement en vigueur dans d'autres pays de common law, ou ayant fait l'objet de propositions. Ces modèles comprennent le système de communication existant en Angleterre; ceux des États américains du Vermont, du Texas et de la Californie; les systèmes proposés dans d'autres États et dans les normes de l'Association du Barreau américain; ainsi que le système en vigueur en Israël. L'examen de ces modèles permettra de recommander, s'il y a lieu, l'adoption au Canada de certaines de leurs dispositions. Avant d'arriver à ce stade toutefois, il faut parfaire notre connaissance du mode d'application des divers systèmes de communication de la preuve.

#### 7. *Le projet de réforme*

Comme nous l'avons déjà observé, certains aspects de la question sont encore à l'étude. Il reste à terminer l'analyse des renseignements fournis par le questionnaire et à étudier de façon plus approfondie le fonctionnement

pratique de certains modèles de communication de la preuve. Cependant, nous croyons pouvoir éclairer tous les aspects de l'étude, ainsi que les commentaires de nos lecteurs, en esquissant la nature et la forme d'un système complet de communication de la preuve qui nous paraît, à ce point de notre étude, parfaitement applicable au processus pénal canadien. La septième partie expose avec quelques détails les divers aspects d'un système de communication que nous recommandons.

1. Hooper, "Discovery in Criminal Cases" (1972), 50 Rev. du Bar. can. 445
2. Nous avons beaucoup utilisé l'ouvrage de Lagarde, *Droit Pénal Canadien* (1962) et ses suppléments, un code criminel remarquablement annoté, malheureusement peu connu en dehors du Québec.
3. L'étude du professeur Hooper (voir note 1 ci-dessus) est le seul article important écrit au Canada sur la communication de la preuve avant le procès dans les causes criminelles. Il ne couvre cependant pas tous les aspects de la question, en particulier, il n'aborde pas les questions de la communication de la preuve à la poursuite, soit dans les faits, soit en théorie; les sanctions pour imposer la communication; la relation entre les procédures de mise en accusation et la communication. L'article ne contient aucun renseignement sur des modèles comparatifs de communication.
4. La seule documentation empirique sur la communication de la preuve avant le procès se trouve dans *The Prosecutor* du professeur Grosman (1966), aux pp. 74-77.
5. Voir les questionnaires sur la communication de la preuve avant le procès dans les causes criminelles publiés par la Section de recherche sur la procédure pénale, 1973.

## 1<sup>re</sup> PARTIE

# ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA PREUVE AVANT LE PROCÈS DANS LES CAUSES CRIMINELLES

## INTRODUCTION

La première partie de cette étude porte exclusivement sur l'état actuel du droit canadien en matière de communication de la preuve avant le procès dans les affaires pénales. Il n'existe, à proprement parler, aucune procédure formelle de communication de la preuve en droit pénal, par opposition au droit civil qui, lui, régleme l'échange de renseignements entre les parties à un litige à l'aide de divers mécanismes tels l'examen préalable, l'examen sur faits et articles ou même la conférence préparatoire à l'instruction. Si le *Code criminel* ne prévoit aucune procédure de communication de la preuve *stricto sensu*, et ne présente aucune réglementation directe des mécanismes de communication de la preuve avant le procès, il n'en contient pas moins de nombreuses dispositions qui traitent, de près ou de loin, de la possibilité qu'aura une partie au litige de prendre connaissance, avant le procès, de la teneur de la preuve que détient son adversaire.

Ces diverses dispositions n'ont pas été conçues comme un tout et sont dispersées çà et là dans le *Code*. Notre tentative de les grouper risque de paraître artificielle et servira peut-être uniquement à démontrer cette absence de système procédural en matière de communication de la preuve.

Nous traiterons donc du sujet en deux temps: en premier lieu, nous analyserons les moyens mis à la disposition de l'accusé pour lui permettre de prendre connaissance, avant le procès, de la preuve que détient la Couronne contre lui. Ces moyens se résument à quelques dispositions législatives et à certaines règles jurisprudentielles inspirées du droit britannique. Dans un deuxième temps, nous aborderons les moyens dont dispose la Couronne pour rechercher auprès de la défense des compléments à sa propre preuve et les moyens de défense qui seront avancés en réfutation, le cas échéant.

## COMMUNICATION DE LA PREUVE DE LA COURONNE À LA DÉFENSE

### 1. *Les dispositions prévues dans le Code criminel et la Loi de la preuve*

Le *Code criminel* contient diverses dispositions qui, tantôt directement, tantôt accessoirement, permettent, facilitent ou obligent la divulgation par la Couronne de certains éléments de sa preuve avant le procès. Ces dispositions portent parfois sur la communication de la preuve de façon très générale ou encore traitent plus précisément de certains éléments de cette preuve tels l'identité des témoins ou la preuve documentaire. Notre inventaire et notre analyse portera donc sur le caractère plus ou moins limité de ces diverses dispositions législatives en tant qu'instruments de communication de la preuve.

#### (a) *L'enquête préliminaire*

La procédure la plus communément perçue comme permettant à la défense de prendre connaissance de la teneur de la cause de la Couronne est sans aucun doute l'enquête préliminaire. Les praticiens y voient le meilleur moyen de découvrir avant le procès la nature et la qualité de la preuve qu'ils devront affaiblir ou réfuter.<sup>1</sup> Or s'il est vrai que l'enquête préliminaire est la meilleure procédure pour ce faire, elle n'en demeure pas moins extrêmement limitée en tant qu'instrument de communication de la preuve. Elle n'est en effet disponible que dans un nombre de cas très restreint<sup>2</sup> et encore là, ne révèle parfois que des renseignements très incomplets.<sup>3</sup>

Notre enquête préliminaire provient d'un système inquisitoire d'investigation du crime, où les juges de paix assumaient toutes les fonctions d'enquête aujourd'hui conférées à la police<sup>4</sup>; le rôle du magistrat enquêteur a été peu à peu modifié pour devenir judiciaire plutôt que policier et son enquête est devenue un examen sommaire des motifs justifiant la détention de l'accusé et la tenue d'un procès. La poursuite devait donc à ce stade convaincre le juge de paix qu'elle détenait suffisamment de preuve contre un prévenu pour établir une forte présomption de culpabilité, et être ainsi autorisée à procéder plus avant contre lui. La poursuite devait donc dès lors dévoiler sa preuve, ou tout au moins suffisamment de preuve pour établir une cause *prima facie*. En Angleterre, cette obligation pour la Couronne de dévoiler ainsi sa preuve à la défense avant le procès a pris en elle-même une importance considérable. La défense utilise maintenant l'enquête préliminaire pour prendre connaissance de la preuve de la Couronne et ne résiste généralement pas très fortement à la citation à procès; préférant souvent un acquittement au procès à une libération à l'enquête, la défense se contente le plus souvent d'utiliser le contre-interrogatoire comme un examen au préalable, et cite très rarement ses propres témoins, évitant de dévoiler ses moyens de défense à ce stade.<sup>5</sup>

Le droit anglais reconnaît dans une certaine mesure cette évolution de l'enquête préliminaire vers une procédure de communication de la preuve

puisque la poursuite ne peut faire entendre au procès un témoin dont l'identité n'a pas été dévoilée à l'enquête sans en aviser la défense.<sup>6</sup> Les auteurs anglais n'hésitent pas à reconnaître que l'enquête préliminaire vise autant à vérifier l'existence d'une preuve *prima facie* qu'à éviter que la défense soit prise par surprise au procès.<sup>7</sup> Ces deux objectifs sont cependant encore confondus dans la procédure britannique; nous verrons ultérieurement à quel point cette confusion empêche l'enquête préliminaire anglaise d'être une procédure de communication de la preuve parfaitement satisfaisante.<sup>8</sup>

En droit canadien, la situation est fort différente; les auteurs se sont longtemps interrogés sur l'existence d'un droit de communication de la preuve au niveau de l'enquête préliminaire.<sup>9</sup> La question fut également débattue plusieurs fois devant les tribunaux<sup>10</sup> avant que la Cour suprême n'en soit saisie et ne définisse les cadres exacts de l'enquête préliminaire. Exprimant la décision majoritaire, le juge Judson déclarait enfin dans la cause de *Patterson v. R.*:<sup>11</sup>

«Le *Code criminel* définit clairement le but de l'enquête préliminaire qui est d'établir s'il y a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à son procès. L'enquête n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un».<sup>12</sup>

Aussi, ajoute-t-il, même si le magistrat à l'enquête avait un pouvoir discrétionnaire de permettre à la défense de prendre connaissance de la déclaration antérieurement faite par un témoin que la Couronne n'est pas formellement tenue de produire, une décision négative en la matière n'affecterait en rien la juridiction du magistrat, et serait en conséquence inattaquable par voie de *certiorari*.

Même si le juge Judson mentionnait que cette cause ne soulevait qu'une question très étroite, on doit comprendre que l'enquête préliminaire ne saurait être considérée en droit canadien comme un instrument d'accès à la preuve par la défense et n'est pas destinée à lui éviter d'être prise par surprise au procès.

Ainsi, et contrairement à sa situation en Angleterre, le prévenu canadien ne dispose d'aucun droit de prendre connaissance de la nature et de l'étendue de la preuve de la Couronne et cette dernière n'est en rien requise de présenter toute sa preuve à l'enquête.<sup>13</sup> L'usage du contre-interrogatoire par la défense doit être compris dans cette perspective, et la défense ne peut exiger que la Couronne dépasse l'établissement d'une cause *prima facie*<sup>14</sup>; à cet égard, des décisions antérieures à l'arrêt *Patterson* qui autorisaient la défense à diriger son contre-interrogatoire comme une enquête aux seules fins d'éviter d'être prise par surprise au procès<sup>15</sup>, risquent de ne plus être suivies. La communication de la preuve sera néanmoins autorisée à l'enquête lorsqu'elle n'est qu'incidente à un droit formellement conféré à la défense par un texte de la loi<sup>16</sup>; ainsi, par exemple, la défense peut toujours se prévaloir de son droit de faire entendre des témoins à l'enquête, et faire témoigner de la sorte des personnes qui seront probablement des témoins

de la Couronne au procès mais que cette dernière aurait décidé de ne pas faire entendre à l'enquête.

On constate cependant que les magistrats siégeant à l'enquête préliminaire semblent résister aux vues exprimées par la Cour suprême, et ne sont pas prêts à abandonner facilement ce qu'ils ont toujours considéré comme leur pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production de déclarations écrites aux fins de contre-interrogatoire. On a déjà deux exemples intéressants de cette tendance où, par des voies différentes, des magistrats sont arrivés à écarter l'arrêt *Patterson* pour réserver leur discrétion: dans la cause de *R. v. Littlejohn*<sup>17</sup>, le magistrat a considéré comme décisif en sens contraire un argument qui n'avait pas été soulevé dans l'arrêt *Patterson*: cet argument repose sur l'article 2(e) de la *Déclaration canadienne des droits* prévoyant que nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer de façon à «priver une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale pour la définition des droits et obligations». Le magistrat a conclu, devant des faits similaires à ceux de l'arrêt *Patterson*, que si la rigidité du droit relatif au contre-interrogatoire et l'utilisation du mot «procès» à l'article 10 de la *Loi de la preuve*, où il est prévu que la défense peut contre-interroger un témoin au procès quant à ses déclarations antérieures, devaient empêcher qu'un accusé ait une enquête préliminaire juste et équitable, alors l'article 2(e) de la *Déclaration des droits* obligerait qu'une compréhension plus large soit donnée à la loi, de façon à corriger cette situation.

Dans la cause de *R. v. Harbison*<sup>18</sup>, le raisonnement est déjà moins séduisant: refusant l'argument avancé dans la cause de *Littlejohn*, le magistrat s'est contenté d'interpréter l'arrêt *Patterson* comme suit: la Cour suprême a simplement décidé, dit-il, que l'article 10 de la *Loi de la preuve*, ne permettait pas au magistrat d'ordonner la production de déclarations écrites aux seules fins de contre-interrogatoire, au cours d'une enquête préliminaire; si ce pouvoir n'existe pas en vertu de l'article 10, ajoute-t-il, un pouvoir discrétionnaire existe malgré tout, quand l'intérêt de la justice le requiert. Si ce raisonnement n'est guère rigoureux, il est peut-être le meilleur exemple de la résistance des magistrats à suivre l'esprit de l'arrêt *Patterson*.

Malgré ces efforts, on doit encore comprendre que le droit au contre-interrogatoire est nécessairement limité par la nature de la procédure dans laquelle il s'exprime. Dans cette optique, tant que l'enquête préliminaire demeurera une procédure dont la seule fonction est de vérifier s'il y a matière à procès, le droit au contre-interrogatoire à l'enquête ne pourra devenir pour la défense un parfait instrument d'investigation de la preuve de la Couronne. Et même si on reconnaissait à l'enquête préliminaire cette double fonction à la fois d'effectuer la citation à procès et de permettre à la défense de prendre connaissance de toute la preuve de la Couronne, le résultat serait encore insatisfaisant; en effet, une seule procédure ne saurait proprement réaliser cette dualité de fonctions, puisqu'en dernière analyse, elles sont incompatibles. Il est impossible pour la défense de tenter à la fois

de résister à la citation à procès et de prendre connaissance de toute l'étendue de la preuve de la Couronne.<sup>19</sup>

L'orientation canadienne est donc fort paradoxale et semble s'engager vers une impasse; alors que la Cour suprême vient de déclarer que l'enquête préliminaire ne sert qu'une fonction, soit l'évaluation de la citation à procès, certains praticiens continuent de prétendre que la défense ne devrait pas vraiment tenter de résister à la citation à procès, surtout si cela requiert l'audition de ses témoins et le dévoilement de ses moyens de défense, et concentrer plutôt son contre-interrogatoire sur la découverte de la preuve de la Couronne.<sup>20</sup> Il semble que cette procédure doive être totalement repensée si elle ne sert plus la fonction pour laquelle elle a été conçue, et est utilisée par compensation pour l'absence de procédure permettant l'expression d'un besoin essentiel, soit l'accès à la preuve de la Couronne avant procès.<sup>21</sup>

(b) *L'article 531 du Code criminel*

Le deuxième mécanisme important prévu par le *Code criminel* et qui semble relever de la communication de la preuve est l'article 531. Cet article donne droit à l'accusé «après qu'il a été renvoyé pour subir son procès ou lors de son procès» d'examiner sans frais «sa propre déclaration, la preuve et les pièces» et d'en recevoir copie.

La véritable portée de cet article n'a guère été élaborée; on a semblé croire que le terme «déclaration» s'appliquait à toute confession judiciaire ou extrajudiciaire faite par l'accusé<sup>22</sup> et le mot «preuve» à toute preuve même éventuelle. La Cour d'appel de Colombie-Britannique a rejeté cette façon de voir dans la cause de *R. v. Lantos*<sup>23</sup>, décidant que le mot «preuve» devait s'entendre comme «témoignage donné lors d'une procédure judiciaire» et que le mot «déclaration» ne référerait qu'à la déclaration faite par l'accusé lors de l'examen volontaire à l'enquête. Cette interprétation stricte et légaliste se justifie tant par l'historique de l'article<sup>24</sup> que par sa formulation même; la restriction voulant que ces documents ne soient disponibles qu'après la citation à procès ne s'expliquerait guère s'il s'agissait d'une vraie procédure de communication de la preuve référant à toute la preuve dont la Couronne dispose et à la confession de l'accusé; il semble donc juste d'inférer que cet article n'a de fait qu'une portée assez technique en permettant à la défense de ré-étudier avant le procès ce qui fut présenté en preuve à l'enquête.<sup>25</sup> De plus cet article 531 est inapplicable dans les causes qui ne donnent pas ouverture à une enquête préliminaire et le prévenu n'a, dans ces cas, aucun droit de se voir communiquer, avant le procès, «sa propre déclaration, la preuve et les pièces».

(c) *L'article 524 du Code criminel*

Cet article, au chapitre des procédures devant le grand jury, prévoit que «le nom de chaque témoin interrogé, ou qu'on a l'intention d'interroger, doit être inscrit au verso du projet d'acte d'accusation . . .». Les seules provinces



qui ont conservé la procédure du grand jury sont: Terre-Neuve, l'île du Prince Édouard, la Nouvelle-Écosse et l'Ontario—notons qu'en Ontario, on procède présentement à son abolition. Une tentative fut faite d'étendre la portée de l'article 524 à tout acte d'accusation, même celui n'émanant pas d'un grand jury, mais cette prétention fut rejetée.<sup>26</sup> Dans les provinces où le grand jury fut aboli, la défense n'a donc aucun droit d'obtenir la liste des témoins que la Couronne a l'intention de faire entendre.

Comme l'enquête préliminaire, qui n'est pas d'application générale, cet article 524 crée donc une inégalité en matière de communication de la preuve puisqu'il ne s'applique que dans certaines provinces et, encore là, uniquement dans les causes où l'acte d'accusation émane d'un grand jury.

Quoi qu'il en soit, on peut déjà mentionner que le résultat concret ne témoigne guère de cette inégalité, vu l'application donnée à l'article 524 dans les provinces où la procédure est disponible. Pour comprendre le peu d'utilité pratique que la jurisprudence a conféré à cet article, on doit reconnaître qu'il est parfois illusoire d'obtenir le nom et l'adresse d'un témoin mais non sa déclaration. La défense est par ailleurs souvent incapable d'interroger ce témoin avant le procès et, même là, la Couronne n'a aucun devoir de faire entendre en preuve tous les témoins dont les noms furent ainsi inscrits à l'endos de l'acte d'accusation.<sup>27</sup>

Le principe à partir duquel le droit canadien s'est édifié sur ce dernier point fut exprimé dans la cause anglaise de *Seneviratne v. R.*<sup>28</sup> Il fut établi, dans cette cause, que si la poursuite n'a pas à assumer à la fois ses fonctions et celles de la défense, elle doit néanmoins faire entendre tous les témoins essentiels à l'établissement des faits sur lesquels la poursuite est fondée, que la version de ces témoins soit ou non favorable à la thèse de la poursuite.

Par ailleurs, quand il s'est agi de décider si la Couronne avait en conséquence une obligation quelconque de faire entendre tous les témoins susceptibles d'étayer sa thèse, le principe a connu de sérieuses restrictions, et les tribunaux ont reconnu la discrétion de la poursuite en la matière. Ce principe fut clairement exprimé par Lord Thankerton dans la cause de *Adel Muhammed El Dabbah v. A. G. of Palestine*<sup>29</sup>, lequel s'exprimait comme suit:

«... Le procureur de la Couronne a entière discrétion dans le choix des témoins qui doivent être cités par la poursuite, et la cour n'interviendra pas dans l'exercice de ce choix, sauf, peut-être, si l'on peut démontrer que le procureur a été influencé par quelque motif détourné».<sup>30</sup>

Notons qu'il s'agissait, dans cette affaire d'un cas où la défense faisait grief à la Couronne de n'avoir pas appelé des témoins dont les noms étaient inscrits à l'endos de l'acte d'accusation. Reprenant ces propos de Lord Thankerton, la Cour suprême du Canada réitérait l'entière discrétion de la Couronne dans le choix des témoins à faire entendre dans la cause de *Lemay v. R.*<sup>31</sup>

Aussi, même dans les cas où la défense obtient les noms des témoins de la Couronne, soit parce qu'ils sont inscrits à l'endos de l'acte d'accusation, soit autrement, sa situation n'en est guère améliorée puisqu'elle devra souvent appeler elle-même ces témoins au procès, la Couronne n'ayant aucune obligation de les faire témoigner. Dans un tel cas, non seulement la défense perdra-t-elle l'avantage de pouvoir poser des questions suggestives en contre-interrogatoire, mais encore devra-t-elle souvent interroger des personnes qu'elle n'a pas rencontrées avant l'audition; ce problème fut soulevé, entre autres, dans la cause de *R. v. Gibbons*<sup>32</sup>, où la défense tentait d'obtenir que la Couronne fasse entendre certains témoins dont les noms étaient inscrits à l'endos de l'acte d'accusation. Reconnaisant la discrétion de la poursuite en la matière, le juge a refusé de contraindre la Couronne à ce faire et a souligné à la défense qu'elle était libre de faire témoigner elle-même ces personnes. La Cour d'appel rapporte ainsi le débat survenu au procès:

«M. Galligan (avocat de la défense):

«La seule chose, Votre Seigneurie, est qu'il nous a été impossible de rencontrer ces témoins».

Sa Seigneurie:

«C'est possible, c'est pour vous un désavantage. Je ne connais aucune règle empêchant un avocat de la défense d'interroger un témoin qui sera cité par la Couronne».<sup>33</sup>

Il est certain qu'il n'existe aucun droit de propriété à l'égard des témoins, mais on peut aussi croire que l'interrogatoire de ces témoins hors cours est parfois difficile et a même été décrit comme une pratique dangereuse, particulièrement si le témoin est émotionnellement impliqué dans la cause.<sup>34</sup> La défense aura en effet tout à perdre si, pour obtenir la version d'un éventuel témoin de la Couronne, elle doit risquer de paraître avoir voulu l'influencer ou lui faire changer sa version des faits avant sa première comparution en cour.

Par le truchement de l'article 524 la défense obtient donc le nom des témoins de la poursuite mais risque tout autant d'être prise par surprise au procès puisque cet article ne facilite en rien l'accès par la défense à la substance de leur témoignage.

Le deuxième problème que soulève cet article est le suivant: la Couronne est-elle liée par la liste des témoins ainsi inscrite à l'endos de l'acte d'accusation, ou peut-elle faire entendre au procès des nouveaux témoins dont elle n'a pas révélé l'existence à la défense?

On a tout d'abord décidé que la Couronne était autorisée à faire entendre de nouveaux témoins, sujets aux sanctions suivantes: le juge peut commenter le défaut de la Couronne de dévoiler à la défense l'existence de ces nouveaux témoins, et la défense peut obtenir un ajournement pour faire face à cette situation imprévue.<sup>35</sup> Sur enquête présentée avant le procès, la défense s'est vu accorder le droit d'accès à la «substance» de cette nouvelle preuve.<sup>36</sup>

Si, par ailleurs, elle ne soulève le problème qu'en appel, elle devra démontrer qu'elle a subi un préjudice et n'a pas eu un procès équitable.<sup>37</sup>

De façon générale, quand il n'y a ni grand jury ni enquête préliminaire, on a émis l'opinion que la Couronne devrait, sur demande, dévoiler à la défense le nom de ses témoins et la nature de sa preuve, à défaut de quoi la défense pourra obtenir un ajournement au procès.<sup>38</sup> Mais, dans tous les cas, la Cour d'appel n'interviendra pas à moins que la défense n'établisse avoir subi un préjudice. Cette idée de «préjudice subi» est encore assez vague et intangible puisqu'on ne peut trouver un seul cas où un tel préjudice fut reconnu par les Cours d'appel.

Cette jurisprudence présente par ailleurs une caractéristique assez intéressante: dans les cas où on a, de fait, refusé la communication de la preuve, on a élaboré un principe fort libéral pour décider qu'il n'avait pas d'application dans l'instance: *R. v. McClain*, *Richard v. R.*, *R. v. Cunningham*, et *Childs v. R.*<sup>39</sup> Par ailleurs, là où on a permis à l'accusé de prendre connaissance de la preuve de la Couronne on s'est gardé d'en faire une règle générale ou un principe absolu; ainsi dans la cause de *R. v. Bohozuk*<sup>40</sup> par exemple, la cour ordonne à la Couronne de communiquer à la défense la substance de toute preuve additionnelle qu'elle a l'intention d'introduire mais déclare, au niveau des principes, que:

«... La cour n'a pas à se préoccuper de l'intérêt de l'accusé; l'intérêt de la justice est et doit demeurer le seul facteur à considérer dans de telles requêtes...».<sup>41</sup>

pour conclure enfin que la défense n'a pas nécessairement le droit de connaître avant le procès les noms des témoins de la Couronne, mais devrait avoir accès à la «substance» de la preuve de la poursuite.

Ce bref tour d'horizon de l'article 524 nous amène donc à la conclusion suivante: si la liste des témoins de la poursuite est inscrite à l'endos de l'acte d'accusation, la défense n'a pas pour autant accès, avant procès, à la substance de la preuve que ces témoins offriront; si certains noms sont omis, la défense n'a aucun droit absolu à se les voir révéler avant procès, mais devrait être informée de la substance de cette nouvelle preuve! Une telle façon de résumer la jurisprudence sur cette question paraît sûrement quelque peu simpliste mais illustre les étranges situations auxquelles donne lieu l'absence de principes universellement applicables.

#### (d) *L'article 532 du Code criminel*

Cet article qui s'applique exclusivement à certaines formes de trahison est intéressant en ce qu'il est unique en droit canadien en termes de communication de la preuve avant le procès. Il donne droit à l'accusé de recevoir, au moins dix jours avant son interpellation<sup>42</sup>, une copie de l'acte d'accusation, une liste des témoins à charge et une copie du tableau des jurés. L'article ajoute qu'en ce qui a trait aux témoins et jurés, on doit lui dévoiler non seulement leur nom, mais également leur adresse et leur occupation.

Cette disposition, la plus permissive encore au Canada en matière de communication de la preuve, est apparue la première fois en Angleterre immédiatement après la transformation de l'enquête préliminaire en une procédure judiciaire de type accusatoire, en 1688. Le principe alors établi fut reproduit tel quel dans notre *Code criminel* et ne fut jamais modifié par la suite. On s'interroge en vain sur l'existence de cette disposition qui, de fait, revêt un caractère exceptionnellement libéral en égard au reste du droit sur la question. La seule explication proposée pour cet état de fait nous est offerte par Stephen<sup>43</sup> et se justifie dans le contexte politique contemporain à l'adoption de cette mesure. Avant 1688, l'accusé était tenu dans l'ignorance complète des preuves que détenait la poursuite au soutien des accusations portées contre lui; il ignorait bien souvent jusqu'à la nature de ces accusations. L'adoption de cette législation obligeant la Couronne à informer l'accusé de la nature exacte de l'accusation et de l'identité des témoins et des jurés fut donc considérée comme une grande faveur faite à un accusé; aussi les législateurs décidèrent-ils d'en réserver l'application aux crimes les plus sérieux et pour lesquels eux-mêmes et leurs amis étaient les plus susceptibles d'être poursuivis, soient les crimes à caractère politique. Stephen y voit donc l'expression de l'intérêt personnel des membres du Parlement à ce que les procès à caractère politique ne soient pas grossièrement injustes, et souligne leur indifférence à cet égard en matière de délits de droit commun tels le vol de bestiaux, le vol avec violence ou le meurtre par exemple.<sup>44</sup>

Il convient également de noter que la sanction appliquée au cas de refus ou de défaut par la poursuite de dévoiler ces renseignements à l'accusé ne consistait alors et ne consiste toujours qu'en un droit à l'ajournement de la cause pour permettre que l'accusé soit renseigné.<sup>45</sup>

Les causes de trahison étant relativement rares, cet article fut, bien sûr, rarement invoqué, et la jurisprudence peu appelée à le commenter. On s'étonne toutefois que cette disposition n'ait pas été abolie avec la disparition de l'instabilité politique qui semble avoir justifié son adoption. Plus encore peut-être, on s'étonne que cette vieille «libéralité» n'ait pas fait école et n'ait pas été étendue à tous les délits de droit commun comme ce fut le cas pour d'autres «libéralités» instaurées à la même époque, tel le droit au cautionnement. Ce détail est sûrement symptomatique de l'incohérence et surtout de l'indifférence que manifeste encore le droit canadien pour ce problème de la communication de la preuve avant le procès.

(e) *L'article 533 du Code criminel*

Cet article est le dernier d'une série de trois articles groupés dans le *Code criminel* sous le titre «Inspection et Copies des Documents». Nous avons déjà commenté les articles 531 et 532 et pouvons déjà dire que cet article 533 fut manifestement conçu dans le même esprit que l'article 531, et rehausse ainsi le caractère exceptionnel de l'article 532. L'article se lit comme suit:

«533. (1) Un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou une cour de juridiction criminelle peut, sur demande sommaire au nom de l'accusé ou du poursuivant, après un avis de trois jours donné à l'accusé ou au poursuivant, selon le cas, ordonner la communication de toutes pièces aux fins d'épreuve ou d'examen scientifique ou autre, sous réserve des conditions estimées nécessaires ou opportunes pour assurer la protection de la pièce et sa conservation afin qu'elle serve au procès.

(2) Quiconque omet de se conformer aux termes d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) est coupable d'outrage au tribunal et peut être traité sommairement par le juge ou le magistrat qui a rendu l'ordonnance ou devant qui le procès du prévenu a lieu».

De la même façon que l'article 531, cet article 533 est d'application fort limitée. Il ne peut manifestement s'appliquer que dans les cas où il y a enquête préliminaire, et ce après la citation à procès<sup>46</sup>; en effet, pour que l'objet qui doit être examiné soit une «pièce» il faut qu'il ait été produit au cours d'une procédure judiciaire. Dans les cas où il n'y a pas d'enquête préliminaire, les objets ou documents ne seront introduits en preuve et ne deviendront ainsi des «pièces» qu'au cours du procès. L'article 533 est par ailleurs difficilement applicable lors du procès comme tel, puisqu'un avis de trois jours à la partie adverse est nécessaire avant que la demande de communication de la pièce ne soit présentée au tribunal.

(f) *L'article 10 de la Loi de la preuve*

Quelques tentatives ont été faites d'utiliser l'article 10 de la *Loi de la preuve* comme moyen d'obtenir, soit avant procès, soit au procès, les déclarations écrites faites par des témoins. Cet article relatif au contre-interrogatoire portant sur les déclarations antérieures écrites des témoins stipule *in fine* que «le juge peut toujours, au cours du procès, exiger la production de l'écrit dans le but de l'examiner et en faire, dans la poursuite de la cause, l'usage qu'il croit convenable».

Il est maintenant établi que cet article ne s'applique qu'au procès et non avant, même pas au cours de l'enquête préliminaire<sup>47</sup>; sur le plan législatif, l'article 10 ne semble pas avoir été édicté dans le but de conférer un droit à la défense de prendre connaissance des déclarations antérieures écrites d'un témoin, pas même au cours du procès.<sup>48</sup> L'esprit de l'article semble être seulement de permettre au juge au procès de prendre connaissance de l'écrit ou d'en ordonner la production de façon à ce qu'il puisse contrôler le contre-interrogatoire du témoin et veiller à ce que ce dernier ne soit pas abusé lorsqu'il est contredit par référence à cet écrit. C'est ainsi que les tribunaux ont interprété l'article 10 comme conférant au juge au procès un pouvoir discrétionnaire de disposer de l'écrit comme il l'entend<sup>49</sup>, et non comme conférant à la défense un droit d'en prendre connaissance.<sup>50</sup> On peut donc conclure que l'article 10 n'est pas une procédure d'accès à la preuve à proprement parler, qu'il ne s'applique de toute façon qu'au procès,

et ne confère rien d'autre qu'un pouvoir discrétionnaire au juge, sans exprimer un droit de la défense.

(g) *L'article 516 du Code criminel*

De par sa formulation même, la requête pour détails prévue à l'article 516 du *Code criminel* risque d'être confondue avec une procédure de communication de la preuve. L'article 516 prévoit en effet que la cour peut, si elle estime la chose nécessaire pour assurer un procès équitable, ordonner que le poursuivant fournisse des détails. Les détails dont il est ici question portent exclusivement sur les allégations que la Couronne entend prouver contre l'accusé, et en aucune façon sur la teneur de la preuve qu'elle détient à cet effet. L'article 516 mentionne que la cour peut ordonner que le poursuivant fournisse des détails:

- «(f) décrivant davantage les moyens par lesquels une infraction a été commise ou,
- (g) décrivant une personne, un endroit ou une chose dont il est question dans un acte d'accusation».

Or les tribunaux ont décidé que cette disposition ne saurait obliger la Couronne à dévoiler une partie de sa preuve. Ainsi, devant une accusation d'avoir tenu une maison de paris, l'accusé tentait d'obtenir certains détails incluant le nom des personnes qui auraient tenu des paris à cet endroit. La requête fut rejetée et la cour déclarait:

«Des personnes ont-elles tenu des paris et qui sont-elles? Ces questions relèvent de la preuve. Je ne crois pas que la Couronne soit obligée de fournir le nom des témoins, ni de donner les détails de la preuve qu'elle compte introduire au procès».<sup>61</sup>

La requête pour détails n'est donc manifestement pas une procédure de communication de la preuve avant le procès.

(h) *Les avis*<sup>62</sup>

*Le Code criminel* et la *Loi de la preuve* exigent dans certains cas que la Couronne avise la défense, préalablement au procès, de son intention d'utiliser certains modes de preuve; cette exigence est imposée surtout dans les cas où la preuve qui doit être introduite déroge à la règle de la meilleure preuve.<sup>63</sup> Ainsi, quand la Couronne est autorisée à utiliser un certificat, elle doit généralement aviser la défense de son intention de ce faire.<sup>64</sup> On retrouve aussi une telle obligation d'aviser la défense dans les cas de demande de détention préventive à l'égard des repris de justice ou des délinquants sexuels dangereux.<sup>65</sup> La Couronne est également obligée d'aviser la défense de son intention d'utiliser certaines présomptions telles les présomptions établies aux articles 317 et 318 du *Code criminel* et applicables, dans les cas de recel, pour faire preuve que l'accusé savait que les biens en sa possession avaient été volés ou autrement illégalement obtenus. Enfin

l'article 592 du *Code criminel* qui impose à la Couronne d'alléguer des condamnations antérieures lorsqu'elle veut exiger qu'une plus forte peine soit appliquée au prévenu est intéressant en ce qu'il oblige la Couronne à dévoiler ses intentions à l'accusé avant que celui-ci n'enregistre un plaidoyer.

Ces nombreux articles relatifs à l'obligation de donner avis sont intéressants en ce que la sanction à l'omission de s'y conformer est l'inadmissibilité de la preuve non dévoilée. Dans les cas de preuve par certificat, une telle sévérité est compréhensible puisqu'elle ne peut être vraiment dommageable pour la partie qui lui est sujette. En effet, l'inadmissibilité de cette preuve secondaire ne fait qu'obliger la Couronne à revenir à la meilleure preuve; ce n'est donc pas vraiment l'admissibilité de la preuve qui est en jeu, mais l'admissibilité d'un mode de preuve. Le même raisonnement vaut pour les articles 317 et 318: la Couronne perd le bénéfice d'une présomption, mais peut toujours prouver autrement que l'accusé savait que les biens en sa possession étaient des biens volés.

L'article 592 est vraiment le plus sérieux car le défaut de donner avis empêche définitivement la Couronne de prouver les condamnations antérieures aux fins d'exiger qu'une plus forte peine soit appliquée à la récidive. Encore ici, cependant, le résultat pratique est peu significatif car bien que la Couronne soit alors tenue de considérer théoriquement la récidive comme une première infraction, elle peut toujours faire état des condamnations antérieures, lors des représentations sur sentence, et tenter ainsi d'obtenir que soit appliquée la peine maximale prévue pour une première infraction.<sup>56</sup>

Ces divers articles du *Code criminel* et de la *Loi de la preuve* couvrent techniquement à peu près tout le champ de communication de la preuve avant le procès qui est offert à l'accusé dans une procédure pénale.

## 2. *Les règles jurisprudentielles*

Il existe par ailleurs une jurisprudence qui a traité du sujet "at large" formulant des principes et des directives émanant du droit anglais, et sans référer spécifiquement aux dispositions législatives canadiennes. La tendance à appliquer ainsi la common law britannique en la matière est cependant assez restreinte. Les tribunaux canadiens ont en effet le plus souvent référé au *Code criminel*, l'interprétant de façon fort légaliste et restrictive, pour ensuite conclure que:

«Le *Code criminel* est l'autorité qui nous régit et, quand ses dispositions entrent en conflit avec la common law, en substance ou en procédure, il doit prévaloir».<sup>57</sup>

Procédant plus avant dans cette conclusion, nos tribunaux en sont arrivés à comprendre que même lorsque le *Code* était silencieux en matière de communication de la preuve il entraînait ainsi en conflit avec la common law et devrait prévaloir.<sup>58</sup> Cette attitude a eu pour résultat d'écartier le droit canadien, déjà très limité en la matière, du libéralisme anglais qui s'est graduellement exprimé en matière de communication de la preuve. Dans certains

domaines cependant, et notamment au niveau de la formulation de principes relatifs à la discrétion offerte à la poursuite dans la façon de présenter sa cause, nos tribunaux se sont largement inspirés des précédents britanniques.

(a) *Discrétion de la poursuite dans la présentation de la preuve*

La règle établissant la discrétion de la poursuite dans la conduite de la cause fut élaborée en Angleterre par deux décisions du Conseil Privé dont nous avons déjà fait mention.<sup>69</sup> En 1936 le Conseil Privé décidait en effet que:

«Des témoins essentiels au déroulement des faits sur lesquels repose la poursuite doivent naturellement être cités par la poursuite, que le résultat de leur témoignage soit favorable ou défavorable à la cause de la poursuite».<sup>69</sup>

Ces directives générales données à la poursuite quant à la conduite de sa cause semblent fermement établies et suivies en droit anglais.<sup>61</sup> Quelques années plus tard, cependant, le Conseil Privé ajoutait que la poursuite avait entière discrétion dans le choix des témoins à faire entendre, et que cette discrétion ne saurait être revisée à moins que la poursuite n'ait agi de la sorte sous l'influence d'un motif détourné.<sup>62</sup>

La Cour suprême du Canada s'est prononcée dans le même sens dans la cause de *Lemay v. The King*<sup>63</sup>; il s'agissait là d'une cause de trafic de narcotique où la Couronne n'avait pas fait entendre au procès un indicateur de la Gendarmerie Royale qui était présent au cours de la commission de l'infraction. Reconnaisant que la Couronne n'avait aucune obligation de faire entendre ce témoin, le juge Kerwin déclarait:

«La Couronne ne doit naturellement pas dissimuler un témoignage susceptible d'aider l'accusé, mais rien n'indique que tel ait été le cas dans la cause actuelle ou, pour employer les mots de Lord Thankerton, 'que le procureur ait été influencé par quelque motif détourné'».<sup>64</sup>

Après avoir étudié la décision de la Cour suprême dans *Lemay*, la Cour d'appel de Colombie-Britannique, dans la cause de *R. v. McFayden and Taylor*<sup>65</sup>, a exprimé de façon intéressante ce qui est de toute évidence la limitation la plus fondamentale à la discrétion de la Couronne en la matière. Si la Couronne a discrétion dans le choix de ses témoins, elle a le devoir d'appeler tous les témoins nécessaires à l'établissement d'une preuve contre l'accusé allant au-delà du doute raisonnable, et si, dans l'exercice de sa discrétion, elle fait défaut de remplir cette obligation, l'accusé doit être acquitté.<sup>66</sup>

Ces principes généraux relatifs à la conduite de la Couronne au procès ont amené des considérations relatives à sa conduite avant le procès. Ainsi, conciliant à la fois le devoir de la Couronne de présenter au procès toute la preuve pertinente et sa discrétion dans le choix des témoins à faire entendre, les tribunaux britanniques en sont arrivés à formuler la règle suivante: dans



la cause de *R. v. Bryant and Dickson*<sup>67</sup>, on a exprimé l'opinion que si la Couronne connaît un témoin dont le témoignage serait pertinent, mais qu'elle n'a pas l'intention de le faire entendre, elle doit révéler à la défense l'existence de ce témoin, sans devoir cependant lui procurer une copie de la déclaration que ce témoin pourrait avoir faite à la police. Dans la cause de *Dallison v. Caffery*<sup>68</sup> la Cour d'appel est allée plus loin pour décider que la Couronne devait fournir à la défense une copie de la déclaration faite par un témoin qu'elle n'avait pas l'intention de faire entendre, soit parce que la substance de son témoignage semblait favorable à la défense, soit parce que, de l'avis de la poursuite, ce témoin n'était pas digne de foi. Bien que certaines causes canadiennes aient exprimé ce devoir de la Couronne de dévoiler l'identité de tels témoins<sup>69</sup>, elles n'ont jamais exigé que des déclarations écrites de ces témoins soient divulguées à la défense.

*(b) Usage des déclarations antérieures des personnes comme témoins*

La question se complique quand il s'agit de savoir si la Couronne a un tel devoir de donner communication à la défense, avant ou pendant le procès, des déclarations faites à la police par des personnes qui seront ses témoins au procès. Encore ici, le droit anglais a évolué vers une position assez catégorique que le droit canadien n'a pas voulu entériner complètement. En 1936, dans la cause de *R. v. Mahadeo*<sup>70</sup>, le Conseil Privé a en effet établi le principe que la défense devait pouvoir bénéficier de la comparaison entre le témoignage au procès d'un témoin de la Couronne et les déclarations antérieurement faites par ce témoin à la police. La production de tels documents a donc été admise au procès<sup>71</sup>, aussi bien qu'avant le procès.<sup>72</sup> Au Canada, avant même que la Cour suprême adopte l'attitude légaliste et restrictive exprimée dans l'arrêt *Patterson*, les tribunaux s'étaient généralement montrés réfractaires à la position permissive du droit britannique.<sup>73</sup>

*La règle discrétionnaire*

Tout d'abord, nos tribunaux ont cru bon d'établir une différence entre la production de telles déclarations au procès, et la communication à la défense de ces mêmes déclarations à tout stade préalable au procès. En ce qui a trait à la production au procès de ces déclarations faites à la police, il fut décidé que l'accusé ne pouvait prétendre y avoir un droit formel, puisque rien dans notre *Code criminel* n'exprimait formellement un tel droit. La production au procès relève de la discrétion du juge qui pourra ordonner la production d'une telle déclaration aux seules fins de permettre un contre-interrogatoire portant sur la crédibilité du témoin.

La défense s'est par ailleurs vu imposer des décisions encore plus restrictives à l'égard de ses prétentions à prendre connaissance de telles déclarations avant le procès. Il fut en effet décidé de façon très soutenue que la défense n'avait aucun droit de recevoir communication avant le procès des déclarations faites par des témoins au cours de l'enquête policière, même aux seules fins de préparer à l'avance son contre-interrogatoire pour le procès.

La décision de donner communication à la défense de telles déclarations relève exclusivement de la discrétion de la poursuite, qui n'est en rien tenue de ce faire.<sup>74</sup> Un tel droit a donc été systématiquement dénié à la défense, tant sur requête à quelque stade des procédures avant le procès, que sur demande lors du contre-interrogatoire à l'enquête préliminaire.<sup>75</sup> La seule note discordante à cette ligne de pensée autrement unanime, avait été exprimée par un magistrat de Colombie-Britannique qui<sup>76</sup>, appliquant les principes exprimés par le Conseil Privé dans la cause de *Mahadeo v. R.*<sup>77</sup>, avait en effet ordonné que soient communiquées à la défense, avant le procès, toutes les déclarations faites antérieurement par un témoin de la Couronne. Il va sans dire que cette décision est restée à peu près lettre morte.<sup>78</sup> Il est aujourd'hui acquis que la communication à la défense de déclarations faites par des témoins au cours de l'enquête policière relève entièrement de l'exercice d'une discrétion: discrétion de la Couronne à tout stade avant le procès; discrétion du juge lors du procès, et qu'à aucun moment la défense ne peut prétendre avoir un droit quelconque à en prendre connaissance.

#### *La règle du «rafraîchissement de la mémoire»*

La jurisprudence s'est cependant écartée de ce champ discrétionnaire pour établir une règle déjà plus certaine mais dont le seul effet notoire a été de rendre encore plus confus l'ensemble du problème. Traitant des notes ou résumés préparés par un témoin pour son propre usage ou des rapports de police, les tribunaux se sont en effet écartés de la traditionnelle discrétion pour établir une règle qui semblait avoir la prétention d'être à la fois certaine et bien-fondée: l'analyse semble démontrer qu'elle n'est ni l'un ni l'autre. Il s'agit de la fameuse règle du «rafraîchissement de la mémoire». Si un témoin désire se rafraîchir la mémoire lors du procès à l'aide de notes qu'il a préparées peu après l'évènement au sujet duquel il témoigne, ces notes devront presque invariablement être produites afin de permettre un contre-interrogatoire valable quant à la crédibilité de ce témoin.<sup>79</sup> S'il n'en fait pas usage lors du procès, la partie qui contre-interroge n'aura aucun moyen d'en prendre connaissance, puisque de tels documents, a-t-on soutenu, ne sont pas des «déclarations antérieures écrites» du témoin au sens de l'article 10 de la *Loi de la preuve*.<sup>80</sup> Bien qu'apparemment claire, la règle n'est guère certaine et repose encore largement sur la discrétion du juge; qu'arrive-t-il en effet du témoin qui n'utilise pas ses notes pour se rafraîchir la mémoire au procès comme tel, mais qui admet l'avoir fait cinq minutes avant, ou la veille, ou la semaine précédente?<sup>81</sup> La divulgation de ses notes, dans un tel cas, relèvera exclusivement de la discrétion du tribunal.

### 3. *Conclusion*

Si on compare l'enchevêtrement du droit canadien aux déclarations du principe du droit anglais<sup>82</sup>, on peut se permettre une extrapolation qui soit dans une large mesure vérifiable. Il semble qu'on n'ait jamais reconnu comme

valeur en soi, ni exprimé par des procédures adéquates, la nécessité pour les parties à une cause pénale d'avoir un accès illimité aux faits susceptibles d'étayer leur théorie ou de réduire l'impact de celle de leur adversaire. En conséquence, le critère selon lequel les parties,—et surtout la défense—pourront avoir accès à certains renseignements relatifs à la cause, a été très longtemps non pas la pertinence du renseignement requis, mais son éventuelle admissibilité en preuve au procès. Il est en effet assez aisé de soutenir que si un renseignement pertinent à la cause est inadmissible en preuve, il n'y a aucune raison pour qu'il soit communiqué à la partie adverse. Le raisonnement est facile, mais spécieux; il est essentiel, pour une infinité de motifs, que certains faits ne soient pas portés à la connaissance de l'arbitre appelé à décider du litige et les règles de preuve interviennent pour garantir que cette condition de prudence soit respectée. Mais il est aussi vrai que le plus grand nombre de faits possible devraient être connus des parties appelées non pas cette fois à décider du litige, mais à l'articuler.

Vu le risque de tirer des conclusions hâtives et injustifiées, nous allons procéder à examiner l'état du droit relatif au «prosecutorial discovery» ou à la communication de la preuve de la défense à la Couronne avant le procès. Cette étude nous amènera à considérer le problème dans son ensemble et à articuler avec plus d'aisance les déficiences et les possibilités de réforme en la matière.

#### COMMUNICATION DE LA PREUVE DE LA DÉFENSE À LA COURONNE AVANT LE PROCÈS

Dans notre système de droit pénal, ce n'est évidemment pas auprès de la défense que la Couronne est invitée à aller chercher les faits de la preuve susceptibles d'étayer sa cause. Le principe voulant qu'un accusé ne puisse être contraint de s'incriminer lui-même ni au procès, ni à quelque stade antérieur à son procès, illustre à quel point le processus pénal canadien est réfractaire à l'idée que la Couronne puisse établir sa cause à l'aide de renseignements que l'accusé serait obligé de lui communiquer. Côté poursuite, la recherche des faits s'exprime donc principalement—et exclusivement dans la plupart des cas—par l'action des pouvoirs d'enquête dont disposent les corps policiers, ces pouvoirs incluant, bien sûr, l'arrestation, la perquisition et la saisie.

Ces pouvoirs conférés à la police s'exercent normalement avant qu'un suspect soit formellement accusé et appelé à enregistrer un plaidoyer; nous n'entendons pas relever tout le processus de détection du crime aux fins de cette étude, mais demeurons conscients que c'est là que réside le pouvoir effectif de la Couronne d'obtenir des preuves contre un suspect. Nous nous attacherons plutôt à étudier les mesures exceptionnelles qui permettent à la Couronne de compléter sa preuve et de prévoir les moyens de défense qui seront avancés à l'encontre de sa théorie en s'adressant plus ou moins directement à la défense pour ce faire.

1. *Communication de renseignements possiblement incriminants*

Les mesures légales permettant à la Couronne de forcer en quelque sorte la défense à lui communiquer certains renseignements sont exceptionnelles et, généralement, d'application limitée.

Le *Code criminel* contient ainsi quelques dispositions qui, sans être organisées comme telles, relèvent de ce que la théorie appelle la «communication de la preuve avant le procès». Encore ici, bien sûr, il n'est pas question d'y référer en tant que système procédural; aussi étudierons-nous ces pouvoirs disparates qui sont conférés à la Couronne, recherchant spécialement leur mode d'application et leur raison d'être.

(a) *L'article 183(1) du Code criminel*

L'article 183(1) du *Code criminel* se lit comme suit:

**183.** (1) Un juge de paix devant qui une personne est conduite aux termes d'un mandat émis en vertu des articles 181 ou 182, peut exiger que la personne soit interrogée sous serment et qu'elle témoigne concernant

- (a) la fin pour laquelle l'endroit mentionné dans le mandat est ou a été utilisé, tenu ou occupé, et
- (b) toute matière relative à l'exécution du mandat.

Les mandats auxquels cet article réfère sont des mandats de perquisition permettant également à l'agent de la paix de mettre sous garde les personnes trouvées dans des maisons de désordre. Ces personnes, qui seront ensuite interrogées, sont également elles-mêmes suspectes d'avoir commis une infraction et seront probablement formellement accusées à une date ultérieure. Il est tout d'abord intéressant de s'attarder à la phraséologie de l'article 183(1) pour constater que cet article ne requiert pas que le juge de paix interroge lui-même les personnes ainsi amenées devant lui: l'article stipule en effet que le juge de paix «peut exiger que la personne soit interrogée sous serment et qu'elle témoigne». Ceci semble impliquer que le juge de paix peut interroger lui-même la personne, ou exiger qu'elle soit interrogée par quelqu'un d'autre, en l'occurrence un représentant de la police ou de la Couronne. Nous reviendrons ultérieurement sur cette question en comparant cet article avec l'article 455.4.

Cet article 183 est, bien sûr d'application assez restreinte, et il semble injuste de le dénoncer comme un pouvoir exorbitant conféré à la Couronne. Deux questions se posent cependant à l'égard de la justification de l'existence de ce pouvoir. Tout d'abord, il y a lieu de rechercher si la répression des infractions relatives aux maisons de désordre justifie l'existence d'un tel pouvoir de contraindre des témoins à témoigner sous serment avant même que des accusations formelles soient portées contre quiconque. Dans l'affirmative la question suivante se pose alors: n'y a-t-il pas un danger sérieux que ce pouvoir soit exercé à des fins autres que celles pour lesquelles il est désigné?

A l'égard de la première question, les opinions peuvent être partagées; lors de l'adoption de cette législation<sup>83</sup>, il semblait que ce genre d'activité était déjà bien organisé et que ce pouvoir d'interrogation devait pouvoir suppléer à l'absence d'autre preuve incriminant les suspects. Si cet argument était et demeure valable, il doit être confronté avec les abus auxquels cette législation peut donner lieu, et être repensé dans le cadre d'un système cohérent de communication de la preuve par la Couronne.

Ce problème des abus nous amène à considérer la deuxième question, soit celle de l'usage dont on peut faire de ce pouvoir d'interrogation. Sans avoir à spéculer sur des abus possibles, on peut se contenter de référer à un cas d'espèce qui les illustre adéquatement. Dans la cause de *Re Sommervill*<sup>84</sup>, la Couronne avait fait émettre un mandat de perquisition dans le but avoué de pouvoir ainsi interroger sous serment certaines personnes par le jeu de l'article 174 (aujourd'hui 183); la Cour d'appel a constaté que l'interrogatoire avait été une véritable «partie de pêche», conduite dans le seul but d'obtenir des renseignements relatifs à une personne accusée de conspiration pour corrompre des policiers. Quant à l'usage des dépositions ainsi recueillies, la cour n'a pas eu à statuer sur leur admissibilité contre l'accusé; elle s'est contentée de décider que la cause contre l'accusé devrait être entendue devant un magistrat autre que celui qui avait siégé lors de l'interrogatoire conduit en vertu de l'article 183.

Ceci nous amène à noter ce qui est peut-être la déficience majeure de cette procédure; si la Couronne outre-passe ses pouvoirs en interrogeant les témoins en dehors des limites prévues à l'article 183, par exemple, l'accusé est privé de tout moyen de s'en plaindre. Ainsi, dans l'affaire *Sommervill*, il est évident que la Couronne avait outre-passé ses pouvoirs d'enquête et avait recueilli sous serment des dépositions qu'elle n'était pas autorisée à exiger, i.e. les dépositions relatives à toutes matières non couvertes par l'article 183. Un accusé est toujours privé des moyens de se plaindre de l'usage de tels procédés, puisque la preuve illégalement obtenue est admissible devant nos tribunaux.

La lecture de cette cause nous amène à penser que la Couronne aurait pu employer une tactique différente: elle aurait dû se servir de l'article 455.4 et obtenir ainsi un champ d'investigation beaucoup plus vaste.

(b) *L'article 455.4 du Code criminel*

Cet article prévoit ce que l'on nomme communément la pré-enquête:

455.4 (1) Un juge de paix qui reçoit une dénonciation faite devant lui en vertu de l'article 455.1 doit

- (a) entendre et examiner *ex parte*,
  - (i) les allégations du dénonciateur, et
  - (ii) les dépositions des témoins, s'il l'estime opportun ou nécessaire

Notons que ces dépositions seront prises sous serment (article 455.4(2)(a)) et enregistrées (article 455.4(2)(b) et article 468).

Cet article 455.4 est sans aucun doute le meilleur moyen d'enquête judiciaire dont dispose la Couronne; il est par ailleurs fort intéressant de le comparer à l'article 183. Le but dans lequel cet article fut conçu puis amendé jusqu'à sa forme actuelle<sup>86</sup> est, bien sûr, parfaitement légitime; il relève d'un souci sérieux de ce qu'une personne ne soit pas arrêtée ou même seulement sommée de comparaître pour répondre à une accusation manifestement mal ou non fondée. La pratique a cependant permis d'en faire dans certains cas «une enquête préliminaire *ex parte* en faveur de la Couronne».<sup>86</sup> L'article 455.4 stipule en effet que le juge de paix doit «entendre et examiner *ex parte*» les allégations du dénonciateur et des témoins. On aurait pu comprendre que ce langage conférerait au juge de paix *et à lui seul* le pouvoir de conduire l'enquête prévue à cet article; on se souvient, par comparaison, que la formulation de l'article 183 semblait clairement permettre que l'interrogatoire des témoins puisse être conduit par une personne autre que le magistrat devant lequel ils étaient traduits. La formulation et l'esprit de l'article 455.4 ne semblaient pourtant pas donner ouverture à une telle interprétation. Or il fut décidé dans la cause de *R. v. Ingwer et al*<sup>87</sup> que l'interrogatoire *ex parte* pouvait être conduit par le procureur de la Couronne, lequel était même autorisé à poser ses questions suggestives aux témoins, alors que l'accusé n'avait aucun droit d'être présent ni même représenté par avocat. Il fut également décidé que lors d'une telle enquête, il n'y a rien de répréhensible à ce que la Couronne «encourage» le témoin à dire la vérité en lui indiquant qu'il pourra autrement être poursuivi pour parjure.<sup>88</sup> C'est là certainement un outil de communication de la preuve très important que de pouvoir contraindre certaines personnes à témoigner sous serment, en l'absence de l'accusé et donc sans contre-interrogatoire possible, particulièrement lorsqu'on met ces personnes en garde contre le risque de modifier leur version des faits au moment du procès.

L'existence de la pré-enquête *ex parte* telle qu'on la connaît semble être justifiée par un souci de ne pas obliger le juge de paix à tenir un «procès avant le procès» en l'obligeant à entendre les deux parties au litige.<sup>89</sup> A ceci on peut répondre que deux variantes sont possibles de la pré-enquête actuelle: l'accusé pourrait être présent et représenté par avocat, et avoir droit seulement de contre-interroger les témoins sans pouvoir présenter de défense comme telle. Ou encore, et si l'on veut vraiment éviter une controverse prématurée, on pourrait stipuler que le juge de paix autorisé à faire émaner une sommation ou un mandat d'arrestation peut enquêter auprès de certains témoins quant au bien-fondé de l'accusation, mais que cette procédure doit avoir lieu privément, en l'absence des procureurs des deux parties, et sans que les déclarations des témoins soient prises sous serment, le texte de ces déclarations devenant par la suite disponible pour les deux parties.

Ces différentes variantes possibles de la pré-enquête devraient de toute façon être repensées dans le cadre d'un système cohérent, organisé et surtout apparent et manifeste, permettant à la Couronne d'enquêter judiciairement avant le procès.

(c) *L'enquête préliminaire et le grand jury*

Les procureurs de la Couronne peuvent parfois considérer l'enquête préliminaire et les procédures devant le grand jury—dans les provinces où la procédure existe—comme des outils de communication de la preuve. Bien sûr il ne s'agit pas pour la Couronne de prendre connaissance de la thèse de la défense, puisque les moyens de défense sont rarement avancés au cours de telles procédures; il s'agit plutôt pour la Couronne d'évaluer la force de sa propre preuve, et la valeur des témoins à charge. La véritable portée de ces procédures n'est cependant qu'incidente à la présente étude et se préoccupe surtout de garantir que seules les causes qui le méritent soient envoyées à procès. Nous reviendrons sur cette question dans la 3<sup>e</sup> partie, pour suggérer que ceci soit accompli sur simple requête de la défense. En autant que les procureurs de la Couronne sont concernés, ils pourraient arriver aux mêmes résultats en interrogeant officieusement mais de façon approfondie les témoins à charge avant le procès.

(d) *Les tribunaux administratifs, les enquêtes du coroner et les déclarations rendues obligatoires par statut*

Tant au niveau provincial que fédéral, de nombreux corps administratifs sont investis de pouvoirs d'enquête. Il est inutile ici de faire une revue détaillée des champs d'activité auxquels ces pouvoirs s'appliquent; il suffit en effet de référer aux rapports Ouimet et McRuer pour avoir une idée globale de l'envergure de ces pouvoirs d'enquête exercés par voie judiciaire ou quasi-judiciaire.

Aux fins de cette étude, il suffit de mentionner que ces enquêtes administratives se situent très souvent à la vague frontière entre l'enquête policière et le processus pénal proprement dit. Nombre de ces enquêtes permettent ainsi la divulgation de renseignements qui justifient par la suite que des poursuites criminelles soient intentées. Elles nous intéressent donc en ce qu'elles sont un moyen important pour la Couronne d'accumuler des preuves contre une personne qui sera ultérieurement accusée.<sup>90</sup>

On doit noter, cependant, que certaines de ces enquêtes n'ont pas pour but premier de détecter la commission d'activités criminelles. Même l'enquête du coroner n'a pas pour seul but de rechercher si une ou plusieurs personnes doivent être tenues criminellement responsables de la mort de la victime, et d'identifier cette ou ces personnes.

(e) *L'ivressomètre*

La législation introduite au *Code criminel* relativement à l'ivressomètre et la jurisprudence qui en a découlé ont permis d'explorer les limites du pouvoir de la Couronne d'obtenir de la défense communication de certains éléments de preuve. En effet, la législation relative à l'ivressomètre permet à la Couronne de contraindre l'accusé à lui fournir la meilleure preuve d'un fait

qu'elle allègue, soit son état d'ivresse. Il était inévitable que cette règle de droit entre en conflit avec une valeur dite fondamentale du droit anglais: la protection contre l'incrimination personnelle. Quelle que soit l'extension qu'on lui donne, ce droit qu'a une personne de refuser de s'incriminer devient la limite ultime des pouvoirs d'enquête autrement conférés à la police ou à la poursuite. Traitant des pouvoirs d'interrogation que détient la poursuite dans le système pénal anglais, Lord Devlin écrivait à ce sujet:

«Il y a (dans le sens juridique du terme tout au moins) d'autres formes d'interrogatoire que l'interrogatoire oral, et je propose d'examiner ensuite jusqu'à quel point elles sont permises dans le système anglais. La poursuite a-t-elle le droit d'obliger l'accusé à lui dévoiler tous les documents en sa possession et pouvant avoir un rapport avec son innocence ou sa culpabilité? C'est ce qu'on appelle le droit à la communication de la preuve. C'est là un des droits les plus importants en matière dans les procédures civiles. Les documents ne sont pas aussi importants dans les causes criminelles ordinaires; il y a cependant certains genres de causes, comme la fraude commerciale, où la communication de la preuve serait très utile. Mais la loi ne donne à la poursuite aucun droit d'accès à la communication. En fait, il doit en être ainsi en vertu du principe que la poursuite n'a pas le droit d'interroger. Un prévenu ne peut pas être contraint de s'incriminer, ni par ses réponses à des questions orales, ni par la production de documents ou de toute autre preuve en sa possession».<sup>91</sup>

Protégé par son insertion dans la *Déclaration canadienne des droits*, ce droit d'une personne de ne pas s'incriminer a été qualifié par la Cour suprême dans la cause de *Curr v. R.*<sup>92</sup>, où la légalité des dispositions du *Code* relatives à l'ivressomètre était en jeu: interprétant l'article 2(d) de la *Déclaration des droits*, la cour a décidé que la protection offerte à une personne contre son propre témoignage (protection against self-incrimination) ne visait qu'à empêcher qu'une personne soit contrainte de rendre un témoignage incriminant devant un tribunal judiciaire sans être protégée contre l'usage ultérieur qui pourrait être fait de son témoignage.

Cette décision élargit de beaucoup la possibilité de permettre à la Couronne de contraindre la défense à lui fournir certains éléments de preuve. Le raisonnement suivi dans cette cause de *Curr* autorise sûrement une telle projection.

## 2. *Communication des moyens de défense*

La dernière question à soulever est celle de la divulgation par la défense, avant le procès, de ses moyens de défense proprement dits. Dans quelle mesure la Couronne est-elle ou devrait-elle être autorisée à se voir communiquer avant le procès la teneur de la défense qui sera offerte ainsi que les preuves qui seront apportées à l'appui. Ce problème a fait l'objet de nombreux commentaires à l'égard de la défense qui le soulève avec le plus d'acuité: l'alibi.



(a) *L'alibi*

Il faut être prudent en abordant les problèmes relatifs à la divulgation de la défense d'alibi. La question diffère en effet selon que l'on en traite à l'égard de la crédibilité et de la force probante de cette défense, ou selon que l'on considère la nécessité pour la Couronne d'en prendre connaissance avant le procès de façon à pouvoir la réfuter. Ce sont là en effet deux approches bien différentes, et la jurisprudence a surtout considéré la première.

En effet, la Cour suprême a reconnu le principe voulant que l'accusé soit tenu de révéler son alibi à la première opportunité; dans la cause *Russell v. R.*<sup>93</sup> la cour avait en effet à considérer les directives suivantes données par le juge au jury:

«En ce qui concerne l'alibi, je crois que si vous l'examinez sérieusement, un des aspects de la défense d'alibi à prendre en considération est qu'elle doit être présentée le plus tôt possible, et doit comprendre la déclaration de l'endroit où l'accusé se trouvait au moment où l'infraction est alléguée avoir été perpétrée. C'est à vous de déterminer à quel moment l'alibi a été invoqué pour la première fois».<sup>94</sup>

Considérant la justesse et la légalité de ces directives, le juge Kerwin déclarait:

«Ce que le savant juge de première instance faisait était d'indiquer au jury une façon d'évaluer la *crédibilité* des allégations de l'accusé au procès; et cela est permis».<sup>95</sup>

C'est définitivement en ce sens que se sont prononcées les autorités canadiennes, et il n'a jamais été dit qu'un accusé devait révéler son alibi le plus tôt possible de façon de permettre à la Couronne de le réfuter adéquatement au procès. Cette distinction est importante surtout quant à l'extension de la divulgation qui devrait être ainsi faite. Si l'unique raison pour laquelle un accusé doit ainsi révéler son alibi très tôt relève de la force probante ultérieure de cette défense, il est suffisant de laisser à l'accusé le soin de décider s'il doit révéler ce moyen de défense à l'avance, et s'il doit en donner tous les détails, comme c'est d'ailleurs le cas pour tous les autres moyens de défense qu'il pourrait vouloir avancer. Aucune règle de droit ne le contraint de dévoiler à l'avance les explications qu'il entend présenter au procès et il est libre d'agir au mieux de ce qu'il croit être son intérêt.

Si, par ailleurs, le but pour lequel on veut le voir révéler son alibi très tôt est de permettre à la Couronne de se préparer à le réfuter, il n'est alors évidemment pas suffisant qu'on se contente d'obliger l'accusé à révéler sa seule intention d'invoquer un alibi; il devient essentiel qu'il en donne tous les détails.

Permettre que des inférences néfastes à l'accusé soient tirées de son défaut de dévoiler son alibi très tôt est peut-être une proposition défendable en ce qu'elle est fort pertinente à la crédibilité de sa défense. L'obliger à faire une exposition complète de ce moyen de défense avant le procès l'est

peut-être moins; fortement opposé à l'état actuel du droit sur la question, le juge Lagarde écrit:

«La difficulté de la Couronne à prouver la culpabilité de l'accusé ou à réfuter sa défense ne peut définir un motif pour jeter sur le prévenu un fardeau qui doit reposer seulement sur la poursuite».<sup>96</sup>

En Angleterre, cette ligne de pensée a été définitivement rejetée, et on a forcé l'accusé à dévoiler son alibi aux fins expresses de permettre à la couronne de travailler à le réfuter. A cet égard, il est utile de référer aux termes mêmes du *Criminal Justice Act* de 1967<sup>97</sup>:

(1) Dans un procès pour acte criminel, l'accusé ne peut fournir ou présenter une défense d'alibi sans la permission de la cour, à moins qu'il n'ait donné tous les détails de l'alibi avant la fin de la période prescrite.

(2) Sans préjudice au paragraphe précédent, dans un tel procès, le défendeur ne peut citer aucune autre personne à donner un tel témoignage sans la permission de la cour, à moins que:

(a) l'avis donné en vertu de ce paragraphe ne comprenne le nom et l'adresse du témoin ou, si le défendeur ne connaît ni le nom ni l'adresse au moment où il donne l'avis, tout renseignement en sa possession susceptible d'aider à trouver le témoin;

(b) si le nom ou l'adresse ne figurent pas dans cet avis, la cour ne soit assurée que le défendeur a pris, avant de donner l'avis, et continué de prendre par la suite, toutes les mesures raisonnables pour permettre d'obtenir le nom ou l'adresse;

(c) si le nom ou l'adresse ne figurent pas dans l'avis, le défendeur ne découvre par la suite ce nom ou cette adresse ou n'obtienne des renseignements complémentaires permettant de trouver le témoin, et ne donne immédiatement avis du nom, de l'adresse ou des autres renseignements, selon le cas;

(d) si le défendeur, étant averti par la Couronne ou en son nom qu'on a pu retracer le témoin au nom ou à l'adresse indiquée, il ne communique immédiatement tous les renseignements qu'il possède ou, s'il reçoit ensuite de tels renseignements, n'en donne immédiatement avis.

(3) La cour ne refusera pas la permission prévue au présent article s'il lui apparaît que le défendeur n'était pas averti des exigences de cet article conformément aux clauses de l'article 15 du *Justices of the Peace Act* de 1949 (règles de procédure pour les Cours de magistrats).

(4) Toute preuve tendant à réfuter un alibi peut, suivant les instructions de la cour concernant le moment où elle doit être produite, être produite avant ou après la preuve fournie à l'appui de l'alibi.

(5) Tout avis donné en vertu du présent article par un avocat au nom de son client, sera considéré, à moins de preuve contraire, comme ayant été donné avec l'autorisation du défendeur.

(6) Un avis en vertu du paragraphe (1) du présent article doit être, soit produit en cour pendant les procédures ou à la fin des procédures d'enquête devant le magistrat, soit, notifié par écrit au représentant de

la poursuite, et un avis en vertu des alinéas (c) ou (d) du paragraphe (2) de cet article doit être donné par écrit à cet avocat.

(7) Un avis qui doit être notifié au représentant de la poursuite en vertu du présent article peut être, soit remis en mains propres, soit laissé à son bureau, soit envoyé par lettre recommandée ou par service de livraison enregistré et adressé à son nom à son bureau.

(8) Dans le présent article:

«preuve à l'appui d'un alibi» signifie une preuve tendant à démontrer qu'en raison de sa présence en un lieu déterminé ou dans une région déterminée à un moment déterminé, le défendeur n'était vraisemblablement pas à l'endroit où l'infraction est présumée avoir été commise, au moment où elle est présumée avoir été perpétrée.

«la période prescrite» signifie la période de sept jours à partir de la fin des procédures d'enquête devant le magistrat.

(9) Dans cette période, on ne compte pas les dimanches, le jour de Noël, le Vendredi-Saint, le jour de congé bancaire déclaré tel en vertu de la loi de 1871 sur le congé des banques en Angleterre et aux pays de Galles, ni les jours d'actions de grâces ou de deuil public».

Cette question n'est donc plus, en Angleterre, uniquement une règle de preuve mais aussi une règle de procédure; la fin n'en est plus la crédibilité de la défense au procès, mais l'information de la poursuite avant le procès.

Un dernier commentaire s'impose enfin sur cette nouvelle procédure anglaise; aux termes des paragraphes (1) et (2) de l'article 11 du *Criminal Justice Act*, la sanction imposée au défaut de s'y conformer va jusqu'à l'éventuelle inadmissibilité de la défense d'alibi au procès. Cette sanction est la plus drastique en matière de communication de la preuve, et ignorée au Canada sauf en ce qui a trait à la preuve par certificat.<sup>98</sup> Nous reviendrons ultérieurement plus en détail sur les sanctions qui peuvent être appliquées au soutien des procédures de communication de la preuve.

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Au terme de cette étude du *Code criminel* et de la jurisprudence canadienne et britannique en matière de communication de la preuve avant le procès, de nombreuses questions se posent qui n'ont jamais été soulevées, ou qui ont été traitées avec une incohérence qui révèle à elle seule l'inexistence d'un système articulé, basé sur des principes perceptibles et suivis. Le fait que certaines questions n'aient jamais fait l'objet de décisions judiciaires peut s'expliquer par le caractère officieux et informel des relations entre les parties relativement à la communication de la preuve avant le procès, et probablement aussi par l'absence de procédures pouvant véhiculer leurs controverses devant les tribunaux. Dans ce contexte, la jurisprudence est inapte à nous fournir des renseignements valables sur la nature et l'extension des échanges qui ont lieu entre les parties avant le procès. La communication de la preuve s'opère-t-elle et devrait-elle s'opérer de façon sélective, à l'égard, par exemple, du type d'infraction en cause; quels échanges ont lieu entre les parties dans

les cas où le *Code* ne prévoit pas d'enquête préliminaire; dans quelle mesure la défense peut-elle obtenir des renseignements susceptibles de l'intéresser, mais qui ne seront pas admissibles comme tels au procès; dans quelle mesure la communication de la preuve à la défense devrait-elle s'opérer avant l'inscription d'un plaidoyer; de quelle façon le défaut de communication affecte-t-il un plaidoyer de culpabilité?<sup>99</sup> Il en est ainsi d'une foule de questions auxquelles on a toujours répondu en termes de discrétion ce qui, semble-t-il, justifiait le non-interventionnisme des tribunaux, reléguant ainsi les vrais, aussi bien que les faux problèmes, derrière un écran de fumée.

Au niveau des purs principes, la jurisprudence n'est guère plus riche. Quand un problème relatif à la communication de la preuve fut soulevé, c'est sans référence aux principes sous-jacents à la communication de la preuve avant le procès que les cours en ont disposé. Ainsi, dans la cause de *Duke v. R.*<sup>100</sup> la Cour suprême avait à considérer ce qui aurait pu devenir un cas-type en matière de communication de la preuve; c'est cependant sans aucune référence à cette doctrine qu'on a disposé du litige. L'attitude de la cour est malgré tout fort intéressante en ce qu'elle caractérise la tendance des tribunaux canadiens en la matière.

L'appelant Duke soumettait que la police ou la Couronne devait lui remettre sur demande, un échantillon de son haleine tel qu'analysé au moyen de l'ivressomètre, de façon à ce qu'il puisse faire sa propre analyse; ceci, disait-il, était essentiel à l'exercice de son droit à une défense pleine et entière. La question, telle que posée, s'encadre donc parfaitement dans la doctrine du droit à recevoir communication de la preuve avant le procès. La cour a cependant traité de la question d'une façon beaucoup plus étroite, mais qui révèle malgré tout une position fondamentale:

«L'article 224A, tel qu'adopté, aurait obligé la personne prélevant l'échantillon d'haleine à en offrir un spécimen au prévenu et, si le prévenu lui demandait ce spécimen, de le fournir, avant que la preuve d'une analyse de l'échantillon puisse être utilisée contre le prévenu inculpé d'une infraction en vertu de l'article 222 ou de l'article 224. Toutefois, cette exigence a été délibérément omise au moment de la proclamation de la loi; il s'ensuit que le statut indique clairement que l'accusé n'a pas le droit de recevoir un spécimen de son haleine de la personne qui prélève cet échantillon, et que l'analyse de l'échantillon d'haleine peut être utilisée en preuve lors d'une accusation sous l'article 222 ou l'article 224».<sup>101</sup>

La Cour suprême aurait pu approcher différemment la question; la proclamation partielle de l'article 224(a) du *Code criminel* a eu pour effet de rendre le certificat d'analyse admissible en preuve sans obliger la Couronne à prouver qu'un échantillon d'haleine avait été remis au prévenu. Ceci n'implique pas nécessairement que l'accusé n'y a pas autrement droit; pourquoi ne peut-il prétendre y avoir accès en vertu de son droit à une défense pleine et entière et à une audition impartiale de sa cause? Cette approche aurait pu donner ouverture à une discussion au niveau des principes sous-jacents à un

système de communication de la preuve avant le procès. Le seul passage du jugement qui réfère à ces principes est quelque peu obscur:

«Il ne s'agit pas d'une instance où l'accusé a demandé des renseignements que possède le ministère public et que celui-ci a refusé de donner. La question, en l'espèce, n'est pas de savoir si un refus de ce genre aurait eu pour effet de priver l'accusé d'un procès équitable. Il s'agit d'une affaire où l'accusé se plaint que le ministère public a omis de lui fournir un élément de preuve qu'il réclame pour étayer sa défense».<sup>102</sup>

Et dans un *obiter* à l'égard duquel le Juge Laskin, alors juge pûné, réserve son opinion, le juge en chef enchaîne:

«A mon avis, l'omission du ministère public de fournir un certain élément de preuve à un accusé ne prive pas celui-ci de son droit à un procès équitable sauf si, en vertu d'une loi, il y est tenu».<sup>103</sup>

De la même façon, la Cour d'appel d'Ontario déclarait récemment dans la cause de *R. v. Caccamo and Caccamo*<sup>104</sup>:

«Il ne nous semble pas juste de dire qu'un procès doit être remis pour vice de procédure du seul fait qu'une preuve en possession de la Couronne n'a pas été dévoilée à l'accusé avant l'ouverture du procès».<sup>105</sup>

Le résultat de ces récentes décisions est clair: l'accusé n'a aucun droit de recevoir communication à l'avance de la preuve de la Couronne, à moins qu'un tel droit ne lui soit conféré expressément par la loi. Bien que ce résultat suive la ligne de conduite tracée dans les causes de *Finland, Silvester and Trapp, Lalonde et Patterson*, et bien d'autres, il fut achevé sans considération pour les pratiques officieuses suivies par les procureurs de la Couronne dans l'exercice de leur discrétion, et, qui plus est, sans référence aux principes fondamentaux du processus pénal.

## NOTES

1. Martin, G.A., "Preliminary Hearings", Special Lectures of the Law Society of Upper Canada (1955), I; Shapray, H., "The Prosecutor as a Minister of Justice: A Critical Appraisal" (1969), 15 McGill L. J. 124, à la p. 135.
2. Selon les statistiques, une enquête préliminaire ne fut tenue que dans environ 5% des causes criminelles au cours de l'année 1968; voir détails ci-dessous 3<sup>e</sup> Partie, à la p. 73.
3. Salhany, R., "The Preliminary Inquiry: Extension of Pre-Trial Discovery" (1966-67), 9 Crim. L.Q. 394 à la page 397.
4. Voir historique plus détaillé de cette procédure, ci-dessous, 3<sup>e</sup> Partie, aux pp. 68-70.
5. Glanville Williams, "Proposals to Expedite Criminal Trials", 1959 Crim. L.R. 82 à la p. 85.
6. Criminal Justice Act, 1967, C. 80, articles 1 et 2; Carlisle, M., "Committal Proceedings in English Criminal Law" (1967-68) 10 Crim. L.Q. 147; Napley, D., *A Guide to Law and Practice Under the Criminal Justice Act, 1967* (1967); Devlin, P., *The Criminal Prosecution in England* (1960), aux pp. 93-4.
7. Mueller, G., et Le Poole-Griffiths, F., *Comparative Criminal Procedure* (1969), à la p. 64.
8. Ci-dessous, 3<sup>e</sup> Partie, aux pp. 71-73.
9. Martin, précité note 1, à la p. 6; Savage, C., "Preliminary Inquiries" (1958-59) 1 Crim. L. Q. 77, à la p. 89; Halyk, S. E., "The Preliminary Inquiry in Canada" (1967-68), 10 Crim. L.Q. 181, à la p. 186; Mueller et Le Poole-Griffiths, précité note 7, aux pp. 80-87.
10. *R. v. Grigoreshenko and Stupka* (1945), 3 W. W. R. 734 (Cour d'appel de la Saskatchewan); *R. v. Mishko et al* (1946), 1 C.R. 7 (Cour suprême de l'Ontario); *R. v. Churchman and Durham* (1955), 20 C.R. 137 (Cour suprême de l'Ontario); *R. v. Prince, Hewitt and Craib* (1970), 10 C.R.N.S. 260 (Cour du Banc de la Reine du Manitoba).
11. [1970] R.C.S. 409.
12. Ibid., à la p. 412.
13. *R. v. Prince, Hewitt and Craib*, précité, note 10.
14. *Patterson v. R.*, précité, note 11.
15. *R. v. Grigoreshenko and Stupka*, précité, note 10.
16. *R. v. Mishko et al.*, précité, note 10.
17. (1972), 3 W.W.R. 475 (Manitoba).
18. *R. v. Harbison et al* (1972), 6 W.W.R. 501 (Colombie-Britannique).
19. Voir discussion plus approfondie de cette assertion, ci-dessous, 3<sup>e</sup> Partie, aux pp. 74-76.
20. Glanville Williams, précité note 5 à la p. 85; cette question fut posée aux avocats de la défense à la 4<sup>e</sup> Partie du questionnaire que nous leur avons fait parvenir, (question n° 9 p. 12); les résultats seront publiés sous peu.
21. Voir commentaire détaillé de ce problème, ci-dessous 3<sup>e</sup> Partie.
22. Cette interprétation fut avancée, entre autres, par Martin, précité, note 1, à la p. 7.
23. [1964] 2 C.C.C. 52.

24. Voir historique et interprétation de cet article par Hooper, A., "Discovery in Criminal Cases" (1972), 50 R. du B. Can., 445, aux pp. 479-80.
25. Cette interprétation fut implicitement suivie par la Cour d'Appel du Québec dans la cause de *R. v. Meloche*, C.A. n° 10-000005-72, septembre 1972 (non rapportée): au cours de l'enquête préliminaire, au sein d'une preuve de voir-dire, l'accusé ne peut exiger qu'on lui remette une copie de sa propre confession.
26. *R. v. McClain* (1915), 7 W.W.R. 1134.
27. *R. v. Gibbons*, (1946), 86 C.C.C. 20; *R. v. Sing* (1932) 64 C.C.C. 328; *Adel Muhammed El Dabbah v. Attorney-General of Palestine*, [1944] 2 All E. R. 139.
28. [1936] 3 All E.R. 36, à la p. 48.
29. Précité, note 27.
30. Ibid., à la p. 144.
31. [1952], 1 R.C.S. 232.
32. Précité, note 27, aux pp. 27-9.
33. Ibid., à la page 28.
34. «Problems in Ethics and Advocacy», Panel Discussion, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada (1969), 279 aux pp. 320-22 (Commentaire du Juge Hartt).
35. *R. v. Gallant* (N° I) (1943), 83 C.C.C. 48.
36. *R. v. Bohozuk* (1947), 87 C.C.C. 125.
37. *R. v. Cunningham* (1952-53), 15 C.R. 167; aussi *Richard v. R.* (1957), 126 C.C.C. 255.
38. *Childs v. R.* (1959), 20 C.R. 75.
39. Précités, notes 26, 37, et 38.
40. Précité, note 36.
41. Ibid., à la p. 126.
42. L'article 532 du *Code criminel* stipule que l'accusé a droit de recevoir copie de certains documents «après le prononcé de la mise en accusation et au moins dix jours avant son interpellation». Le mot «interpellation», bien que traduit en anglais par «arraignment» ne signifie manifestement pas comparution; il semble donc qu'il faille entendre par là «au moins dix jours avant que l'accusé ne soit appelé à enregistrer un plaidoyer».
43. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883).
44. Ibid., tome I, aux pp. 225-6.
45. *R. v. Burke* (1867), 10 Cox C.C. 519, *R. v. Frost* (1839), 4 St. tr. (n.s.) 85.
46. Voir Martin, *Criminal Code* (1955), à la page 824; voir aussi Lagarde, *Droit Pénal Canadien*, à la p. 794:  
«La présente disposition provient de l'article 10 du chapitre 11 des Statuts du Canada de 1950 qui ajoutait les paragraphes 3 et 4 à l'article 695 de l'ancien code. (ch. 36 S.R.C. 1927). Tel qu'indiqué dans la note explicative du projet de loi, l'article 10 a pour but de permettre à un magistrat d'autoriser, entre la citation à procès de l'accusé et le procès, la remise d'une pièce (exhibit) aux fins d'examen ou d'expertise».
47. *Patterson v. R.*, précité, note 11.
48. Voir historique et interprétation de cet article par Hooper, précité note 24, à la p. 482.
49. *R. v. McNeil* (1960), 33 C.R. 346.
50. *R. v. Tousignant et al* (1962), 38 C.R. 319.
51. *Re Ault; Ault v. Read* (1956), 115 C.C.C. 132 à la p. 133, voir aussi, au même effet: *R. v. Stevens* (1904), 8 C.C.C. 387.
52. Voir, «Notice Requirements Under the Criminal Code and Canada Evidence Act» (1970-71), 13 Crim. L.Q. 157.
53. Devlin, précité, note 6, à la p. 52.

54. Voir, par exemple, les articles suivants du *Code criminel*: 238(s): conduite pendant interdiction; 234 et 236: facultés affaiblies et «08»; 594: preuve des condamnations antérieures; ainsi que les articles 28 et 29 de la *Loi de la preuve* relatifs à la production de documents. Voir aussi *R. v. Blau* (1970), 10 C.R.N.S. 65.
55. Articles 688 et 689 du *Code criminel*.
56. Voir, par exemple, *R. v. Enders* (1962), 132 C.C.C. 383.
57. *R. v. Finland* (1959), 125 C.C.C. 186; *R. v. Weigelt* (1960), 128 C.C.C. 217.
58. Voir, par exemple, un obiter dictum du juge en chef de la Cour suprême dans *Duke v. R.*, (1972) R.C.S. 917, à la p. 924.
59. Voir supra aux pp. 22-3.
60. *Seneviratne v. R.* précité note 28, à la p. 49.
61. *R. v. Oliva*, [1965] 3 All E.R. 116; *Dallison v. Caffery*, [1964] 2 All E.R. 610; voir aussi Devlin, précité, note 6, aux pp. 93-97.
62. *Adel Muhammed El Dabbah v. A.G. for Palestine*, précité note 27 à la p. 144.
63. Précité note 31; voir aussi *R. v. Castellni* [1969], 1 C.C.C. 327.
64. Ibid., à la p. 241.
65. [1967] 3 C.C.C. 345.
66. Voir aussi *R. v. Guérin* (1931), 23 Cr. App. R. 39.
67. (1946), 31 Cr. App. R. 146.
68. Précité, note 61.
69. *R. v. Bohozuk*, précité, note 36.
70. [1936] 2 All E.R. 813.
71. *R. v. Clarke* (1930), 22 Cr. App. R. 58.
72. *R. v. Hall* (1958), 43 Cr. App. R. 29; *R. v. Xinaris* cité dans *R. v. Hall*, (1959), 43 Cr. App. R. 30; *R. v. Fenn* (1959), 23 J.C.L. 253.
73. *R. v. Weigelt*, précité note 57; *R. v. Lantos*, précité note 22; *R. v. Lalonde* (1971), 15 C.R.N.S. I.
74. *R. v. Finland*, précité note 57; *R. v. Silvester and Trapp* (1959), 125 C.C.C. 190; *R. v. Torrens* (1962), 39 C.R. 35.
75. *R. v. Landry*, (1970), R.L.N.S. 190; *Patterson v. R.*, précité note 11; *R. v. Lalonde*, précité note 73.
76. *R. v. Sommers* (1957), rapporté à (1959-60), 2 Crim. L.Q. 452.
77. Précité, note 69.
78. On s'étonne de trouver, en 1961, une décision de la Cour suprême de l'Alberta qui ignore toute cette jurisprudence alors très récente: *Re R. v. Imbery* (1961), 35 W.W.R. 192.  
 Cette cause est rapportée comme suit:  
 «Lors de l'enquête préliminaire d'une accusation de viol, le magistrat a décliné, pour des raisons de juridiction, d'exercer sa discrétion quant à la communication à l'avocat de l'accusé d'une copie de la déclaration de la victime à la police. Jugé, sur requête pour émission d'un bref de *mandamus*, le dit magistrat doit exercer sa discrétion tel qu'il est requis de le faire. Pas de motifs écrits.» Cette décision confirme donc le pouvoir discrétionnaire du magistrat siégeant à l'enquête.
79. *R. v. Lewis* [1969] 3 C.C.C. 235; au contraire *R. v. Lépine* (1962), 38 C.R. 145.
80. *R. v. Kerenko, Cohen and Stewart* [1965] 3 C.C.C. 52; *R. v. Bonnycastle*, [1969] 3 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 288.
81. Comparer, par exemple, *R. v. Lewis*, précité, note 79, et *R. v. Kerenko et al*, précité note 80.
82. Voir, par exemple, *R. v. Clarke*, précité, note 71:  
 «Un défendeur a le droit d'examiner la description qu'un officier de police a faite de lui à un supérieur, en vue du contre-interrogatoire de cet officier sur les prétendues différences entre le contenu de ce document et son témoignage sous serment».



83. Voir Martin, *Criminal Code* (1955), aux pp. 318-19.
84. (1962), 37 C.R. 400.
85. Martin, *Criminal Code* (1955), aux pp. 729-30.
86. Sedgwick, J., «Further Comments on the Criminal Code» (1961), 4 Can. Bar J. 442, à la p. 446.
87. [1956] O.R. 60.
88. *Ibid.*
89. *Re Tait* (1950), 98 C.C.C. 241.
90. Voir *Batary v. Attorney-General of Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *R. v. Québec Municipal Commission et al, Ex parte Longpré*, [1970] 11 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 491.
91. Devlin, précité, note 6, à la p. 52.
92. [1972] R.C.S. 889.
93. (1936), 67 C.C.C. 28 (C.S.C.).
94. *Ibid.*, à la p. 29.
95. *Ibid.*, à la p. 30.
96. Lagarde, précité note 46, aux pp. 1523-1524.
97. Ch. 80, S. 11.
98. *Infra*, 4<sup>e</sup> partie.
99. Voir *R. v. Haines* (1960), 127 C.C.C. 125.
100. Précité, note 58.
101. *Ibid.*, à la p. 923.
102. *Ibid.*, à la p. 924.
103. *Ibid.*
104. [1973] 11 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 249 à la page 252; le 7 mai 1973 la Cour suprême accordait permission d'en appeler de cette question, en plus de la question de droit sur laquelle un juge de la Cour d'appel avait enregistré sa dissidence.
105. *Ibid.*, à la p. 252.

## 2<sup>e</sup> PARTIE

# THÉORIE DE LA COMMUNICATION DE LA PREUVE AVANT LE PROCÈS

Après avoir examiné le droit canadien relatif à la communication de la preuve avant le procès dans les causes criminelles, il peut maintenant être utile de réfléchir sur les objectifs du processus pénal et sur la relation entre ces objectifs et la communication de la preuve. De plus, nos procès canadiens revêtant une forme particulière, de type accusatoire, il faudrait examiner le rapport entre la communication de la preuve et ce mode de procès. Enfin, sur ce fond, on pourra considérer certains des arguments concernant la communication de la preuve dans les causes criminelles.

## LES OBJECTIFS DU PROCESSUS PÉNAL ET LA COMMUNICATION DE LA PREUVE

On peut dire sans peur de se tromper que tous les systèmes de procédure criminelle ont le même but: distinguer le coupable de l'innocent. D'une manière plus précise et d'après notre propre système, ce but est de condamner ceux qui ont commis des actes criminels en pleine jouissance de leur responsabilité légale et d'acquitter ceux qui n'en ont pas commis. Cette intention première du processus pénal peut se décrire comme la recherche de la vérité, mais non pas de la vérité dans un sens général. Il s'agit plutôt de vérité dans le sens de la véracité des allégations de la poursuite.

Toutefois la recherche de la vérité dans ce sens n'est pas un procédé sans entraves. Tous les systèmes de procédure s'assortissent de restrictions à la condamnation, destinées à réduire le risque de condamner des innocents.<sup>1</sup> Dans notre propre système, l'exemple le plus évident est le fardeau imposé à la poursuite de prouver sa cause contre un accusé au-delà du doute raisonnable.<sup>2</sup> De plus, un accusé est toujours présumé innocent et il a le droit, à toutes les étapes de son procès, à très peu d'exceptions près, d'exiger que la poursuite prouve sa cause sans son assistance.<sup>3</sup> Cette situation a naturellement subi des empiétements. Certains, comme le caractère incriminant de l'arrestation et des procédures de détention avant le procès ont existé dès le début et, dans une certaine mesure, ne peuvent être évités.<sup>4</sup> D'autres, comme

les dispositions plaçant le fardeau de la preuve sur l'accusé<sup>5</sup>, et le test de l'ivressomètre imposé à un conducteur présumé en état d'ivresse<sup>6</sup>, sont d'origine plus récente. Mais en général, l'accusé a le droit de refuser de parler à la police, de refuser de témoigner au procès, et, tout en assumant ce rôle passif, d'invoquer comme premier moyen de défense la faiblesse de la cause de la poursuite. D'aucuns peuvent juger ces caractéristiques du rôle de l'accusé comme de simples obstacles gênants sur le chemin de la poursuite, mais en fait elles servent un but beaucoup plus élevé en maintenant la portée du droit criminel et les méthodes de ceux qui sont chargés de son application à l'intérieur de limites raisonnables. Ce but n'a peut-être jamais été mieux exposé que par le vice-chancelier Knight Bruce, dans la vieille cause anglaise de *Pearse v. Pearse*<sup>7</sup>, quand il a déclaré: «La vérité, comme toutes les bonnes choses, peut être aimée déraisonnablement—peut être poursuivie trop avidement—peut coûter trop cher», Ainsi, bien que l'intention première du processus criminel soit la recherche de la vérité des allégations de la poursuite, il ne s'agit pas d'une vérité absolue. C'est plutôt une tentative raisonnable pour atteindre la vérité en respectant les valeurs symbolisées par les restrictions imposées à cette recherche.<sup>8</sup>

Le rapport entre ce but du processus pénal et la communication de la preuve est étroit. Le professeur Hooper le décrit ainsi: «En accordant l'intégrale communication de la preuve à la défense, on augmentera la possibilité de verdicts plus 'vrais'». <sup>9</sup> Il explique que certaines preuves, telle une preuve d'identification par des témoins oculaires, sont si souvent sujettes à caution, qu'il importe de permettre à la défense de les vérifier.<sup>10</sup> Si cette déclaration et cet exemple sont pertinents en ce qu'ils montrent comment, en pratique, la communication de la preuve peut permettre à la défense de participer à toute la vérification de la preuve et réduire ainsi le risque de condamner un innocent, ils ne décrivent cependant pas complètement cette relation. Fondamentalement, cette relation est la suivante: en théorie, le droit peut pourvoir à une justice de haute qualité, mais en pratique cette qualité ne peut s'exprimer sur une base solide que par le moyen de la communication de la preuve. Dans bien des cas, la poursuite est seule à connaître l'existence des faits qui pourraient servir à affaiblir la validité de sa cause ou à établir qu'on n'a pas respecté l'application régulière de la loi. De sorte que si ces faits ne sont pas révélés à la défense à quelque étape des procédures, ils ne seront tout simplement pas utilisés.<sup>11</sup> Pour mettre en évidence cette relation à l'égard des garanties contre les condamnations injustifiées, un commentateur du système américain conclue que: «Les restrictions en matière de communication de la preuve rendent plus difficile la tâche de l'accusé américain de réfuter la preuve de la poursuite, ce qui réduit indirectement le fardeau de preuve imposé à cette dernière». <sup>12</sup> Sur ce point, la similitude entre les systèmes canadien et américain de droit criminel est suffisante pour permettre de tirer la même conclusion au Canada. En résumé, il semble que sans communication de la preuve dans les causes criminelles, la réalisation de l'objectif du processus pénal est sérieusement entravée.

## LE MODÈLE ACCUSATOIRE DU PROCESSUS PÉNAL ET LA COMMUNICATION DE LA PREUVE

Dans tous les pays de common law, les systèmes de procès criminels sont généralement dits de type accusatoire. Il semble que, de par leur nature même, ces systèmes ne prévoient pas beaucoup de communication de la preuve. Dans un examen approfondi du rapport entre la communication de la preuve avant le procès et le système accusatoire, William A. Glaser fait ce commentaire:

«Le système accusatoire présume que la cour se concentrera entièrement sur le droit et les faits et que les parties ne discuteront que de matière à aider la cour à juger au mérite. Mais dans une situation de controverse, chaque partie est tentée d'impressionner le tribunal—et particulièrement un jury qui n'est pas très au courant du droit et de la cause—à coups d'éloquence et de renseignements non pertinents. Chaque partie est particulièrement désireuse de produire des témoins, preuves, questions ou motions pouvant surprendre et confondre l'autre. Dans un procès plaidé sommairement l'effet peut être spectaculaire et décisif».<sup>13</sup>

La surprise et la confusion des questions que le manque de communication de la preuve peut entraîner sont de sérieux problèmes.<sup>14</sup> Mais plus sérieux encore est le sujet soulevé plus tôt sur la qualité de la justice obtenue. L'important, à ce niveau, n'est pas l'examen des inconvénients que le manque de communication de la preuve peut entraîner, mais la détermination du rapport exact entre le système accusatoire et la communication de la preuve. Plus particulièrement, il s'agit de déterminer si l'absence générale de communication de la preuve dans les causes criminelles et les effets concomitants de surprise et de confusion des questions ne sont que des tentations naturelles provenant des situations de controverse ou s'ils sont liés intrinsèquement au fonctionnement du système accusatoire.

Pour répondre à cette question, il sera utile d'analyser la signification précise du terme «accusatoire» ou «non-accusatoire», afin de déterminer les traits qui sont essentiels au système accusatoire et ceux qui ne le sont pas. Sur ce fondement, on comprendra mieux le rapport véritable entre la communication de la preuve et le système accusatoire.

### 1. *Le système accusatoire*

Les expressions «accusatoire» (ou «contestation», ou «adversaire») et «non-accusatoire» (ou «inquisitoire») sont parfois utilisées dans divers sens, et si l'on ne perçoit pas toujours clairement les traits déterminants de chaque système, on peut déterminer une opposition qui illustre les caractéristiques essentielles de chaque système—et plus particulièrement, pour les fins de notre discussion, les caractéristiques essentielles du modèle accusatoire. Pour examiner d'abord le système accusatoire, «il est fondamentalement basé sur cette conception que le procès doit être conduit comme une dispute entre deux parties, placées en théorie sur un pied d'égalité, devant un tribunal qui

doit décider de l'issue de cette joute». <sup>15</sup> Il découle de cette conception de base que la structuration de la dispute, c'est-à-dire la détermination des points controversés et la présentation des renseignements qui s'y rapportent, dépend des parties. Les protagonistes soit, dans un procès criminel, le procureur de la Couronne et l'accusé, remplissent des fonctions précises, indépendantes et généralement antagonistes. En rédigeant l'accusation, ou en revisant une accusation portée par la police, la poursuite détermine les propositions qu'elle s'efforcera de prouver et monte la preuve à l'appui de ces propositions. De plus, le fardeau de présenter la preuve à la cour lui incombe si l'accusé conteste l'accusation, ainsi qu'un fardeau de persuasion quant à la véracité de ses allégations. De l'autre côté, l'accusé décide de sa position à l'égard de l'accusation, qu'il admet ou conteste, et, dans ce dernier cas, il décidera quels faits il contestera et quelles preuves, s'il en a, il apportera au soutien de sa défense. Au milieu de la dispute, le rôle du juge est de diriger les débats et d'agir en arbitre impartial. Il veille à ce que les parties observent les règles du jeu en présentant leur preuve et, à la fin, décide de l'issue.

Bien que cette description puisse par endroits paraître exagérée, les caractéristiques essentielles qui en ressortent sont le rôle relativement actif des parties dans la préparation et la présentation de la dispute et le rôle relativement passif et impartial de la cour. Par contraste:

«Les procédures non-accusatoires procèdent de l'idée centrale suivante: le procès, au lieu d'être considéré comme une dispute, est considéré comme une enquête officielle et approfondie, basée sur la probabilité initiale d'un crime. Le but est d'établir s'il est justifié d'imposer des sanctions criminelles. La formule d'enquête officielle est naturellement incompatible avec des plaidoiries et stipulations formelles; la recherche des faits, contrôlée par la cour, ne peut être limitée par consentement mutuel de participants. Il n'est pas besoin de «parties» dans le sens d'acteurs indépendants, et le procès peut, par exemple, se réduire à une simple affaire à deux. La recherche des faits est unilatérale et détachée. On peut en principe utiliser toutes les sources sûres de renseignements, et le défendeur peut être soumis à un interrogatoire. Cette méthode beaucoup plus simple entraîne évidemment moins de problèmes techniques. Le modèle non-accusatoire comporte donc moins de recours aux avocats».<sup>16</sup>

Cette fois encore, si certaines parties de la description peuvent paraître exagérées, il en ressort que la caractéristique essentielle du système non-accusatoire est de compter sur le rôle actif du juge et le rôle relativement inactif des parties.

## 2. *Le procès de type accusatoire et la communication de la preuve*

Ayant décrit les traits essentiels du système accusatoire et déterminé qu'il est centré sur la relative activité des parties et la relative passivité du juge, il devient clair qu'un certain nombre des aspects des procédures criminelles dans les pays de common law, tels le procès par jury, l'importance donnée aux témoignages oraux et, pour insister sur l'objet de notre étude, la

relative absence de communication de la preuve, ne sont pas indispensables à ce système. Ils ont pu se développer dans les procès de type accusatoire, par choix naturel, pour des raisons historiques et idéologiques<sup>17</sup>, mais il est clair qu'ils ne sont pas essentiels. En fait, pour en revenir à la question qui nous occupe, on peut soutenir tout le contraire, et percevoir la communication de la preuve comme essentielle au fonctionnement «rationnel» du modèle accusatoire. Comme nous l'avons déjà dit, l'objectif du processus pénal est d'atteindre une certaine qualité de vérité dans la détermination des allégations de la poursuite. Mais en raison de la structuration du système accusatoire, il peut être essentiel à la réalisation de cet objectif de permettre le dévoilement intégral de la cause de l'adversaire, quand il n'y a pas d'autre moyen de la connaître. Comme le faisait remarquer Traynor, ancien juge en chef de la Cour suprême de Californie :

«On dit en faveur du système accusatoire qu'il permet une approximation raisonnable de la vérité. Le raisonnement est le suivant: chaque partie s'efforçant de présenter sa cause et de contester celle de l'adversaire, une preuve pertinente et impartiale peut émerger de cet affrontement. Ce raisonnement n'est guère réaliste si la preuve n'est pas accessible d'avance aux adversaires, afin que chacun puisse se préparer en conséquence».<sup>18</sup>

Si Traynor a raison de soutenir que le système de controverse n'est valide que si les parties ont un égal accès à la preuve, la question suivante est de savoir si la communication de la preuve est la seule manière réaliste et logique de rendre la preuve accessible, particulièrement à l'accusé. Edmund Morgan fournit la meilleure réponse à cette question :

«Pour qu'il (le système accusatoire) fonctionne parfaitement, les deux parties doivent avoir les mêmes possibilités et les mêmes moyens d'enquête, y compris les ressources pour les financer, les mêmes facilités pour produire tous les documents que l'on peut trouver, la même bonne ou mauvaise fortune en ce qui concerne la disponibilité de témoins et la préservation de la preuve, et la même habileté de persuasion dans la présentation des témoignages et des arguments. Cette égalité approximative est rare, et il n'existe pas de moyen pratique de l'assurer. Mais il n'est pas douteux que le système doit permettre à chacune des parties de connaître à l'avance le champ exact de la dispute et d'avoir accès à toutes les données disponibles, afin qu'elle sache au juste sur quels points son adversaire et elle-même sont en désaccord, qu'elle puisse étudier et déterminer la pertinence et la valeur de tous les documents favorables et défavorables à ses assertions, et qu'elle puisse peser la crédibilité des personnes disposées ou appelées à témoigner. A moins qu'elle ne sache quelle preuve sera avancée pour ou contre elle, une partie ne peut pas se préparer à soulever ou à répondre aux objections . . . ».<sup>19</sup>

En appliquant la thèse de Morgan au système accusatoire dans les causes criminelles, et puisqu'il est impossible de fournir les mêmes facilités d'enquête

à la poursuite et à la défense, le seul moyen raisonnable d'établir l'égalité d'accès à la preuve est par truchement du système lui-même<sup>20</sup>, c'est-à-dire par une procédure de communication de la preuve. En le comparant aux systèmes de procédure civile, on s'aperçoit que, de fait, c'est exactement la méthode suivie. Communication de documents, interrogatoire sur faits et articles, examens au préalable, examens médicaux et production avant le procès de documents entre les mains de tierces parties<sup>21</sup>, sont autant de procédures propres au «système» qui, de droit, établissent la communication de la preuve et permettent le fonctionnement raisonnable du système accusatoire.

Avant d'en terminer avec cette question des rapports entre le système accusatoire et la communication de la preuve, on pourrait encore soutenir que la communication de la preuve n'est pas nécessaire en matière criminelle en autant que toute la preuve favorable à l'accusé est mise à la disposition de la cour. Mais il est clair que si la communication de la preuve devait s'opérer de cette façon, elle renierait le fondement même du système accusatoire, où l'on approche le plus de la vérité en permettant à chaque partie de «s'efforcer de présenter sa cause et contester celle de l'adversaire...». On peut naturellement s'éloigner quelque peu de cette formule, et, de fait, on s'attend à ce que les procureurs de la Couronne présentent les preuves qui soient de nature à disculper l'accusé. Mais placer cette obligation morale à la base de toute la structure du système—en refusant la communication de la preuve à l'accusé—c'est essentiellement, nier la validité du système accusatoire. De plus, l'examen des procédures civiles nous rappelle que la communication de la preuve n'est pas limitée à la preuve admissible.<sup>22</sup> Ainsi, limiter la divulgation aux éléments de preuve favorables à l'accusé et admissibles au procès, éléments de preuve qu'on s'attend à voir la Couronne introduire au procès, ne serait nullement répondre au besoin de communication.<sup>23</sup>

### 3. *Les plaidoyers de culpabilité et la communication de la preuve*

Avant de clore cette discussion sur le système accusatoire et la communication de la preuve, il convient de traiter des plaidoyers de culpabilité, car dans un processus pénal de type accusatoire, on ne dispose pas de toutes les causes par procès et jugement.<sup>24</sup> La plupart des accusations criminelles sont au contraire réglées par des plaidoyers de culpabilité. Les études faites au Canada indiquent que dans environ 70% des causes criminelles l'accusé plaide coupable.<sup>25</sup> Mais tout à fait en dehors de l'évolution de cette procédure comme une extension naturelle du système accusatoire qui repose sur les parties pour établir les points en litige—et donc pour déterminer s'il y a dispute—un certain nombre de raisons militent en faveur de l'usage des plaidoyers de culpabilité. La première raison généralement invoquée est le coût prohibitif d'un système qui imposerait la tenue d'un procès dans chaque cause<sup>26</sup>; il faudrait augmenter considérablement le nombre des juges, des procureurs de la Couronne et des tribunaux.<sup>27</sup> On affirme d'autre part que le

volume même des causes réduirait l'intérêt porté aux causes les plus importantes et, «éventuellement, la valeur du procès criminel, aux yeux du public, comme 'théâtre contemporain de la moralité' et comme 'démonstration de certaines valeurs dans la société'.<sup>28</sup> Une troisième raison, peut-être plus acceptable en principe que les précédentes, est que le sens commun requiert qu'on demande à un accusé s'il admet ou non sa culpabilité; il semble très sensé de procéder de la sorte.

Bien que cette analyse des raisons justifiant le système de plaider de culpabilité soit beaucoup trop brève et que le sujet puisse faire l'objet d'une étude séparée, il semble raisonnable, étant donné l'importance qu'il a prise, de présumer que le plaider de culpabilité subsistera. Mais en dépit des raisons qui militent en sa faveur, le système actuel de plaider de culpabilité est l'objet de nombreuses critiques. Le principal objectif du processus pénal étant la condamnation de ceux qui ont commis des actes criminels en pleine jouissance de leur responsabilité légale et l'acquittement de ceux qui n'en ont pas commis, cette intention reste la même, que la condamnation résulte d'un procès ou d'un plaider de culpabilité. Et si dans la version «procès» du système, il est nécessaire de permettre la communication de la preuve à un accusé, afin d'en arriver à une «approximation raisonnable de la vérité» et au maintien de certaines valeurs, il semble tout aussi raisonnable de permettre la communication de la preuve à l'accusé avant qu'il n'enregistre un plaider, car tout plaider de culpabilité entraîne de sa part plus que la reconnaissance de sa responsabilité en droit. Un plaider de culpabilité est une admission de culpabilité à l'égard des accusations portées par la poursuite, et en ce sens, c'est une reconnaissance de la capacité qu'a la Couronne d'établir la culpabilité en fait et en droit.<sup>29</sup> Cette reconnaissance porte sur tous les éléments de l'accusation aussi bien que sur l'inapplicabilité de quelque moyen de défense que ce soit, et sur la possibilité pour la Couronne de faire une preuve au delà de tout doute raisonnable.<sup>30</sup>

Le plaider de culpabilité étant ainsi défini, le processus pénal se doit d'assurer que l'accusé soit pleinement averti des implications de son plaider, ainsi que de la documentation ou des renseignements dont la poursuite dispose. Pour atteindre ce but, la cour pourrait, avant d'accepter un plaider de culpabilité, soumettre le prévenu à un interrogatoire poussé. Mais il serait préférable et plus simple de s'assurer, comme nous cherchons de plus en plus à le faire, que tous les accusés disposent d'un conseiller juridique et bénéficient d'un système de communication de la preuve de la Couronne avant d'être appelés à plaider.<sup>31</sup> Et cela ne risquerait pas de compromettre le caractère impartial du rôle de la cour.

En conclusion, il semble clair, non seulement que l'absence de communication de la preuve n'est pas inhérent au système accusatoire, mais plutôt que la communication est en fait essentielle au fonctionnement rationnel du système, et ce, tant avant le procès qu'avant le plaider. Il est possible qu'avec un système très compréhensif de communication de la preuve, la



conservation des caractéristiques essentielles du système accusatoire dans le processus pénal, à savoir le rôle relativement actif des parties et le rôle relativement passif de la cour, soit justifiée.<sup>32</sup>

#### LES ARGUMENTS CONCERNANT LA COMMUNICATION DE LA PREUVE EN PROCÉDURE PÉNALE

Nous avons soutenu dans la partie A qu'en théorie du moins, la philosophie de la communication de la preuve—divulgarion avant le procès, tendant à réduire la surprise et contribuant à obtenir des résultats raisonnablement plus vrais tout en maintenant certaines valeurs—est compatible avec les objectifs du processus pénal.<sup>33</sup> Nous avons également exprimé l'opinion que la philosophie de la communication de la preuve est aussi conciliable avec le principe accusatoire—et même nécessaire à son application rationnelle—dans les procès criminels que dans les litiges civils.<sup>34</sup> Enfin, nous avons expliqué qu'une certaine mesure de communication de la preuve à l'accusé avant le plaidoyer était nécessaire pour justifier le processus du choix du plaidoyer et la véritable signification d'un plaidoyer de culpabilité.<sup>35</sup> Cependant, même en acceptant cette analyse, il existe contre la communication de la preuve, particulièrement à l'accusé, dans les causes criminelles, un certain nombre d'arguments qu'il faut examiner pour voir de quel poids ils peuvent peser contre la valeur essentielle de la communication. On a soutenu, par exemple, que la communication de la preuve dans le processus pénal romprait l'équilibre des avantages entre la Couronne et l'accusé. On a dit aussi que la communication serait « injuste » parce qu'elle ne peut être réciproque, de la part de l'accusé, en raison du droit qu'il a de refuser de répondre si sa réponse risque de l'incriminer. On dit encore que la communication à l'accusé serait inacceptable parce qu'elle favoriserait le parjure et l'intimidation des témoins. Enfin, on a soumis un certain nombre d'arguments d'après lesquels la communication de la preuve réduirait l'efficacité du processus pénal. Ces principaux arguments contre la communication de la preuve dans la procédure criminelle méritent un sérieux examen de façon à déterminer s'ils sont valables ou si « la communication dans les procès criminels a été choisie comme bouc émissaire de tous les maux dont souffre la justice . . . ».<sup>36</sup>

1. *La poursuite et l'accusé: la communication de la preuve entraîne-t-elle un déséquilibre des avantages?*

Dans *La Reine v. Lalonde*<sup>37</sup>, M. le juge Haines, de la Cour suprême de l'Ontario, déclarait que:

« Le droit de l'accusé à la communication de la preuve avant le procès n'est pas une valeur absolue existant dans le vide. Il doit être équilibré par la nécessité de maintenir des procédés effectifs d'enquête policière. la processus pénal est un équilibre d'intérêts ».<sup>38</sup>

Le principal «intérêt» que M. le juge Haines voulait sauvegarder dans ce cas était celui de l'administration de la justice criminelle, qu'il voulait protéger contre la subornation et l'intimidation<sup>39</sup> des témoins—question que nous examinerons plus tard plus à fond. Il semble toutefois que le savant juge invoquait également cet argument, déjà avancé aux États-Unis, qu'en procurant la communication de la preuve à l'accusé comme un droit, on romprait l'équilibre des avantages entre la poursuite et l'accusé, et la balance pencherait trop en faveur de l'accusé. Après examen de quelques causes canadiennes et anglaises où s'est posée la question de la communication de la preuve à l'accusé<sup>40</sup>, le juge Haines cite le juge Learned Hand de la Cour d'appel de district (2<sup>e</sup> cir.), dont le nom a conféré à cet argument sa plus grande force. Dans *États-Unis v. Garsson*<sup>41</sup>, le juge Hand justifie ainsi une approche «moderne» de la question:

«Dans notre procédure criminelle, l'accusé a tous les avantages. Tandis que la poursuite doit s'en tenir rigoureusement à l'accusation telle que portée, l'accusé n'est pas obligé de dévoiler le moindre aspect de sa défense. Il est exempté de questions ou de commentaires sur son silence: il ne peut être condamné s'il existe le moindre doute raisonnable dans l'esprit de l'un des douze. Pourquoi, de plus, devrait-on lui dévoiler d'avance toute la preuve contre lui, qu'il pourrait étudier à loisir pour préparer une défense, honnête ou déloyale? Je n'ai jamais pu comprendre . . .

Le danger ne réside pas dans une insuffisance de tendresse envers l'accusé. C'est chimérique! Ce qu'il faut craindre, c'est le formalisme archaïque et le sentimentalisme larmoyant qui obstruent, retardent et empêchent la poursuite du crime».<sup>42</sup>

Mais à l'examen, cet argument n'est pas valable. Il serait oublié depuis longtemps s'il n'était associé au nom d'un juriste aussi réputé. La fausseté de cet argument apparaît à la fois en pratique et en théorie. D'abord, la validité de l'argument dépend «de cette présomption que l'accusé possède 'tous les avantages' dans un procès criminel»<sup>43</sup>, et cette présomption, au moins en fonction du besoin de «communication de la preuve», est simplement inexacte. Ensuite, tout l'échafaudage de cet argument sur l'équilibre des avantages est une fausse interprétation des objectifs du processus pénal.

Pour prendre le premier point, au stade d'avant le procès, et particulièrement en ce qui concerne le besoin de communication de la preuve, il existe, dans la grande majorité des cas, une grande différence entre la poursuite et la défense dans l'aptitude à conduire une enquête. La poursuite, aidée par la police, dispose de ressources physiques et humaines considérables. La police peut utiliser des laboratoires scientifiques, des experts et des détectives. Elle possède l'avantage de pouvoir arriver très tôt sur la scène d'un crime, ce qui lui donne accès à une preuve toute fraîche. La police a en outre le pouvoir d'interroger, perquisitionner, saisir et recueillir les déclarations de témoins dont les souvenirs sont récents et par suite vraisemblablement plus précis; la défense ne dispose généralement pas de tels pouvoirs. De son côté, l'accusé,

même s'il connaît bien les circonstances de l'affaire, n'a guère ou n'a pas d'accès aux installations scientifiques pour l'analyse de la preuve qui peut être en sa possession, et il ne possède ni les moyens légaux, ni même l'autorité apparente qui lui permettraient de persuader des témoins réticents à lui parler. Enfin, même si l'accusé possède les mêmes pouvoirs de perquisition que la police il manque habituellement de ressources financières pour entreprendre des enquêtes sur une échelle policière, même lorsque l'on met à sa disposition les instruments de procédure nécessaires. On peut pousser la comparaison encore plus loin, pour montrer que la poursuite dispose d'une foule de pouvoirs, officiels et non officiels, qui dépassent largement les pouvoirs accordés à l'accusé, lesquels se bornent au droit de garder le silence et d'exiger que la poursuite prouve sa cause au-delà de tout doute raisonnable. La liste la plus complète de ces pouvoirs se trouve dans l'article du professeur Hooper sur «La communication de la preuve dans les causes criminelles».<sup>44</sup> Nous la reproduisons ci-dessous, mais sans notes ni références:

«S'il est vrai qu'on ne peut contraindre un individu à participer à un défilé de suspects et à se soumettre aux analyses de sang ou à d'autres examens, il les accepte généralement; dans tous les cas, les résultats des analyses faites contre sa volonté sont malgré tout admissibles. Ses réponses peuvent être inadmissibles dans un procès ultérieur, mais on peut néanmoins contraindre un accusé à témoigner devant un tribunal administratif. Exceptionnellement, devant la cour du coroner, on ne peut obliger un individu formellement accusé d'homicide à témoigner, mais on peut l'y obliger s'il est sur le point d'en être accusé. Si une personne est obligée par la loi à faire une déclaration à la police ou à un autre corps administratif, cette déclaration peut être recevable dans tout procès ultérieure. Une personne accusée d'une infraction peut être obligée de témoigner au procès séparé de son complice ou co-conspirateur, et un administrateur peut être obligé de témoigner au procès de sa compagnie. Des pressions moins directes peuvent aussi forcer un accusé à dévoiler sa cause avant le procès. S'il n'invoque pas un alibi avant le procès, cette abstention pourra faire l'objet de commentaires de la part du juge. Quand un accusé attend le procès pour donner une explication de sa conduite, le jury a le droit d'en tenir compte pour peser cette explication. On peut «contraindre» un accusé à faire des révélations au procès en invoquant des présomptions et des clauses qui renversent le fardeau de la preuve, en invoquant la règle de l'inadmissibilité des déclarations exculpatoires (autrement qu'à l'initiative de la Couronne) à moins que l'accusé ne témoigne, en minimisant le rôle du juge au stade de la requête pour verdict dirigé en donnant à la Couronne une liberté considérable quand elle veut réouvrir preuve; en permettant l'appréciation du silence de l'accusé au procès et en tenant compte de ce silence en appel. On peut obtenir avant le procès la révélation des témoignages probables des témoins dont la poursuite connaît les noms, au moyen d'interrogatoires de police et, théoriquement au moins, à l'enquête préliminaire ou pendant les procédures devant le grand jury».<sup>45</sup>

A la lumière de cette analyse comparative, «on ne peut guère soutenir que l'accusé ait tous les avantages.<sup>46</sup> Aux États-Unis, Goldstein a déjà donné dans son article, «L'État et l'accusé: Équilibre des avantages dans la procédure criminelle», une réponse qui est une sévère critique de l'opinion «moderne» du juge Learned Hand. Goldstein écrit:

«Si la thèse du juge Hand représentait une évaluation correcte du système formel de procédure criminelle, il serait difficile de contester sa conclusion, sauf au nom de grands principes philosophiques. Mais le fait est que son opinion ne représente pas exactement la procédure. En doctrine comme en pratique, la procédure criminelle, telle qu'elle existe actuellement, ne donne pas 'tous les avantages' à l'accusé, mais donne au contraire un avantage écrasant à la poursuite. L'effet réel de l'approche 'moderne' a été d'aggraver cette situation en relâchant les normes des allégations et de la preuve sans introduire, en compensation, des sauvegardes à un stade antérieur du processus. Sous-jacent à ce développement, on distingue, non articulé mais clairement effectif, un rejet de la présomption d'innocence en faveur d'une présomption de culpabilité».<sup>47</sup>

Mais c'est au deuxième niveau, en fonction des objectifs du processus pénal, que l'argument de l'équilibre des avantages mérite la plus sévère critique, car, en fait, il n'y a pas et il n'y a jamais eu d'équilibre des avantages dans le processus criminel. La tentative qu'on a faite pour échafauder cet équilibre en soupesant les prétendus avantages de chaque partie dans le processus pénal, avec une conclusion déconseillant la communication de la preuve à l'accusé, induit en erreur. Les pouvoirs dont disposent la police et la Couronne dans la conduite d'une enquête et d'une poursuite judiciaire et les droits dont jouit l'accusé, n'ont pas été conçus dans un souci de symétrie. Ils découlent plutôt des rôles tout différents de ces parties. C'est la poursuite, représentant l'État, qui est chargée de poursuivre le crime, et, pour éviter le risque de condamner des innocents, elle doit présenter une preuve de culpabilité au-delà de tout doute raisonnable. Le rôle de l'accusé est tout opposé; il peut présenter ses moyens de défense s'il en décide ainsi, mais il est, tout au cours des procédures, présumé innocent comme précaution contre une condamnation injustifiée, ce qui lui permet toujours de jouer un rôle passif et d'invoquer, comme principale défense, la faiblesse de l'accusation. En comparant ces deux rôles opposés, il ne sert à rien d'envisager un inaccessible équilibre des avantages; les rôles sont si contraires qu'ils doivent toujours être en état de «déséquilibre». En résumé, l'objectif du processus pénal n'est pas «d'assurer l'égalité des avantages»<sup>48</sup>, mais de condamner les coupables et d'acquitter les innocents dans un système qui protège contre le risque de condamner un innocent, et s'efforce d'approcher raisonnablement de la vérité. Et, s'il est plus facile d'atteindre cet objectif par un mode de procédure comportant la communication de la preuve à l'accusé, sans augmenter de façon appréciable le risque d'acquitter des coupables, question que nous examinerons plus loin<sup>49</sup>, il semble qu'il faudrait adopter ce système.

C'est au moins dans ce sens, et non pas à la recherche d'un illusoire équilibre des avantages, qu'il faut considérer la question de la communication de la preuve.

2. *Communication de la preuve et réciprocité: la communication de la preuve doit-elle être refusée au prévenu parce qu'elle ne peut être réciproque, en raison du principe qu'on ne peut obliger un accusé à s'incriminer lui-même?*

Dans une certaine mesure, cet argument semble n'être qu'une reformulation de l'équilibre des avantages. Il vise lui aussi le maintien de conditions idéales pour une constatation idéale, et oublie le but de la contestation. Il présume en outre que le principe qu'on ne peut obliger un accusé à s'incriminer lui-même empêche de mettre sur pied quelque procédure en vue de la communication de la preuve de l'accusé à la poursuite. Mais dans le système actuel, il est bien clair que ce principe n'empêche pas l'interrogatoire d'un accusé avant le procès.<sup>50</sup> De plus, on ne voit pas clairement dans quelle mesure le droit de refuser de répondre pour ne pas s'incriminer soi-même constituerait un obstacle à la communication de la nature générale de la défense.<sup>51</sup> Mais la principale critique que l'on doit opposer à cet argument est le rejet de l'objectif du processus pénal. S'il est désirable de procurer la communication de la preuve à l'accusé pour mieux atteindre cet objectif du processus pénal, c'est un sophisme que de prétendre que cette communication doit lui être refusée en raison de quelque difficulté à trouver un moyen de la rendre mutuelle ou réciproque. La question à savoir s'il serait ou non désirable de procurer à la poursuite plus de communication de la part de l'accusé relève d'un autre domaine, soulevant des problèmes très différents et que nous examinerons dans la 5<sup>e</sup> partie de cette étude.<sup>52</sup>

Le concept de réciprocité doit aussi être examiné sous un angle différent, et plus pratique. L'argument de réciprocité repose sur cette présomption tacite que le droit pour un accusé de refuser de s'incriminer gêne sérieusement la poursuite dans l'enquête sur le crime et dans la préparation des accusations. Mais il faut examiner cette présomption de plus près. Nous avons déjà vu, dans la première partie, qu'en pratique, on peut utiliser un certain nombre de procédures formelles pour fournir des renseignements ou «communiquer» des éléments de preuve à la Couronne.<sup>53</sup> Il existe en outre un certain nombre de facteurs qui, normalement, dans l'enquête et la poursuite du crime, empêchent le privilège de non-incrimination personnelle de constituer un obstacle à la préparation et au développement de la cause de la poursuite. Par exemple:

- (a) La crainte de la police et de l'autorité publique triomphe généralement, au moins chez les témoins neutres, de la réticence naturelle de la plupart des gens à se trouver impliqués dans des procédures judiciaires. On éprouve des difficultés que lorsque les témoins sont parents ou amis du

suspect; et même dans ce cas, l'autorité de la police peut suffire à persuader les témoins de répondre à l'interrogatoire.

(b) Dans la mesure où l'on obtient des données brutes et des preuves scientifiques indépendamment de l'accusé, le principe de la non-incrimination personnelle ne s'applique pas et la poursuite est beaucoup mieux placée que l'accusé pour avoir accès à cette preuve.

(c) Le principe de la non-incrimination personnelle n'empêche pas l'interrogatoire de l'accusé ou des témoins. Comme Louisell l'a observé:

«Bien qu'une personne, à toutes les étapes de l'enquête et du procès où elle est impliquée comme accusé, ait théoriquement le droit de ne pas faire de déclarations extra-judiciaires, et bien que tous aient toujours le droit de refuser de répondre à des questions tendant à les incriminer aux termes de la loi . . . la valeur de ces droits théoriques dépend largement de la mesure où les intéressés les connaissent et les exercent».<sup>54</sup>

(d) Pour citer de nouveau Louisell:

«Même lorsqu'une confession est tenue comme irrecevable, l'interrogatoire au cours duquel elle a été obtenue peut servir l'enquête en conduisant à d'autres preuves. On ne peut guère nier le fait que l'enquête par interrogatoire pèse lourdement dans la balance comme procédé effectif en faveur de l'État, sauf lorsque la personne interrogée est rompue aux réalités de la justice par des contacts fréquents avec la police, comme c'est typiquement le cas chez les repris de justice».<sup>55</sup>

(e) Le principe de la non-incrimination personnelle n'empêche pas l'admission au procès d'une preuve tangible découverte par suite de l'interrogatoire d'un accusé, ni la confession même ou les parties de la confession dont l'exactitude a été confirmée.<sup>56</sup>

En résumé, si l'on tient compte de tous ces facteurs, la conclusion de Goldstein sur les moyens de «communication de la preuve» existant en faveur de la poursuite, bien qu'elle soit faite dans le cadre de la pratique américaine, paraît applicable au Canada. Goldstein conclut ainsi:

« . . . Vraiment, clairement, la poursuite dispose d'un pouvoir étendu de communication de la preuve avant le procès, et l'on ne peut en aucun sens prétendre que l'accusé dispose d'un pouvoir égal, même en tenant compte de ce qu'il peut cacher à la poursuite et de «l'immunité» que lui procure le droit de ne pas s'incriminer. Bien qu'il soit toujours possible que la défense produise des témoins ou une théorie non révélés auparavant, l'occasion d'une surprise est rendue virtuellement illusoire par les vastes pouvoirs d'enquête de l'État et par l'exigence, imposée dans beaucoup d'états, d'une plaidoirie spéciale pour invoquer alibi ou aliénation mentale. En résumé, l'accusé ne participe pas d'une manière effective aux procédures antérieures au procès criminel. Il doit s'en remettre au seul procès pour obtenir justice. Cependant, le déséquilibre de la période antérieure au procès peut l'empêcher de tirer le meilleur parti de la date critique du procès, et le procès lui-même a été remodelé

de sorte qu'il est de plus en plus invraisemblable qu'il lui permette de compenser le déséquilibre réalisé avant le procès». <sup>67</sup>

3. *Parjure et intimidation des témoins: la communication de la preuve favorise-t-elle une déviation du processus pénal, au point qu'elle ne doive pas être permise?*

L'argument le plus souvent invoqué à l'encontre de la communication de la preuve à l'accusé est qu'en lui permettant de prendre connaissance de la cause de la poursuite, y compris les noms et les déclarations des témoins, on lui offre l'occasion de fabriquer une défense, de préparer de faux témoignages et d'intimider des témoins. On ajoute souvent que les témoins éventuels, sachant que leur nom et leurs déclarations seront communiqués à l'accusé, seront réticents à fournir des renseignements et à aider la police dans son enquête. Ainsi, soutient-on, la communication de la preuve à l'accusé tend à augmenter les occasions de falsification de la preuve et à diminuer la probabilité d'une découverte exacte des faits. Ce sont là, d'ailleurs, les arguments invoqués par le juge Haines dans *R. v. Lalonde*<sup>68</sup>, quand il refuse à l'accusé la production *au procès*<sup>69</sup> de déclarations de témoins et de notes prises par la police pendant leur interrogatoire.<sup>69</sup> Le savant juge déclare:

«Les tribunaux, en examinant dans quelle mesure on doit forcer la Couronne à communiquer sa preuve avant le procès, soit par des ordres formels ou par des commentaires lors du procès, doivent se rappeler que de nombreux crimes sont commis aux confins d'une sous-culture criminelle, de sorte que les seuls témoins ou les seules sources de renseignements possibles proviennent d'un milieu criminel, très vulnérables à la corruption et à l'intimidation quand les noms sont connus. Pour cette raison, les comparaisons entre les occasions de communication de la preuve dans le processus criminel et dans le processus civil ne servent pas à grand chose. En ordonnant la production des déclarations des témoins de la Couronne, il ne faut pas oublier que bien des gens refuseraient de parler à la police s'ils pensaient que leurs déclarations seraient communiquées avant le procès à l'avocat de la défense qui s'efforcera de les embarrasser à la barre des témoins, ou encore que des enquêteurs privés essaieront de leur arracher une rétractation». <sup>69</sup>

Ces déclarations sont analogues à celles du juge en chef Vanderbilt, aux États-Unis, dans la cause de *l'État v. Tune*<sup>62</sup>:

«Dans les procédures criminelles, une longue expérience a enseigné aux tribunaux que souvent la communication de la preuve ne conduira pas à la découverte honnête des faits, mais au contraire au parjure et à la suppression de preuve. Le criminel qui est au courant de toute la cause préparée contre lui se procurera souvent de faux témoignages pour édifier une défense mensongère.

Un autre effet de la communication totale de la preuve serait que l'accusé informé des noms de tous les témoins de la poursuite pourrait prendre des mesures visant à les suborner ou à les intimider pour les

amener à se parjurer ou à s'absenter de façon à ne pas être en mesure de témoigner. De plus, beaucoup de témoins, s'ils savent que l'accusé connaîtra leur nom avant le procès, répugneront à fournir des informations au cours de l'enquête sur le crime . . . Tous ces dangers sont plus évidents dans la procédure criminelle, où l'accusé a beaucoup plus à perdre, parfois jusqu'à sa vie, que dans la procédure civile».<sup>63</sup>

Cependant, lorsqu'on les examine de près, ces arguments reposent, comme le faisait remarquer récemment un tribunal de New York, sur «une tradition populaire jamais mise à l'épreuve».<sup>64</sup> Rien de positif ne les justifie. Tout au plus pourrait-on dire que la communication de la preuve risque d'augmenter les possibilités d'abus du parjure et de l'intimidation des témoins. Il semble de plus que ces arguments se fondent sur une présomption de culpabilité plutôt que d'innocence. Ils vont même plus loin en prêtant aux accusés et, par déduction, à l'avocat de la défense, une tendance générale à avoir recours à la subornation, au parjure et à d'autres procédés illicites pour obtenir un acquittement. Il va sans dire qu'en ce qui concerne les avocats de la défense et les accusés en général, il s'agit là d'une accusation inacceptable.

Dans la littérature juridique des États-Unis, c'est peut-être le juge Williams J. Brennan Jr. qui a fourni la réponse la plus vigoureuse à cet argument sur le parjure et l'intimidation, lorsqu'il émit l'opinion dissidente dans *l'État v. Tune*.<sup>65</sup> Plus tard, alors qu'il était juge à la Cour suprême des États-Unis, il écrivait:

«Comment peut-on être à ce point assuré que la communication de la preuve entachera la défense de parjure, alors qu'on a toujours si fermement empêché cette communication? Cette supposée expérience n'existe tout simplement pas . . . .

. . . Je dois avouer que je ne peux me convaincre que le vieux spectre du parjure, invariablement brandi chaque fois que l'on suggère des changements de procédure destinés à faciliter la découverte de la vérité, étaye l'argument contre la communication de la preuve. Il me semble que le caractère fallacieux de ce raisonnement a été suffisamment établi dans les nombreuses causes civiles où la communication a été très libéralement permise sans pour autant provoquer le parjure. Ces situations permettent au contraire de conclure qu'une communication libérale, loin d'encourager le parjure et le mensonge, en détourne au contraire . . .

. . . De toute façon, comme on l'a déjà dit, la meilleure façon d'éviter le parjure n'est pas de refuser toute enquête, car cela éliminerait le vrai tout autant que le faux, mais bien de mener l'enquête de façon à séparer et à distinguer l'un de l'autre lorsque tous deux sont présents . . . n'oublions pas que la société est tout aussi intéressée à éviter que l'innocent ne pâtisse qu'à assurer que le coupable n'échappera pas à justice . . .

. . . D'ailleurs, l'argument ne laisse-t-il pas entendre, et d'une façon plutôt diffamatoire, qu'on ne peut pas se fier aux avocats de la défense . . . Quelque justification qu'on puisse donner à l'hypothèse qu'un accusé désespéré ne reculera devant rien pour se soustraire à son sort, l'idée



que son avocat puisse conspirer avec lui dans ce but s'accorde mal avec les principes de confiance et d'éthique qui constituent le fondement de notre honneur professionnel.<sup>66</sup>

Même si cette réplique aux arguments sur le parjure et l'intimidation s'applique encore une fois au système de procédure criminelle aux États-Unis, rien n'empêche de penser qu'elle est également valable au Canada.

A ces arguments sur le parjure et l'intimidation s'en ajoute souvent un autre qui mérite la même réfutation, à savoir que « beaucoup de témoins, s'ils savent que l'accusé connaîtra leur nom avant le procès, répugneront à fournir des informations durant l'enquête ». <sup>67</sup> On pourrait parler ici d'intimidation en ce sens que l'argument laisse entendre que ces témoins craindront d'être intimidés par l'accusé. Mais l'argument donne également à penser que les témoins auront peur de faire des déclarations dont la défense pourrait mettre à profit les contradictions éventuelles dans un contre-interrogatoire au procès. On peut répondre à cela, d'abord que l'idée que les témoins craindront de fournir des informations fait encore partie d'un « folklore jamais mis à l'épreuve ». <sup>68</sup> Dans les systèmes judiciaires où la communication de la preuve n'est pas permise, « cette supposée expérience n'existe tout simplement pas » . . . <sup>69</sup> De plus, les États de l'Union américaine qui « par règlements ou statuts permettent une communication de la preuve assez substantielle n'ont pas jugé nécessaire de l'éliminer ou de la restreindre en vertu des difficultés envisagées par le juge en chef Vanderbilt ». <sup>70</sup>

Ensuite, la suggestion que comporte cet argument selon lequel les témoins devraient être protégés contre la possibilité que leurs déclarations soient analysées par la défense et fassent l'objet d'un contre-interrogatoire au procès, devrait être exposée pour ce qu'elle est, à savoir une proposition complètement erronée, voire même dangereuse. Il n'existe pas de droit de propriété sur un témoin, particulièrement dans une cause criminelle, et un citoyen faisant une déclaration dans une enquête criminelle ne la fait pas seulement pour la poursuite: il s'agit d'une déclaration émise dans l'intérêt de la justice, si bien qu'un témoin n'est aucunement en droit de s'attendre à ce qu'elle ne soit pas montrée à la défense ou à ce qu'il soit soustrait à un contre-interrogatoire à son sujet si elle devait entrer en contradiction avec son témoignage au procès. Il devrait en fait s'attendre exactement au contraire. Dans toute poursuite, ce qui est en jeu, c'est la liberté de l'accusé—qui devra être reconnu coupable hors de tout doute raisonnable—et la valeur de la justice criminelle dans sa recherche de la vérité. <sup>71</sup> Mais si l'on ne peut analyser et mettre en question la preuve incriminante d'un témoin contre un accusé parce qu'une déclaration antérieure n'a pas été révélée à la défense, y compris une copie de celle-ci s'il s'agit d'une déclaration écrite, cette sauvegarde se voit alors entachée d'une dangereuse restriction et la qualité du système s'en ressent. Il est évident que la plupart des déclarations de témoins ne contiendront pas de contradictions sérieuses qui ne pourront être éclaircies et, l'art de la plaidoirie étant ce qu'il est, l'avocat de la défense

perdrait probablement beaucoup à vouloir exploiter un point non pertinent ou facile à réfuter. Malgré tout, ce que la poursuite pourrait ne pas considérer comme une contradiction sérieuse entre la déclaration d'un témoin et son témoignage au procès pourrait néanmoins en être une, et le procureur de la Couronne qui déciderait de ne pas fournir cette déclaration à la défense s'arrogerait le droit de juger de la validité de la preuve fournie par le témoin et peut-être même de la culpabilité de l'accusé. En somme, refuser de fournir les outils nécessaires à la conduite d'un contre-interrogatoire complet revient à refuser l'usage plein et entier de ce droit, ce qui à son tour constitue un rejet du principe même du système accusatoire.<sup>72</sup> Pour citer encore une fois le juge en chef Traynor:

«... L'État n'a aucun intérêt à refuser à l'accusé l'accès à toute preuve susceptible de faire la lumière sur les questions en cause, et n'a particulièrement aucun intérêt à condamner un accusé sur foi de déclarations de témoins qui n'auront pas été aussi rigoureusement contre-interrogés et dont le témoignage n'aura pas été aussi complètement mis en question que le permet la preuve».<sup>73</sup>

Ces arguments sur le parjure et l'intimidation renferment de plus l'idée que la possibilité d'abus de ce genre est beaucoup plus forte dans les causes criminelles que dans les causes civiles et qu'ainsi, la communication étendue que permet la procédure civile ne possède pas d'analogie dans la procédure criminelle.<sup>74</sup> Toutefois, en plus de l'examen des arguments sur le parjure et l'intimidation qui a été fait, il convient peut-être de jeter un coup d'œil sur cette prétention. Pour y répondre Goldstein écrit:

«On pourrait évidemment prétendre que, les sanctions criminelles étant tellement plus sévères que les sanctions civiles, l'accusé sera plus susceptible de fausser la procédure dans une cause criminelle que dans une cause civile, ou bien que la «classe» criminelle englobe plus de personnes enclines à la violence que la «classe» civile. Un simple moment de réflexion fera apparaître toutefois la faiblesse de ces hypothèses. Même si l'on suppose que la personnalité d'un accusé, dans une cause criminelle, le prédispose à une conduite de ce genre, il est déjà, contrairement à sa contrepartie civile, marqué par l'État comme un criminel et est par conséquent plus susceptible de faire l'objet d'un examen rigoureux. De plus, la possibilité très réelle que l'on ajoute foi à des accusations de mauvaise conduite de ce genre contre des accusés dans des causes criminelles rend encore plus impérative la nécessité pour eux de se conduire avec la plus grande prudence. Mais la raison la plus probante de toutes est peut-être que le registre du droit positif civil et criminel est trop vaste pour permettre la généralisation consistant à prétendre qu'une personne impliquée dans une cause civile est beaucoup moins susceptible de se parjurer ou d'intimider des témoins. Il serait difficile de croire qu'une personne accusée de fraude fiscale, de publicité mensongère, de fraude postale ou autre, faussera de propos délibéré la justice dans le secteur criminel mais qu'elle ne le fera pas en se défendant contre des accusations de nature similaire dans le secteur civil; ou encore

qu'une personne accusée de vol à l'étalage mentira ou intimidera les témoins mais que la même personne, poursuivie pour blessures subies dans un accident de la circulation, se conduira comme il faut. Il est beaucoup plus probable que les «mauvaises gens» feront de mauvaises choses des deux côtés; ce sont le genre de personnes impliquées dans des litiges et les intérêts en jeu qui décident de cette question d'intimidation, de subornation et de parjure, et non le secteur judiciaire dont il s'agit. On admettra naturellement que dans certains cas, les pressions exercées par une accusation criminelle sérieuse pourront amener un individu à se conduire d'une façon qu'il n'envisagerait jamais s'il faisait l'objet d'une accusation civile moins grave, et que les types appartenant à certaines catégories criminelles peuvent constituer une menace sensiblement plus forte dans ce domaine. Mais puisque la généralisation est nécessaire si l'on veut établir un système de procédure, il semble assez évident que dans la plupart des cas, la seule façon d'envisager la communication de la preuve avec une égalité de chances et avec la présomption d'innocence est celle qui a cours dans le secteur civil. Elle place sa confiance dans la communication la plus libre possible en tant qu'aide à la recherche de la vérité et à la détection du mensonge. Mais, ce qui est plus important, elle confie à un processus plus sélectif qu'une simple distinction entre les causes civiles et criminelles la mise au point de techniques propres à faire face aux problèmes particuliers qui peuvent surgir dans certaines causes criminelles».<sup>75</sup>

Finalement, même si, en dépit de ces arguments, la possibilité du parjure et de l'intimidation demeure une caractéristique négative de la communication de la preuve, il subsiste dans la majorité des cas des moyens de contre-carrer cette possibilité sans rejeter la communication complète. Certains de ces moyens sont analysés dans d'autres parties de cette étude, particulièrement dans l'examen de certains des modèles de procédure<sup>76</sup> et dans les projets de réforme suggérés<sup>77</sup>, mais il est peut-être bon dès maintenant d'avancer que, les arguments étant ce qu'ils sont, il devrait au moins exister une présomption en faveur de la communication de la preuve à moins que la poursuite ne puisse démontrer qu'elle ne devrait pas être permise. Somme toute, «ce sont les raisons en faveur de la communication de la preuve et de l'établissement des faits qui prévalent chaque cause criminelle, et non les raisons militant à leur encontre».<sup>78</sup>

#### 4. *Communication et efficacité: la communication à l'accusé constitue-t-elle une entrave à la bonne marche du processus pénal?*

Il existe un certain nombre d'arguments qui ont été avancés de façon encore moins convaincante et que l'on peut grouper sous la rubrique générale des rapports entre la communication de la preuve et l'efficacité du processus pénal.

Un argument que l'on avance parfois est qu'un procureur de la Couronne et avant lui un officier de police, considérant que la communication de la preuve avant le procès exposerait la cause aux dangers d'une défense fabri-

quée, «se protégeront contre ce mal en faisant l'impossible pour rendre la cause non communicable, c'est-à-dire qu'ils retiendront de mémoire plutôt que de les coucher sur papier les résultats de leur enquête». <sup>79</sup> Si cette menace existe réellement, elle aura pour effet de donner plus de valeur à la mémoire qu'à un système d'enregistrement plus fiable et sapera par le fait même l'efficacité du processus criminel en ce qui concerne l'enquête sur les faits.

Une menace de ce genre est cependant fort limitée dans son application: un officier de police ou un procureur de la Couronne «qui évite de prendre par écrit la déposition d'un témoin afin d'empêcher sa communication possible à l'accusé, risque de s'apercevoir que ce sera lui qui aura le plus besoin d'un document écrit au procès pour mettre en question les déclarations d'un témoin qui l'aura désappointé». <sup>80</sup> De plus, s'il s'écoule un délai entre l'enquête et le procès, comme c'est souvent le cas, un officier de police qui aurait cessé de prendre des notes ou de coucher par écrit le résultat de son enquête serait probablement la première victime d'une telle négligence. En somme, cet argument a toutes les apparences d'une menace en l'air, et même si elle aboutissait, la gamme des informations et des faits que l'on peut inclure dans un système de communication complet <sup>81</sup> serait suffisante pour assurer une communication substantielle malgré tout.

Une seconde façon dont la communication de la preuve risque d'entraver l'efficacité du processus pénal est exprimée dans l'argument selon lequel ce procédé rend les avocats de la défense paresseux, inefficaces et peu disposés à mener par eux-mêmes une enquête détaillée. Même s'il est tentant de voir simplement ici une inquiétude sans aucun fondement, on peut néanmoins répondre que l'absence de communication de la preuve ne constitue certes pas le moyen du guérir un avocat de sa paresse. D'ailleurs, si un tel désavantage devait naître de la communication de la preuve, l'argument vaudrait également dans les causes civiles, et pourtant personne n'a jamais suggéré que la communication civile soit abolie pour cette raison (ni d'ailleurs pour aucune autre). Pour être plus précis, si la tradition d'esprit professionnel et de fierté dans leur travail des avocats de la défense ne les pousse pas à agir avec énergie dans des domaines aussi importants que les causes criminelles, il semble que le problème n'ait rien à voir avec la communication de la preuve mais qu'il relève plutôt de la formation et de l'éthique professionnelle.

Il existe par ailleurs une réplique encore plus décisive, qui s'applique tout particulièrement aux causes criminelles et que personne n'a probablement mieux exprimée que Louisell, qui a disséqué presque tous les arguments contre la communication de la preuve <sup>82</sup>, lorsqu'il écrit:

«De plus, quelle que soit la signification dans les litiges civils de l'objection basée sur la 'diligence', d'autres considérations tendent à diminuer la pertinence dans le contexte du processus criminel de communication. Car souvent l'accusé, pratiquement parlant, ne possède pas l'accès aux témoins que détient la poursuite... . Lorsque l'avocat d'un accusé

fait face à des témoins que la police ou la poursuite a prévenu, implicitement ou explicitement. 'de ne pas parler', il lui sera fort difficile de découvrir les faits par lui-même. Plus il s'efforcera de le faire, plus il risquera de se voir accusé de vouloir suborner un témoin. On peut donc raisonnablement avancer qu'au moins dans certaines causes criminelles, la nécessité de la communication de la preuve, si l'on veut obtenir tous les faits, est plus impérieuse que dans les causes civiles qui n'opposent pas d'obstacles similaires au libre accès aux témoins».<sup>83</sup>

Un troisième argument contre la communication de la preuve dans les causes criminelles en est un qui a déjà été soulevé, et rejeté, relativement à la communication de la preuve en matière civile. Il avance qu'un système de communication complet fait perdre du temps et qu'il ne sert qu'à augmenter le nombre des questions collatérales dont il faudra disposer au procès. Il est évident qu'un système de communication demande l'apport d'un peu de temps, dont la durée dépendra des procédés de communication dont on dispose et qu'on emploie dans chaque cas. Il est probable aussi que la communication de la preuve permettra à l'accusé d'analyser et d'envisager la possibilité de soulever lors du procès des questions qui autrement n'auraient jamais été mises en lumière. Mais en se souciant trop de ces questions, on risquerait de définir l'efficacité du processus criminel en fonction de sa célérité et de son uniformité d'administration en laissant de côté ses autres avantages. En fait, derrière ce souci de l'efficacité du système se cache une présomption de culpabilité et une expression de confiance dans la valeur des procédés d'enquête de la police que la défense n'aurait pas besoin de mettre en question.<sup>84</sup> De plus, cette définition de l'efficacité laisse de côté les autres avantages qui devraient être pris en considération si l'on veut analyser les effets de la communication de la preuve sur l'efficacité du processus pénal.

Le premier de ces avantages de la communication de la preuve est qu'elle élimine certains points qui ne seront donc pas débattus. On révélera par exemple à l'accusé la faiblesse d'un argument que la défense aurait pu vouloir utiliser. Le résultat est si positif qu'il amènera parfois un accusé à constater la futilité d'une défense et à plaider coupable. En fait, les juridictions qui ont institué des systèmes de communication de la preuve relativement complets obtiennent un taux de plaidoyers de culpabilité plus élevé.<sup>85</sup> Deuxièmement, dans les cas où l'accusé décide de plaider non coupable, en créant un climat dans lequel des questions futiles ou sans valeur ne sont pas soulevées au procès et où les parties peuvent s'entendre sur certains faits non contestés, la communication contribue à la présentation efficace de la preuve et permet d'anticiper des procès criminels plus rapides.

Mais plus important encore, l'efficacité doit également se mesurer en fonction du caractère exact et sûr du processus. Dans la mesure où une communication complète tendra à rendre les connaissances des parties égales au procès, à faciliter la recherche d'autres faits et à permettre que soit mise pleinement à l'épreuve l'honnêteté des témoins, elle ne pourra que contribuer au caractère exact et sûr du processus.

Ces arguments sur la communication de la preuve et l'efficacité nous ramènent une fois encore à considérer l'objectif du processus pénal. En fait, tous les arguments contre la communication de la preuve ne peuvent être appréciés d'une façon convenable qu'en les analysant, les uns après les autres, en fonction de cet objectif. Car refuser la communication de la preuve à l'accusé sous prétexte que de le faire créerait un déséquilibre entre la poursuite parce que la réciprocité ne pourrait s'appliquer, serait perdre de vue le but réel du processus criminel. Et dénier la communication à cause d'une possibilité de fabrication de la preuve ou d'intimidation des témoins, ou d'un encouragement possible à l'inefficacité, serait insister sur des points qui, s'ils ont une valeur quelconque, sont considérablement moins importants que la réalisation de l'objectif du processus criminel dans toute cause relevant du droit pénal.

## NOTES

1. Voir Damaska, «Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study». (1973), 121 U. de Penn. L.R. 507, 578-589, où il soutient que dans une comparaison des systèmes accusatoires de common law et des systèmes non-accusatoires, le premier crée de meilleures garanties contre les condamnations erronées.
2. Voir *In Re Winship*, (1970), 90 S.Ct. 1068 à la p. 1072, où le principe du doute raisonnable est décrit comme «un moyen essentiel de réduire les risques de condamnations fondées sur des erreurs de faits».
3. Au procès, l'accusé ne peut être contraint de témoigner. Avant le procès, même si la police peut interroger l'accusé, il n'est pas obligé de répondre, et même s'il fournissait des informations à quelque enquête judiciaire précédente, il est à ce moment-là en droit d'invoquer le privilège de l'art. 5 de la *Loi de la preuve du Canada*, S.R.C. 1970 c. E-10, si bien que son témoignage ne peut «être utilisé . . . contre lui dans tout procès criminel . . . subséquent . . .». Il se produit évidemment dans une poursuite criminelle diverses pressions officieuses en raison desquelles il pourrait être difficile à l'accusé d'adhérer à cette position. Par exemple, durant l'interrogatoire de la police tout comme au procès, la conclusion que le bon sens peut tirer d'un silence devant une preuve incriminante incite fortement l'accusé à parler ou à témoigner. Il existe néanmoins une grande différence entre ces pressions non officielles et les procédures et sanctions spécifiques du système, et ici on insiste sur ces dernières.
4. Cet effet des procédures d'arrestation et de détention avant le procès est examiné en détail par M. L. Friedland dans *Detention Before Trial* (1965). Toutefois, le but extrêmement clair de la *Loi sur la réforme du cautionnement* S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.) c. 2 est de minimiser l'arrestation et la détention avant le procès et de réduire ainsi les pressions néfastes émanant des procédures préalables au procès.
5. Voir par exemple dans le *Code criminel* art. 307 (présence illégale dans une maison d'habitation), art. 309 (possession d'instruments d'effraction), art. 310 (possession d'instruments pour forcer un appareil à sous).
6. Voir le *Code criminel*, art. 235.
7. (1846) 1 De. G. & Sm. 12, aux pp. 27-28.
8. On exclut de cette discussion diverses garanties dont le but n'est pas tant de relever la qualité de la vérité que de préserver l'équité et l'intégrité de la procédure judiciaire. Si le respect de ces garanties est poussé au plus haut point aux États-Unis, où une règle d'exclusion interdit directement l'admission de preuves obtenues illégalement (voir par exemple *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643), il existe un certain nombre de cas dans notre propre système où l'on en a au moins discuté; voir par exemple la règle relative aux confessions et *R. v. Wray* [1971] S.R.C. et Roberts «The Legacy of *Regina v. Wray*» (1972) R. du B. Can. 19. Voir aussi *R. v. Pettipiece* [1972] 7 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 133 (B.C.C.A.); voir ensuite la discussion sur l'abus de procédure et *R. v. Osborn* [1971] S.R.C. 184, *R. v. Pratt* [1972] 5 W.W.R. 52, *R. v. Koski* [1971] 5 C.C.C. 46, *R. v. Atwood* [1971] 7 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 116 et *R. v. Croquet* (1973) (décision non rapportée de la C.A. de C.B.). Voir aussi la *Déclaration des droits* S.C. 1960, c. 44.
9. Hooper, «Discovery in Criminal Cases» (1972), 50 R. du B. Can. 445, à la p. 450—ci-après appelé simplement Hooper.
10. *Ibid.*
11. On pourrait naturellement avancer qu'une solution à ce problème serait de s'assurer que toute la preuve favorable à l'accusé serait mise à la disposition de la cour. Mais en réponse à cette suggestion voir *infra* aux pp. 85-86.

12. Voir Damaska, précité note 1 à la p. 534.
13. Glaser, *Pre-Trial Discovery and The Adversary System*, (1968), à la p. 7.
14. On se heurte naturellement à ces problèmes, que la surprise et le bouleversement des questions soient le fait des tactiques de la poursuite ou de la défense. Il semble toutefois que la poursuite possède un avantage sur la défense par suite du manque de communication complète de la preuve et que l'équilibre penche dans ce domaine en faveur de la poursuite. Voir Goldstein, «The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure» (1960), 69 Yale L.J. 1149, aux pp. 1180-92. Pour une discussion complète de cette question, voir *infra* aux pp. 91-97.
15. Voir Damaska, précité note 1 à la p. 563.
16. *Ibid.*, à la p. 564.
17. Voir Damaska, *supra*, aux pp. 555-565 et 583-587 pour une excellente analyse de l'étayage idéologique des systèmes accusatoires et non-accusatoires.
18. «Ground Lost and Found in Criminal Discovery» (1964), 39 N.Y.U.L. Rev. 228.
19. *Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation* (1956), aux pp. 35-36.
20. Voir l'utilisation de ce terme par Morgan dans la déclaration précitée.
21. Voir par exemple, *Règles de la Cour suprême de Colombie-Britannique*, Ordonnance XXXI, Règle 20A.
 

«20A. Lorsqu'un document est en la possession d'une personne non partie à l'action et que cette personne peut être contrainte de le produire au procès, le tribunal ou un juge peut, à la demande d'une des parties, sur notification à l'intéressé et à l'autre partie, ordonner la production et l'examen dudit document et donner des instructions relativement à la préparation d'une copie qui pourra être utilisée à toutes fins au lieu de l'original».
22. La règle relative à la communication de documents dans les causes civiles dans le droit commun anglais a été émise par Brett L. J. dans *Compagnie financière du Pacifique v. Peruvian Guano Co.*, (1882) 11 Q.B.D. 55 à la page 63, qui, en interprétant la règle sur la communication «relative aux matières en litige», déclarait:
 

«Il me semble que tout document a rapport aux matières en litige dans l'action en justice, qui non seulement constituerait une preuve de toute question de fait, mais aussi, du moins est-il raisonnable de le supposer, contient des informations qui *peuvent* et non *doivent*—permettre directement ou indirectement à la partie demandant qu'il soit produit de faire progresser sa propre cause ou de nuire à celle de son adversaire . . . . J'ai utilisé les mots 'directement ou indirectement' parce que, à mon avis, on peut réellement dire d'un document qu'il contient des informations donnant à la partie qui le demande la possibilité de faire progresser sa cause ou de nuire à celle de son adversaire, s'il s'agit d'un document *susceptible de faire prendre à son enquête une direction* pouvant entraîner l'une ou l'autre de ces conséquences.»

Appliqué au Canada dans *Banque Canadienne de Commerce v. Wilson* [1908] 8 W.L.R. 266 et *Hutchison et Dowding v. Banque de Toronto* [1934] 1 W.W.R. 446. Le principe dans cette cause a également été étendu à l'interrogatoire préalable; voir *St. Régis Timber Company Limited v. Lake Logging Company Limited* [1947] 1 W.W.R. 810 aux pp. 812-813. Voir aussi les déclarations suivantes sur l'interrogatoire préalable: (1) «La preuve par ouï-dire qui ne serait pas admissible au procès est admissible lors de l'interrogatoire préalable». Robertson J. A. dans *Haswell v. Burns & Jackson Logging Co.* [1947] 2 W.W.R. 394. (2) «Les mots touchant les matières en litige et relatifs aux règles de pratique permettent une plus grande latitude lors de l'interrogatoire au préalable que ne le permettent les règles d'admissibilité au procès». Voir Riley J. *Canadian Utilities Limited v. Mannix Limited et al* (1959), 27 W.W.R. 58 à la p. 521. Voir en général *The Canadian Abridgement* (2<sup>e</sup> éd.) appendice aux pp. 1361-1380; au Québec, cependant, la situation est différente; d'une part, les règles de preuve applicables au



procès doivent être rigoureusement suivies lors de l'interrogatoire préalable (examination on discovery) puisque les dépositions alors recueillies font partie du dossier (art. 396 *Code de procédure civile*): les objections à la preuve doivent en conséquence être formulées sur-le-champ, et si quelque difficulté surgit lors de l'interrogatoire, elle doit immédiatement être soumise au juge pour adjudication, à moins que les parties ne consentent à poursuivre l'interrogatoire sous réserve de l'objection, qui devra alors être ultérieurement décidée par le jugé du procès. De plus, le champ d'investigation lors d'un tel interrogatoire est beaucoup plus limité au Québec que dans les provinces de Common Law, particulièrement dans les cas où le défendeur examine de la sorte le demandeur *avant production de la défense*, ce qu'il est autorisé à faire en vertu de l'article 397 du Code de procédure civile. Dans la cause de *Boyer v. J. C. Leroux Ltée* [1967] R.C.S. 123, il fut en effet décidé «que l'interrogatoire doit se rapporter aux faits allégués dans la déclaration et non à ceux qui permettraient au défendeur de préparer une défense qui n'est pas encore au dossier». Après production de la défense, et quelle que soit la partie qui procède à l'interrogatoire, celui-ci ne peut porter que «sur tous les faits se rapportant au litige» (article 398 du *Code de procédure civile*). Cette phraséologie exclut tous les faits que, faute d'allégation, on n'est pas admis à prouver; voir, par exemple, interrogatoire sur faits et articles, *Dame Thurlow v. Wedell*, (1969) B.R. 1115. On doit donc comprendre que les règles de pertinence et d'admissibilité de la preuve introduite lors d'un interrogatoire préalable sont, au Québec, sensiblement les mêmes règles que celles applicables au procès.

23. Dans cette analyse, on peut aussi référer à Hooper, précité note 9, qui soulève les points suivants: (1) la validité de l'argument se base sur l'hypothèse que la poursuite présente spontanément une preuve néfaste à sa cause—une hypothèse extrêmement dangereuse, (2) l'hypothèse émise au paragraphe (1) se base sur la prémisse encore douteuse que la police fait toujours part à la poursuite de toute preuve favorable à l'accusé, (3) la preuve présentée par la Couronne dans l'élaboration de sa cause peut être fausse (par ex. si le témoin ment) et sans communication de la preuve avant le procès, la défense ne pourra rien y faire; de plus, le procès criminel n'étant pas d'une durée illimitée, la défense n'a pas le temps, sauf lors d'un ajournement accordé occasionnellement, de vérifier la preuve de la Couronne, (4) un fait que le procureur de la Couronne ou la police pourrait considérer comme sans importance et qui ne sera donc pas introduit en preuve pourrait revêtir une importance considérable pour la défense.
24. En général, c'est le contraire qui se produit dans la plupart des systèmes continentaux, où l'enquête a lieu même si l'accusé se reconnaît coupable. Toutefois, si l'on ne met pas réellement en doute la culpabilité de l'accusé, l'enquête porte surtout sur la moralité et les antécédents de ce dernier, si bien que sous beaucoup d'aspects, l'enquête dans ces causes ressemble au stade des représentations sur sentence du système criminel accusatoire.
25. Il n'existe pas de statistiques indiquant pour le Canada tout entier le nombre ou le pourcentage de condamnations au procès comparé à celui des condamnations sur plaidoyer de culpabilité. Toutefois, quelques études ont été effectuées à ce sujet dans différentes régions à différentes époques, qui permettent de donner une approximation. Voir M. Friedland, *Detention Before Trial* (1965), 89; rapport du Comité canadien de Réforme Pénale et Correctionnelle (1969), 134; Canadian Civil Liberties Education Trust, *Due Process Safeguards and Canadian Criminal Justice* (1971), 39; J. Hogarth, *Sentencing as a Human Process* (1971), 270.
26. Voir Hooper, précité note 9 à la p. 459. Bien que le professeur Hooper donne cette raison en faveur de la «négociation de plaidoyer», il s'agit en fait d'une justification des plaidoyers de culpabilité. M. Hooper prétend que le «plea-bargaining» est essentiel pour maintenir un taux élevé de plaidoyers de culpabilité, mais il pourrait s'agir d'une supposition tout à fait gratuite.
27. Voir les vues de M. Graburn (aujourd'hui le juge Graburn) dans «Problems in Ethics and Advocacy—Panel Discussions», *Law Society of Upper Canada Special Lectures* (1969), 279 à la p. 302.

28. Hooper, précité note 9 à la p. 459. En limitant cette discussion aux rapports entre la communication de la preuve et les plaidoyers de culpabilité, il ne faut pas perdre de vue que certains analystes, notamment le professeur Hooper, l'étendraient à la négociation de plaidoyer en affirmant que la communication «éliminerait certains des aspects indésirables du plea bargaining». Voir Hooper, précité note 9 aux pp. 457-467 et particulièrement à la p. 465. Toutefois, cette attitude accepte fondamentalement le système de la négociation du plaidoyer, bien qu'amélioré, et ne le soumet pas à une analyse critique détaillée. A notre avis, cette attitude est fautive et nous réserverons donc la question du «plea bargaining» à une étude entièrement distincte.
29. Au Canada, cette opinion sur la signification du plaidoyer de culpabilité a été énoncée dans *R. v. Roop* (1924), 42 C.C.C. 344 (C.S.N.E.); en Angleterre, il a été établi récemment que le plaidoyer de culpabilité avait deux effets:
- «Tout d'abord, c'est une confession de fait; ensuite, c'est une confession telle que sans autre preuve, la cour est habilitée à prononcer, et dans toute les circonstances normales prononcera, une condamnation». [*R. v. Rimmer* (1972) 1 All E.R. 604 à la p. 607.]
30. Dans la mesure où un plaidoyer de culpabilité est le résultat d'une négociation de plaidoyer, cette analyse est inexacte. Mais nous parlons ici des plaidoyers de culpabilité enregistrés librement et volontairement, et le plea bargaining fera l'objet d'une étude séparée.
31. On peut signaler ici les divers programmes d'aide juridique en matière criminelle en vigueur dans les provinces et l'intérêt que manifeste le gouvernement fédéral à contribuer au financement de ces programmes; voir les communiqués de presse du ministère de la Justice en date du 15 mars 1973.
32. On n'a pas essayé de soumettre les différents arguments en faveur ou contre le système accusatoire. Pour cela, voir en général: Weiler, «Two Models of Judicial Decision-Making» (1968), 46 R. du B. Can. 406 à la p. 412; Damaska, «Evidentiary Barriers...», précité note I; Griffiths 'Family Model' dans «Ideology in Criminal Procedure or a Third Model of the Criminal Process» (1970), 79 Yale L.J. 359. Et pour deux études empiriques intéressantes, voir Marshall, Marquis & Oskamp «Effect of Kinds of Questions and Atmosphere of Interrogation on Accuracy and Completeness of Testimony» (1971), 84 Harv. L. Rev. 1620 et Thibaut, Waker & Loud, «Adversary Presentation and Bias in Legal Decision-Making» (1972), 86 Harv. L. Rev. 386.
33. Voir *supra* aux pp. 75-78.
34. Voir *supra* aux pp. 79-86.
35. Voir *supra* aux pp. 86-89.
36. Louisell, «Criminal Discovery: Dilemma Real or Apparent» (1961), 49 Calif. L. Rev. 56 à la p. 86. Louisell parle des autres maux possibles comme étant «des services de police manquant de personnel, inefficaces, négligents ou corrompus, des procédures de révision excessives et le reste». Au Canada, le mal dont on pourrait s'inquiéter dans certains secteurs est le manque de personnel des services policiers.
37. 15 C.R.N.S. 1.
38. *Ibid* à la p. 8.
39. *Ibid*. En fait, on n'a jamais laissé entendre dans cette cause que l'on s'inquiétait outre mesure de la subornation ou de l'intimidation des témoins. Les faits pertinents rapportés ici sont que la défense a demandé «que soient produits les déclarations faites par les témoins à la police et les documents relatant la preuve obtenue par la police au cours de l'enquête». (p. 5) Si bien que de faciliter le refus d'accès aux déclarations des témoins sur cette base sans en déterminer la validité revient à confirmer le refus du procureur de fournir les déclarations des témoins pour une raison quelconque. Et c'est précisément l'attitude qu'ont adoptée les tribunaux canadiens. Tout en perpétuant le mythe selon lequel la Couronne

doit agir judiciairement dans les questions de divulgation, les tribunaux «répugnent à intervenir dans l'exercice de cette discrétion (du procureur de la Couronne) . . . ». Voir par exemple *R. v. Lalonde* précité note 37 aux pp. 8-13.

40. *Ibid.* aux pp. 6-12.
41. (1923), 291 F. 646.
42. *Ibid.*, à la p. 649.
43. Hooper, «Discovery in Criminal Cases», précité note 9, à la p. 472.
44. *Ibid.*
45. *Ibid.*, aux pp. 473-474.
46. *Ibid.*
47. (1960), voir *supra* note 14 à la p. 1152.
48. Hooper, précité note 9 à la p. 474.
49. Voir *infra* aux pp. 101-116.
50. Voir *supra* 1<sup>re</sup> partie aux pp. 22-57.
51. Voir *infra* 5<sup>e</sup> partie aux pp. 101-106.
52. Voir *infra* 5<sup>e</sup> partie aux pp. 88 et suivantes.
53. Voir *supra* 1<sup>re</sup> partie aux pp. 21 et suivantes.
54. Louisell, précité note 36 à la p. 88.
55. *Ibid.*, à la p. 89.
56. *R. v. Wray* [1970] 4 C.C.C. I.
57. Voir *supra* note 14 à la p. 1192. La question de savoir si l'accusé devrait révéler ces défenses d'alibi ou d'aliénation mentale dans notre système sera examinée dans les parties 5 et 7 de la présente étude.
58. Voir *supra* note 37.
59. Soulignés ajoutés.
60. *Supra* note 37 à la p. 8.
61. *Ibid.*
62. (1953) 13 N.J. 203, 98 A (2<sup>e</sup>) 881.
63. *Ibid.*, aux pp. 210-211.
64. Voir *United States v. Projansky* (1968), 44 F.R.D. 550 (S.D.N.Y.).
65. Voir *supra* note 62.
66. «The Criminal Prosecution: Sporting Event or Quest for Truth?» (1963), Wash. U.L.Q. 279, aux pp. 290-292.
67. Voir *supra* note 62 aux pp. 218-219.
68. Voir *supra* note 64.
69. Voir *supra* note 66.
70. Voir *State v. Tune*, précité note 62.
71. Voir *supra* aux pp. 75-78.
72. Voir *supra* aux pp. 79-86.
73. *People v. Riser* (1956), 305 P. (2<sup>e</sup>) 1, à la p. 13.
74. Voir par exemple *R. v. Lalonde*, précité note 37 à la p. 8, où M. le juge Haines émet précisément cette idée.
75. Voir *supra* note 14 à la p. 1194.
76. Voir *infra* 6<sup>e</sup> partie aux pp. 117 et suivantes.
77. Voir *infra* 7<sup>e</sup> partie.
78. Voir (1966) 4 Harv. J. Legis. 105 à la p. 111.

79. Voir Louisell, précité note 36 à la p. 91.
80. *Ibid.* à la p. 92.
81. Voir *infra* 6<sup>e</sup> partie et 7<sup>e</sup> partie.
82. Voir Louisell, précité note 36 aux pp. 86-103.
83. *Ibid.* aux pp. 95-96.
84. Voir H. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968) aux pp. 158-162.
85. Voir *infra* 6<sup>e</sup> partie aux pp. 124-6.

### 3<sup>e</sup> PARTIE

## LIGNES DE CONDUITE À ADOPTER EN MATIÈRE DE COMMUNICATION DE LA PREUVE EN PROCÉDURE PÉNALE

Si le déroulement d'un procès pénal dans un système procédural de type accusatoire rend nécessaire la communication de la preuve avant le procès, il est essentiel de rechercher comment la mécanique du système doit s'appliquer à satisfaire une telle exigence. Bien qu'il soit prématuré d'entreprendre une analyse extrêmement détaillée et technique des divers processus par lesquels la communication de la preuve pourrait et devrait s'opérer, il n'en demeure pas moins important de traiter de certaines questions de forme qui sont essentielles à la conception d'une telle procédure. Cette troisième partie de notre étude s'attache donc à discuter deux de ces questions fondamentales: la communication de la preuve avant le procès devrait-elle s'opérer sur une base discrétionnaire, ou devrait-elle au contraire être réglementée par une procédure formelle? Si une procédure formelle doit être mise sur pied, comment devra-t-elle être intégrée au sein des procédures qui régissent actuellement la phase préalable au procès en matière pénale? La discussion de ces deux problèmes nous permettra de tracer une ligne de conduite en vue de la conception ultérieure d'un modèle canadien de communication de la preuve avant le procès. Le type de procédure dont fait l'objet la présente discussion réfère exclusivement à la communication de la preuve de la poursuite à la défense. La question de savoir si la Couronne devrait se voir communiquer certains éléments de preuve par la défense soulève des problèmes particuliers et sera traitée de façon détaillée dans une partie ultérieure de la présente étude.<sup>1</sup>

### POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE OU PROCÉDURE FORMELLE

Si nous reconnaissons quelque mérite à la proposition voulant qu'un prévenu soit renseigné, avant son procès, sur la teneur de la preuve qui y sera introduite au soutien de l'accusation, il nous reste encore à décider sous quelle forme ce processus d'information devrait idéalement s'opérer. Doit-on accorder au poursuivant ou à un juge le pouvoir discrétionnaire de communiquer certains renseignements à la défense, ou doit-on au contraire reconnaître un droit à la défense d'obtenir ces renseignements et l'exprimer dans le corps d'une procédure formelle?

De façon générale, le droit canadien en la matière repose dans une très large mesure sur l'exercice d'une double discrétion: discrétion de la pour-

suite avant le procès et discrétion du juge au procès.<sup>2</sup> Comme nous l'avons déjà démontré, très peu de dispositions dans le *Code criminel* reconnaissent le droit de l'accusé d'obtenir communication de la preuve avant son procès. Ceci nous amène à nous interroger sur l'opportunité de maintenir à la base cet état de choses et de créer ainsi des règles de communication de la preuve avant le procès qui s'appliqueront par l'entremise de l'exercice d'une discrétion. A l'opposé, nous devons considérer s'il est désirable que la communication de la preuve s'opère en vertu d'un droit formel conféré à l'accusé, et si l'on doit en conséquence rejeter toute idée de discrétion pour permettre que ce droit s'exerce de façon formelle et obligatoire, à l'initiative de la défense.

Aux fins d'analyse, nous considérerons individuellement les deux types d'autorités auxquelles un pouvoir discrétionnaire pourrait être conféré.

### 1. *Discrétion de la poursuite*

L'exacte dimension du vaste champ discrétionnaire qu'occupe la poursuite au sein du processus pénal est difficile à analyser, faute de données empiriques qui permettraient d'établir de quelle façon, et en vertu de quels critères ce pouvoir s'exerce.<sup>3</sup> Notre discussion se situe cependant à un tout autre niveau; il nous importe peu, pour le moment, d'établir si les procureurs de la Couronne exercent «bien ou mal» la discrétion qui leur est conférée. Fondamentalement, il s'agit de décider s'il est réaliste et désirable qu'ils soient investis d'un tel pouvoir à l'égard de la communication de la preuve à la défense avant le procès.

La décision de conférer à la poursuite un pouvoir discrétionnaire sur un plan administratif et quasi judiciaire repose sur une conception très nette du rôle qu'occupe la Couronne—et plus particulièrement le procureur de la Couronne—au sein du processus pénal. Cette conception moderne du rôle du procureur de la Couronne a pris toute son ampleur au Canada à la suite de la décision de la Cour suprême dans la cause de *Boucher v. R.*<sup>4</sup> A cette occasion, M. le juge Taschereau déclarait en effet:

«La situation qu'occupe l'avocat de la Couronne n'est pas celle de l'avocat en matière civile. Ses fonctions sont quasi judiciaires. Il ne doit pas tant chercher à obtenir un verdict de culpabilité qu'à assister le juge et le jury pour que la justice la plus complète soit rendue. La modération et l'impartialité doivent toujours être les caractéristiques de sa conduite devant le tribunal. Il aura en effet honnêtement rempli son devoir et sera à l'épreuve de tout reproche si, mettant de côté tout appel aux passions, d'une façon digne qui convient à son rôle, il expose la preuve au jury sans aller au-delà de ce qu'elle a révélé».<sup>5</sup>

Ces propos furent également tenus par M. le juge Rand, en des termes qui ont été largement cités pour définir le rôle du procureur de la Couronne comme étant celui d'un officier de justice:

«On ne saurait trop souligner que le but d'une poursuite criminelle n'est pas d'obtenir une condamnation, mais de soumettre à un jury ce que la

Couronne considère comme une preuve digne de foi se rapportant à ce qu'on allègue être un crime. L'avocat a le devoir de s'assurer que toutes les preuves légales disponibles sont présentées: la chose doit être faite avec fermeté et poussée à sa conclusion légitime, mais elle doit aussi être faite honnêtement. *Le rôle du procureur de la Couronne exclut toute idée de victoire ou de défaite; ses fonctions constituent un devoir public et personne dans la vie civile n'assume une responsabilité personnelle plus grande.*<sup>9</sup>

Ceci est tellement vrai qu'en attribuant au procureur de la Couronne ce rôle d'officier de justice, certains iront jusqu'à prétendre qu'il n'occupe en rien la position d'un adversaire dans le processus pénal. Dans un article intitulé «Le rôle du procureur de la Couronne».<sup>7</sup> Keith Turner déclarait par exemple:

«Son but n'est pas d'obtenir des condamnations et le système accusatoire ne s'applique aucunement à son travail . . . . Dans le sens le plus vrai du terme, la Couronne ne gagne ni ne perd jamais une cause criminelle.»<sup>8</sup>

Si cette déclaration découle logiquement de la définition du procureur de la Couronne mise de l'avant par la Cour suprême dans l'arrêt *Boucher*<sup>9</sup>, il semble qu'elle illustre parfaitement les abus auxquels une telle doctrine peut donner ouverture. Il existe une limite évidente au devoir du procureur de la Couronne de faire preuve d'impartialité et de s'assurer que tous les faits pertinents à la cause, même ceux favorables à l'accusé, soient présentés au tribunal pour appréciation: cette limite ultime a été clairement exprimée dans la cause de *Seneviratne v. R.*<sup>10</sup> où il fut décidé que la Couronne n'avait pas à assumer à la fois ses propres fonctions et celles de la défense.

Le processus pénal canadien se déroule dans un système procédural de type accusatoire et il semble en conséquence fallacieux de prétendre que le procureur de la Couronne ne devrait en aucune façon y jouer le rôle d'un adversaire de la défense. M. le juge Brossard, de la Cour d'appel du Québec, soulignait que:

«S'il est vrai, en effet, que la Couronne ne doit pas s'acharner contre un individu afin d'obtenir une condamnation, il n'en demeure pas moins que l'intérêt public serait trahi si la Couronne ne poursuivait pas vigoureusement celui qu'elle a des motifs sérieux de croire le coupable. En ce sens, 'in order to secure the conviction of the right person', la Couronne a réellement une cause à gagner».<sup>11</sup>

Conscient du fait que la Couronne n'avait pas à assumer le rôle de la défense et qu'on ne pouvait sérieusement s'attendre à ce que le procureur de la Couronne travaille à la fois à présenter une preuve et à jeter un doute sur sa véracité, M. le juge Brossard ajoutait:

«Si la Couronne ne peut être mise dans l'obligation d'apporter en preuve devant le tribunal tout ce que l'enquête policière lui a révélé—une grande partie des résultats de cette enquête peut fort bien n'avoir aucun intérêt—doit-elle avoir le privilège de juger seule et en dernier ressort de la pertinence de la preuve».<sup>12</sup>

C'est précisément dans le domaine de la communication de la preuve avant le procès que la thèse voulant que le procureur de la Couronne dispose de pouvoirs discrétionnaires connaît ses plus grandes difficultés. En effet, et il ne s'agit toujours pas de mettre en doute la bonne volonté des procureurs de la Couronne à remplir ce rôle d'officier de justice, il faut pour le moins admettre que ceux-ci ne sont pas les mieux désignés pour agir dans l'intérêt de l'accusé. A ce sujet, le juge Traynor faisait remarquer:

«Ainsi, bien qu'un représentant de la poursuite soit moins un adversaire déterminé qu'un commentateur, s'ensuit-il qu'il est le mieux à même de déterminer ce qui est important pour la défense? Ne serait-ce pas attendre trop même du procureur le plus large d'esprit qu'il soit également le juge de ce que la défense doit savoir des témoins? C'est précisément l'absence de ce zèle qui risquerait de fausser son jugement dans ce domaine. Pourquoi ne pas laisser la défense juger par elle-même?»<sup>19</sup>

Il semble en effet parfaitement utopique de renier le rôle d'accusateur et d'adversaire que le procureur de la Couronne doit remplir, en conformité, bien sûr, avec l'attitude qui sied à un officier de justice. Au contraire, si notre processus judiciaire en matière criminelle doit demeurer de type accusatoire, il est indispensable que chaque partie remplisse le plus adéquatement possible le rôle qui lui est assigné. Dans un tel contexte, la présomption d'innocence de l'accusé sera beaucoup mieux servie si on donne à la défense tous les moyens de la faire valoir que si l'on espère que la poursuite s'en charge.<sup>14</sup>

## 2. *Discrétion judiciaire*

Le fait de conférer au juge de première instance une certaine discrétion en matière de communication de la preuve est suffisant, selon certains, pour pallier aux abus ou aux inégalités de traitement<sup>15</sup> auxquels peut donner lieu l'exercice incontrôlé d'un pouvoir discrétionnaire par la Couronne. Dans l'état actuel des choses, cependant, la discrétion judiciaire est d'application très limitée. En effet, si une demande de renseignements est présentée par la défense au tribunal avant le procès, la cour refusera d'intervenir, alléguant que ceci relève exclusivement de la discrétion de la poursuite. Si une telle demande est présentée au procès, la cour refusera encore d'intervenir dans la décision prise par la poursuite à moins que celle-ci n'ait été influencée par quelque raison biaisée.<sup>16</sup> Ce que l'on appelle discrétion judiciaire est donc tout au plus un pouvoir de révision que les tribunaux n'exerceront que dans des circonstances assez exceptionnelles.<sup>17</sup> Cette quasi-absence de contrôle judiciaire rend encore plus inacceptable la vaste latitude conférée à la poursuite en matière de divulgation d'éléments de preuve. Dans un article intitulé «Le procureur de la Couronne un officier de justice»<sup>18</sup>, M. Shapray écrivait à ce sujet:

«Il est douteux que les buts de la justice et de la vérité soient le mieux servis par une sanctification de cette discrétion judiciaire, effectuée de



toute évidence pour le principe, surtout si l'on considère l'inégalité considérable de techniques d'enquête et de ressources existant entre la Couronne et l'accusé. La tâche de prouver un 'motif détourné' de dissimulation avant de pouvoir 'peut-être' forcer la Couronne à appeler un témoin semble devoir constituer une piètre consolation pour un accusé dont c'est la liberté qui est en jeu».<sup>19</sup>

On pourrait croire qu'il soit suffisant, pour répondre à de telles critiques, de réformer le droit actuel en investissant le juge de première instance de la discrétion aujourd'hui exercée par le procureur de la Couronne et en définissant clairement les critères auxquels il devrait se référer pour exercer judiciairement une telle discrétion. Commentant les nombreuses réformes entreprises aux États-Unis dans ce domaine, un juge américain écrivait récemment:

«Il n'est absolument aucun besoin d'une législation encombrante qui ne ferait que donner libre cours à une nouvelle interprétation judiciaire. La question serait beaucoup mieux réglée en faisant en sorte que la défense tout comme l'État aient accès à la communication de la preuve. La chose pourrait aisément être promulguée en vertu des pouvoirs de réglementation du tribunal . . . . La question de la communication de la preuve constitue par conséquent une procédure fondamentalement peu complexe qui peut être exercée grâce aux pouvoirs impartis aux tribunaux sans nécessiter une législation particulière».<sup>20</sup>

Si cette approche offre l'avantage de paraître la plus simple, elle ne va pas sans créer certaines difficultés. Tout d'abord, on peut se demander s'il est nécessaire d'encombrer les cours de juridiction criminelle avec des matières préalables ou collatérales dont on veut disposer précisément pour simplifier et accélérer la marche du processus judiciaire. En matière civile, par exemple, les échanges de renseignements entre les parties avant le procès ont lieu généralement aux termes d'exigences légales explicites, et sans qu'il soit nécessaire de recourir dans tous les cas à l'intervention judiciaire.<sup>21</sup> De plus, le critère majeur en vertu duquel le juge ainsi investi d'un pouvoir discrétionnaire devrait être appelé à l'exercer, est extrêmement difficile à apprécier avant le procès; en plus de la pertinence et de la disponibilité du renseignement requis, le juge devra tenter d'apprécier le préjudice qui pourrait possiblement être causé à l'accusé s'il n'était pas ainsi renseigné. A une époque où la cause est encore en voie de préparation, il est extrêmement difficile d'apprécier à quel point le besoin de certaines données du problème est impérieux et crucial. Si, par ailleurs, le juge ne devait considérer la demande de renseignements qu'à l'égard de sa pertinence, il est loisible de penser que son intervention serait le plus souvent superflue. Ce commentaire met en relief le véritable critère en vertu duquel la communication de la preuve devrait s'opérer: comme dans les affaires civiles relevant de la common law, tout renseignement pertinent ou pouvant conduire à la découverte de faits pertinents devrait être divulgué. Comme on peut le constater en matière civile, un tel critère peut facilement être appliqué sans nécessité d'intervention judiciaire.

Enfin, alors que certains semblent soutenir que la discrétion judiciaire est un instrument suffisant pour disposer des problèmes relativement simples posés par la communication de la preuve avant le procès<sup>22</sup>, d'autres prétendront que c'est là une solution de compromis devant l'exigence d'élaborer des règles précises pour gouverner des situations complexes. C'est ainsi que David Louisell écrivait, dans un article intitulé «Criminal Discovery: Dilemma Real or Apparent»<sup>23</sup>:

«En instituant la formule de la 'discrétion judiciaire', nous nous leurrions souvent nous-mêmes, au moins inconsciemment, en la considérant comme une doctrine légale du genre *res judicata*, ou achat pour valeur reçue sans avis, ou compensation. Mais en y réfléchissant, on s'aperçoit qu'il n'en est pas ainsi. Il s'agit d'une expression tout aussi nébuleuse 'qu'équité' ou 'dans l'intérêt public' ou même 'justice'. Elle signifie tout au plus que, le processus d'appel étant ce qu'il est—l'examen d'un dossier plutôt que d'une cause—il vaut mieux confier certains points à la décision du juge; sauf, naturellement, si son jugement est si abominable qu'il en soit intolérable. Considérée d'une façon réaliste plutôt que comme un concept pur, la 'discrétion judiciaire' dans le domaine de la communication de la preuve en droit criminel nous apparaît plus clairement comme ce qu'elle est trop souvent: un moyen de se soustraire à la nécessité de formuler des règles raisonnables dans une situation complexe. En fait, la discrétion judiciaire semble généralement la règle depuis bien des années dans la communication de la preuve en matière criminelle, ce qui fait que dans la plupart des juridictions, cette communication n'existe pas».<sup>24</sup>

Il est par ailleurs certain que même si l'on doit mettre sur pied des règles formelles qui permettent la communication de la preuve avant le procès, les tribunaux n'en continueront pas moins de jouer un rôle dans l'application d'une telle législation, comme c'est par exemple le cas en matière civile. Si un litige devait naître quant à la pertinence ou au caractère confidentiel de certains renseignements, il est évident que les tribunaux devraient en être saisis. En conséquence, il semble que la participation des tribunaux dans un système de communication de la preuve avant le procès devrait être limitée aux cas litigeux auxquels pourra donner naissance une procédure formelle conférant un droit à l'accusé d'être renseigné par la Couronne sur les éléments de preuve qui soutiennent l'accusation.

### 3. *Procédure formelle*

Il semble impérieux, pour les raisons mentionnées aux paragraphes qui précèdent, d'implanter au Canada une procédure formelle de communication de la preuve avant le procès en matière pénale, plutôt que de laisser à la poursuite ou à la magistrature la discrétion de décider dans quels cas et de quelle façon cette communication devrait s'opérer. La création d'une procédure formelle requiert la reconnaissance explicite du droit de l'accusé à être ainsi renseigné; plus encore, ce droit conféré à l'accusé devra être servi

par une procédure adéquate et sans devoir aborder ici les divers types de procédure qui puissent réaliser cette exigence<sup>26</sup>; nous pouvons déjà concevoir que la mise sur pied d'une telle procédure transformera substantiellement la phase préalable au procès dans le processus judiciaire.

## INTÉGRATION D'UN SYSTÈME DE COMMUNICATION DE LA PREUVE AU SEIN DES PROCÉDURES PRÉALABLES AU PROCÈS: LA COMMUNICATION DE LA PREUVE AVANT LE PROCÈS ET L'ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE

L'implantation d'un système formel de communication de la preuve avant le procès en matière pénale ne peut s'opérer sans heurter les divers mécanismes qui s'appliquent aujourd'hui entre la comparution d'un prévenu et le début de son procès. On ne peut en effet considérer cette question sans se préoccuper de la diversité des procédures avec lesquelles un système de communication de la preuve devrait composer. Sans vouloir ici traiter en détail des mécanismes qui seront probablement affectés par l'intégration d'une procédure formelle de communication de la preuve, il est une question d'envergure dont il convient d'abord de disposer: quel sort est réservé à l'enquête préliminaire en vertu d'une telle réforme? S'il s'agit d'une question dite d'envergure, c'est non seulement à cause de l'importance de l'enquête préliminaire dans notre système de procédure pénale, mais surtout à cause de la signification et de la tradition qui s'y entache. Parler du maintien, de la modification ou de l'abolition de l'enquête préliminaire, c'est mettre en cause toute une philosophie procédurale qui s'est attachée à exprimer certaines valeurs comme inhérentes et particulières à la phase procédurale antérieure au procès. Ainsi ce n'est pas uniquement la formule même de l'enquête préliminaire qui est en cause, mais précisément ces principes fondamentaux qui la justifient.

L'enquête préliminaire est proprement définie, dans notre système de droit, comme une «committal proceeding» c'est-à-dire une procédure dont la fonction est de vérifier si la poursuite détient suffisamment de preuve pour que l'accusé soit cité à procès, soit sur l'accusation telle que portée, soit sur toute autre accusation que cette preuve peut révéler.<sup>26</sup> Cette procédure repose donc sur un souci, certainement légitime, que personne ne soit tenu de subir un procès s'il n'y a, a priori, suffisamment de preuve pour justifier la tenue d'un tel procès. Avant cependant d'analyser plus en détail cette procédure sous sa forme actuelle, il convient sûrement de retracer brièvement son évolution.

### 1. *Historique de l'enquête préliminaire:*

*Lointaines origines*—La première forme d'investigation des activités criminelles qui fut conduite pour permettre que des procédures ultérieures soient intentées contre une personne suspecte fut l'enquête du coroner.<sup>27</sup>

Théoriquement, les fonctions du coroner étaient variées et étendues: le coroner devait enquêter «dans tous les cas où une personne était assassinée, décédait subitement ou était blessée, lorsqu'une effraction était commise dans une maison d'habitation, ou encore quand un trésor était censé avoir été trouvé». <sup>28</sup> En pratique, semble-t-il, leurs enquêtes se limitaient aux cas de mort suspecte ou de découverte d'un trésor. Pendant la période allant de 1276 à 1554, seuls les coroners étaient formellement investis de ce pouvoir d'enquête, et ce bien que les juges de paix soient entrés en fonction depuis 1324. Aucune telle tâche ne leur fut conférée avant 1554. <sup>29</sup>

*Période inquisitoire*—C'est donc en 1554 que l'on retrace la première forme d'enquête préliminaire qui évoluera vers le type d'enquête que nous connaissons. Deux juges de paix furent alors requis, par statut <sup>30</sup>, d'enquêter dans les cas de «manslaughter», ou «felony», en interrogeant le prisonnier, et en recueillant toute preuve susceptible d'établir sa culpabilité; la loi les obligeait également à consigner leurs activités par écrit. Il est à noter que cette enquête n'était exigée que dans les cas où le prisonnier était admissible à un cautionnement. Selon Stephen <sup>31</sup>, cette procédure fut donc mise sur pied pour empêcher toute collusion possible entre le juge de paix et l'accusé qui tentait d'obtenir un cautionnement. L'année suivante <sup>32</sup>, la tenue de l'enquête préliminaire devenait requise même dans les cas où le prisonnier était inadmissible au cautionnement et devait demeurer sous garde en attendant son procès. Cette première forme d'enquête préliminaire était donc de nature purement inquisitoire et la qualité du magistrat enquêteur était plus celle du poursuivant ou de la police que celle de l'officier judiciaire impartial. <sup>33</sup>

*Naissance de la procédure de type accusatoire et adversaire*—C'est au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, parallèlement au développement d'une force policière régulière et organisée, que le juge de paix verra son rôle d'enquêteur se transformer pour devenir essentiellement judiciaire. Tant que le juge de paix enquêteur agissait en tant que poursuivant chargé de recueillir des preuves contre un prévenu, celui-ci ne pouvait se voir conférer aucun droit, surtout pas celui d'être informé de la teneur des preuves ainsi accumulées. Cet état de chose devait être modifié par deux lois qui, tout en transformant l'enquête préliminaire, sont en quelque sorte les premiers jalons de ce qui deviendra la communication de la preuve; en 1836, le *Prisoners' Counsel Act* <sup>34</sup> permettait aux accusés, lors de leurs procès, de prendre connaissance des dépositions recueillies contre eux. En 1848, ce droit devenait effectif au niveau même de l'enquête préliminaire, et toute la conception de cette procédure devenait modifiée par le *Jervis' Act*. <sup>35</sup> En vertu de cette loi, les témoins interrogés devant le magistrat enquêteur devaient l'être en présence de l'accusé, qui obtenait le droit de les contre-interroger. Après l'audition des témoins de la poursuite, une mise en garde était faite à l'accusé quant à son droit au silence, puis il pouvait faire entendre des témoins en réponse à l'accusation. Toutes les dépositions étaient prises par écrit et signées, et l'accusé pouvait en obtenir copie. A la suite de cette audition, le magistrat devait libérer l'ac-

cusé «si la preuve n'établissait pas une forte probabilité de sa culpabilité (strong and probable presumption of his guilt)»<sup>36</sup>, ou, dans le cas contraire, l'envoyer à procès. C'est donc là que l'enquête préliminaire est formellement devenue une «committal proceeding»:

«Vient ensuite, dans l'enquête préliminaire effectuée par le magistrat, la libération, le cautionnement ou la détention du suspect... Il est évident que dès que les juges de paix devinrent des juges intermédiaires, chargés de décider s'il y avait ou non matière à détention d'un suspect, ils doivent avoir acquis le pouvoir de détention. Le but même de l'enquête préliminaire était de mener à l'un ou l'autre résultat, et l'histoire de l'enquête préliminaire est en fait l'histoire des mesures conduisant à la détermination de cette question d'une manière judiciaire».<sup>37</sup>

*L'enquête préliminaire*—La fonction de l'enquête préliminaire telle que prévue à l'article 468 du *Code criminel* n'a jamais été modifiée depuis le *Jervis' Act* dont elle provient.<sup>38</sup>

Dans l'arrêt *Patterson*<sup>39</sup>, la Cour suprême du Canada réitérait récemment ce but non pas premier mais unique de l'enquête préliminaire:

«Le *Code criminel* définit clairement le but de l'enquête préliminaire qui est d'établir s'il y a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à son procès. L'enquête n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un».<sup>40</sup>

Face à cette définition très claire de la fonction et de la raison d'être de l'enquête préliminaire, nous pouvons aborder une analyse critique de la viabilité de cette institution de concert avec l'implantation d'une procédure de communication de la preuve avant le procès.

## 2. *L'enquête préliminaire est-elle encore utile à servir la fin pour laquelle elle est conçue?*

Si la raison d'être de l'enquête préliminaire est la vérification judiciaire de la citation à procès, deux questions méritent d'être considérées: (a) est-il utile que soit vérifiée judiciairement la suffisance de preuve qui puisse justifier qu'une personne subisse un procès et, si oui, (b) l'enquête préliminaire est-elle la procédure la plus adéquate pour ce faire?

La citation à procès par voie judiciaire relève d'une préoccupation fort légitime à l'effet que personne ne soit tenu de subir un procès s'il n'y a pas, *prima facie*, suffisamment de preuve pour l'y contraindre. Cette préoccupation, si elle est fort légitime, est manifestée dans notre système de droit criminel avec une certaine incohérence: l'enquête préliminaire n'est utilisée que dans environ 7% des procès pour actes criminels, et n'est pas disponible pour les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité.<sup>41</sup> C'est donc dire que dans près de 95%<sup>42</sup> des causes qui se rendent à procès, nous ne manifestons aucun souci de vérifier au préalable s'il y avait ou non matière à procès; et le nombre sûrement très restreint de libérations à l'en-

quête<sup>43</sup> nous prouve que dans le 5% de cas où nous manifestons un tel souci, notre appréhension est presque toujours mal fondée. Ce faible taux de libérations lors de l'enquête préliminaire a été expliqué en Angleterre<sup>44</sup> par des raisons qui ont sûrement un impact aussi réel dans le contexte canadien: le professionnalisme des forces policières et le pouvoir de retirer l'accusation que détient la Couronne garantissent que la majorité des accusations ne soient portées que sur des preuves suffisantes. D'autre part, l'attitude de la défense peut également être significative: la défense préférera souvent un acquittement au procès plutôt qu'une libération à l'enquête et évitera ainsi de procéder à dévoiler ses moyens de défense lors de l'enquête, rendant ainsi les chances de libération encore plus minces. On doit à cet égard noter que même dans les cas où la teneur de la preuve de la Couronne devrait théoriquement être évaluée par voie d'enquête, notre système de droit permet au poursuivant de passer outre à cette exigence de la loi en procédant par voie d'acte d'accusation privilégié (preferred indictment). Qui plus est, cette procédure prévue à l'article 507 du *Code criminel* permet même à la poursuite d'exiger la tenue d'un procès nonobstant la libération à l'enquête, le cas échéant. Ceci nous amène à nous interroger sur le sort de l'enquête préliminaire comme procédure visant à opérer cette vérification souvent superflue et parfois illusoire. De tout ceci on peut certainement conclure que la nécessité de vérifier si toutes les accusations portées reposent au moins sur une preuve *prima facie* n'est plus aussi aiguë qu'elle pouvait l'être à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, par exemple.

Aussi ne serait-il pas suffisant que la défense puisse, par requête par exemple, soulever la question dans les cas où elle se pose, et fasse constater à la cour l'insuffisance de la preuve que détient la Couronne, après en avoir elle-même reçu communication et avoir ainsi été en mesure de l'évaluer? A ceci certains répondront que l'enquête préliminaire n'est plus une procédure obligatoire<sup>45</sup> et que la défense peut toujours consentir à la citation à procès dans les cas où elle ne considère pas ce point sérieusement en litige. Si, de fait, la défense n'y renonce pas, et même dans les cas où l'issue n'en fait aucun doute, c'est possiblement parce que cette procédure sert d'autres fins que celle que la théorie du droit lui assigne, et est de plus la seule procédure existante capable d'assumer ces autres fonctions.

3. *L'enquête préliminaire sert-elle d'autres fins que la citation à procès ou la libération de l'accusé?*

Théoriquement conçue pour que soit opérée judiciairement la citation à procès, l'enquête préliminaire remplit, de façon incidente, de nombreuses autres fonctions.<sup>46</sup> Certains de ces effets secondaires de l'enquête préliminaire sont beaucoup plus une justification *a posteriori* de son existence, que des impératifs suffisants pour justifier sa raison d'être. Ainsi, il fut suggéré que l'enquête préliminaire offre à l'accusé une première chance d'établir son innocence, empêche l'utilisation de méthodes illégales par la police telles que

le recours au «3<sup>e</sup> degré» lors de l'interrogatoire de l'accusé, et permet à la Couronne de contraindre à témoigner des témoins autrement peu coopératifs.<sup>47</sup> D'autres fonctions, beaucoup plus importantes sont imputées à juste titre à l'enquête préliminaire: elle permet à la défense de se voir communiquer, avant le procès les éléments de preuve qui seront avancés contre elle (discovery) et ce par le biais d'une procédure contradictoire c'est-à-dire avec tous les avantages découlant du contre-interrogatoire; elle permet également qu'un témoin soit lié à une version définitive des faits, opérant ainsi la perpétuation officielle de la preuve.

Tous ces objectifs subsidiairement réalisés par l'enquête préliminaire risquent d'entrer en conflit et d'être sacrifiés à la fin première—et, théoriquement, unique<sup>48</sup>—que cette procédure doit remplir, soit l'établissement d'une cause *prima facie* qui puisse justifier la citation à procès. Ainsi en est-il de la communication de la preuve avant le procès: il existe une incompatibilité fondamentale entre ce que le droit anglais appelle une «committal proceeding» et une «discovery proceeding», et cette incompatibilité est telle qu'elles ne peuvent être fondues l'une dans l'autre de façon à réaliser parfaitement leurs objectifs respectifs. Monsieur le juge Marin, alors avocat, comparait l'enquête préliminaire à un examen au préalable:

«Elle (l'enquête préliminaire) permet à l'avocat de déterminer la nature et la valeur de la cause ouverte contre son client et on peut l'apparenter sous ce rapport à un examen au préalable».<sup>49</sup>

Sans vouloir revenir sur notre étude du droit canadien à cet égard<sup>50</sup> pour démontrer à quel point cet «examen au préalable» est restreint par le caractère même de l'enquête préliminaire, nous nous contenterons d'en mentionner ici la limite ultime: il est impossible de vouloir que la défense prenne idéalement connaissance de toute la preuve que la Couronne détient contre elle au sein d'une procédure qui n'impose à cette dernière que de révéler suffisamment de faits pour établir une cause *prima facie*.<sup>51</sup>

L'expérience fut tentée en Angleterre en 1967 et il apparaît que les nouvelles dispositions relatives à l'enquête préliminaire anglaise sont encore loin d'en faire une véritable procédure de communication de la preuve. Nous nous permettons donc ici de nous écarter de notre discussion pour décrire brièvement l'expérience britannique<sup>52</sup>, en ce qu'elle sert d'exemple de cette incompatibilité dont nous traitons.

L'enquête préliminaire traditionnelle, tenue en vertu de l'article 7 du «*Magistrates' Courts Act*» de 1952<sup>53</sup> a été substantiellement modifiée par l'article 2 du «*Criminal Justice Act*» de 1967<sup>54</sup> lequel permet, sous certaines conditions, qu'une déclaration écrite d'un témoin soit reçue en preuve à l'enquête au lieu de son témoignage oral autrefois obligatoire.

Les conditions d'admissibilité des déclarations écrites sont les suivantes:

- (a) la déclaration doit être signée;
- (b) la déclaration doit mentionner qu'elle est vraie et que le témoin est conscient qu'il peut être poursuivi si sa déclaration est fausse;

- (c) avant d'être produite en preuve, copie de la déclaration doit être signifiée à toute les parties en cause;
  - (d) aucune des parties ne doit s'objecter à ce que la déclaration soit produite en preuve.
- de plus
- (a) si la déclaration est faite par une personne de moins de 21 ans, elle doit mentionner son âge;
  - (b) si le déclarant ne peut pas lire, sa déclaration doit lui être lue et en faire mention;
  - (c) si la déclaration réfère à une pièce documentaire, on doit en signifier copie.<sup>56</sup>

L'article 2 ajoute que la cour *peut* toujours de son propre chef ou à la demande d'une partie, obliger un témoin à venir donner son témoignage oralement.

A première vue, ces deux procédures sont très libérales en matière de communication de la preuve puisqu'elles permettent à la défense de prendre connaissance de toutes les déclarations écrites des témoins. Une analyse plus approfondie nous permet de constater que ceci n'est malheureusement pas le cas que ces procédures demeurent des «committal proceedings» et non des «discovery proceedings». A la suite de cette législation, nombre de praticiens s'interrogeaient sur la perte de leur droit au contre-interrogatoire. A ceci on a répondu:

«Si par contre l'accusé ou ses conseillers veulent contre-interroger tous les témoins ou un témoin en particulier, à ce moment-là, ils peuvent alors s'objecter à la déclaration soumise et s'ils le font, le ou les témoins aux déclarations desquels on s'objecte *doivent* être cités et témoigner sous serment. Dans ce cas, ils auront encore le droit de contre-interroger le témoin».<sup>59</sup>

Malheureusement, ceci n'est pas tout à fait vrai. Si la défense s'objecte à la production de la déclaration écrite d'un témoin, elle ne force pas pour autant la poursuite à faire entendre le témoin en cour. Une telle objection ne fait qu'empêcher la recevabilité de la déclaration écrite. Ainsi, si la poursuite pense pouvoir établir une cause *prima facie* sans ce témoin, elle pourra toujours s'abstenir de le faire entendre à l'enquête. La défense ne pourra alors que présenter une requête à la cour et, aux termes de l'article 2(4), le juge a discrétion pour appeler le témoin.<sup>57</sup>

Si la Couronne décide ainsi de ne pas faire témoigner tel témoin à l'enquête, elle pourra le citer au procès après avoir avisé la défense de la substance de son témoignage, c'est-à-dire en lui signifiant sa déclaration écrite. Ainsi, la défense ne peut-elle pas forcer la Couronne à faire entendre tous ses témoins à l'enquête, de façon à pouvoir les contre-interroger. La situation, à cet égard, demeure donc inchangée: la défense conserve la possibilité de contre-interroger à l'enquête tous les témoins dont la Couronne



entend se servir pour établir une cause *prima facie* contre l'accusé. Cette position a été confirmée par la Cour d'appel le 15 décembre 1972 dans la cause de *R. v Epping and Harlow Justices, Ex Parte Massaro*.<sup>58</sup> Expriment le jugement unanime de la cour, le juge en chef Widgery déclarait :

«Ainsi établi, ce point est assez simple: quelle est la fonction du 'committal proceeding' dans ce but? Est-elle, comme pourrait le prétendre la poursuite, une simple sauvegarde pour le citoyen l'assurant qu'il ne pourra être cité à procès sans qu'une cause *prima facie* soit établie; ou bien, comme le soutient M. Beckman, s'agit-il d'une procédure de répétition permettant à la défense d'essayer son contre-interrogatoire des témoins de la poursuite dans le but d'en utiliser les résultats à son avantage par la suite? La question n'a jamais été tranchée, et c'est l'une des raisons pour lesquelles l'autorisation d'appel a été accordée dans le cas présent.

Pour ma part, je pense qu'il est clair que la fonction du 'committal proceeding' est d'assurer que personne ne subira son procès sans qu'une cause *prima facie* ait été établie. La poursuite a le devoir d'établir cette cause *prima facie*, et si, pour des raisons comme celle-ci, elle ne veut pas citer un certain témoin lors du 'committal proceeding', même s'il s'agit d'un témoin très important, la question doit à mon avis être laissée à sa discrétion et le fait d'agir ainsi ne peut en aucun cas être considéré comme une violation des règles de justice naturelle».<sup>59</sup>

(Requête pour permission d'appeler à la Chambre des Lords, refusée)

Cette décision de la Cour d'appel, parfaitement fidèle à la lettre et à l'esprit de la réforme de 1967, illustre très bien cette ultime incompatibilité entre une «committal proceeding» et une «discovery proceeding», la première imposant nécessairement à la seconde des limites qui devraient lui être étrangères. En effet, si un système de communication de la preuve avant le procès existait en dehors de l'enquête préliminaire telle que nous la connaissons, ses limites lui seraient imposées en vertu de critères qui lui sont propres, tels, par exemple, la pertinence, le caractère confidentiel ou la disponibilité des renseignements recherchés. En matière civile, par exemple, jamais on en penserait à restreindre l'examen au préalable aux seules matières susceptibles d'établir que la partie adverse détient une preuve *prima facie*.

4. *Les diverses fonctions que remplit l'enquête préliminaire ne seraient-elles pas mieux servies par une procédure différente?*

Par définition, une procédure visant à déterminer s'il y a ou non matière à procès—telle l'enquête préliminaire—se doit de n'imposer à la partie sur qui repose le fardeau de la preuve que d'établir une cause *prima facie*. Vouloir être plus exigeant, et obliger cette partie à dévoiler toute sa preuve au cours d'une telle procédure, c'est risquer d'en faire une répétition générale, une avant-première du procès, un véritable procès avant le procès. Ce souci de limiter l'enquête fut constant.<sup>60</sup> Et c'est ce qui en a fait et en fera toujours un mécanisme impropre à devenir le seul véhicule permettant la communica-

tion de la preuve avant le procès. L'inverse, cependant, n'est pas aussi vrai, et cette incompatibilité dont nous traitons n'est peut-être pas réversible: un système adéquat de communication de la preuve avant le procès pourrait fort bien remplir, en même temps que ses objectifs propres, la fonction aujourd'hui exercée par l'enquête préliminaire soit la vérification de la citation à procès. En effet, il semble que la principale critique que l'on puisse formuler à l'encontre des nouvelles procédures relatives à la citation à procès en Angleterre, c'est qu'elles confondent encore la fonction et les effets des procédures préalables au procès. Autant chez les tenants que chez les adversaires de l'enquête préliminaire, il semble y avoir un consensus à l'effet que les procédures préalables au procès doivent tendre à garantir que personne ne soit appelé à subir un procès s'il n'y a pas de preuve suffisante pour l'y obliger, et que les personnes appelées à subir un procès comprennent le mieux possible la nature de l'accusation à laquelle elles devront faire face. La façon traditionnelle de réaliser cet objectif,—et la réforme de 1967 n'y déroge pas—est d'établir une procédure dont la *fonction* est de vérifier s'il y a matière à procès (committal proceeding) et dont l'*effet* est de renseigner l'accusé sur l'accusation portée contre lui (discovery proceeding). Or il semble que cette façon d'opérer est peut-être la base de toutes les insatisfactions. Posons donc le problème différemment et voyons alors ses implications: disons donc que la *fonction* d'une procédure préalable au procès est de renseigner l'accusé sur la nature de l'accusation portée contre lui (discovery proceeding) et que l'*effet* de cette procédure est de démontrer s'il y a ou non matière à procès (committal proceeding).

Parfaitement renseigné avant le procès, et préférablement, avant même toute décision quant au plaidoyer sur la teneur de la preuve que la Couronne détient contre lui, le prévenu pourrait alors, le cas échéant, demander à la cour de statuer sur l'absence de preuve *prima facie*. La cour pourrait alors être saisie de l'affaire par requête et se voir transmises toutes les informations dont la défense aurait obtenu communication de la poursuite, et sur vue desquelles elle baserait son assertion. De cette façon, la fin servie aujourd'hui par l'enquête préliminaire serait encore réalisée et avec l'avantage de n'être soulevée que dans les cas où elle est véritablement en litige. Une telle procédure aurait aussi l'avantage d'être disponible dans tous les cas où la question de suffisance de preuve se pose, et non seulement dans les cas où une enquête préliminaire est aujourd'hui tenue.

Le critère en vertu duquel le juge saisi d'une telle requête devrait décider s'il y a ou non matière à procès pourrait n'être pas le même que celui en vertu duquel il dispose aujourd'hui de l'enquête préliminaire.<sup>61</sup> En effet, si toutes les causes criminelles sont admises à bénéficier d'une procédure de communication de la preuve, il semble illusoire de vouloir que toutes bénéficient ultérieurement d'une procédure opérant judiciairement la citation à procès, soit l'équivalent de l'actuelle enquête préliminaire. Il pourrait être suffisant que le juge saisi d'une telle enquête puisse libérer l'accusé si, à la face même du dossier tel que constitué au cours du «discovery», il n'y a

manifestement pas suffisamment de preuve pour justifier la tenue d'un procès. On peut penser, par exemple, aux cas où le juge devrait constater une absence totale de preuve quant à l'un des éléments essentiels de l'infraction. Dans les cas où l'insuffisance de la preuve de la Couronne ne serait pas aussi claire et risquerait de ne pas apparaître à la face du dossier, la défense pourrait également être admise à présenter une requête pour fixation de la cause au rôle par préférence; cette modalité pourrait ainsi assurer qu'un prévenu soit acquitté très tôt au procès dans des cas où il serait aujourd'hui possiblement libéré à l'enquête. Encore ici, le détail d'une telle procédure dépasse notre propos: nous reviendrons sur les garanties minimales qu'un modèle de communication de la preuve devrait réaliser.<sup>62</sup>

Les autres objectifs réalisés au stade de l'enquête préliminaire n'en seraient pas pour autant sacrifiés: nous mentionnions antérieurement<sup>63</sup> quelques-unes de ces fonctions secondaires que remplit l'enquête préliminaire; nous nous attacherons ici à les évaluer et à voir comment elles pourraient être autrement assumées. L'un des effets de l'enquête préliminaire, avons-nous dit, est de lier un témoin à une version définitive des faits. Une procédure de communication de la preuve avant le procès, qui remplacerait l'actuelle enquête préliminaire, pourrait sûrement en tenir compte et la forme d'une telle procédure peut varier selon l'importance à accorder à cet objectif: les déclarations des témoins devraient-elles être des déclarations assermentées ou simplement signées, ou encore être présentées sous forme de résumé? La défense devrait-elle pouvoir contre-interroger ces témoins avant le procès? Toutes ces questions, fondamentales bien sûr, dépassent ici notre propos et relèvent d'une décision quant au modèle de procédure à adopter. Il nous suffit à ce stade de souligner que l'objectif dont nous traitons peut survivre à l'abolition de l'enquête préliminaire, et être servi tout aussi adéquatement par une procédure—hypothétique à ce stade de la discussion—de communication de la preuve.

5. *Deux méthodes possibles d'intégration d'une procédure de communication de la preuve avant le procès:*

L'implantation d'une procédure de communication de la preuve offre, théoriquement, deux approches possibles:

(a) *Le maintien de l'enquête préliminaire*

*Uniformité: extension de l'enquête à toutes les infractions*

Nous avons déjà discuté du caractère limité de l'enquête préliminaire comme instrument de communication de la preuve avant le procès.<sup>64</sup> Cependant, et même si elle était en soi une procédure valable pour ce faire, il nous semble illusoire de penser qu'elle puisse devenir la procédure universelle de communication de la preuve. Sur un plan purement administratif, il est facile d'imaginer l'impact d'une réforme qui rendrait l'enquête préliminaire disponible pour toutes les infractions, même celles relevant aujourd'hui de la juridiction absolue du magistrat, ou punissables sur déclara-

tion sommaire de culpabilité.<sup>65</sup> Ainsi, si une procédure uniforme, applicable à toutes les infractions doit être mise sur pied, il est essentiel que la formule en soit beaucoup plus expéditive que l'enquête préliminaire telle que nous la connaissons.

*Non-uniformité: amélioration de l'enquête préliminaire et création d'une procédure différente pour les cas où elle n'est pas disponible*

Si l'on devait conserver l'enquête préliminaire pour les infractions allant devant juge seul et juge et jury, quitte à mettre sur pied une procédure différente pour les autres infractions, il va sans dire qu'il faudrait la modifier de façon à lui conférer une certaine efficacité au niveau de la communication de la preuve. D'une part, la loi devrait alors lui reconnaître officiellement cette fonction, et, d'autre part, la Couronne devrait être forcée d'y présenter toute sa preuve. Dans un tel cas l'enquête deviendra inévitablement un procès avant le procès, sans pour autant pouvoir régler de façon définitive les matières préliminaires ou collatérales, telles par exemple, l'admissibilité de certaines preuves. Il serait sûrement possible d'éviter ces inconvénients en reconnaissant l'admissibilité à l'enquête de dépositions écrites des témoins, si les parties y consentent.<sup>66</sup> Ceci aurait sûrement pour effet d'abrèger considérablement l'enquête. Modifier à ce point l'enquête préliminaire, c'est l'abolir dans sa forme actuelle c'est-à-dire en tant que procédure destinée uniquement à opérer la citation à procès ou la libération de l'accusé, sur vue d'une preuve *prima facie*.

*(b) L'abolition de l'enquête préliminaire<sup>67</sup>*

Nous croyons pouvoir affirmer, à ce stade de la discussion, que l'implantation d'une procédure de communication de la preuve avant le procès entraînera la disparition de l'enquête préliminaire telle qu'actuellement en vigueur. Il nous semble d'autre part souhaitable que soit créée une procédure uniforme, applicable à toutes les infractions, et qui saurait concilier les avantages de l'enquête préliminaire avec les impératifs d'une justice expéditive et la moins coûteuse possible. Nous discuterons ultérieurement des modèles en vigueur ou à l'essai dans certaines juridictions étrangères et de leur éventuelle applicabilité en droit canadien.<sup>68</sup>

L'abolition de l'enquête préliminaire et son remplacement par une procédure uniforme de communication de la preuve avant le procès nécessitent une réforme procédurale d'envergure, qui dépasse de beaucoup les simples mécanismes procéduraux; un tel changement ne serait pas sans mettre en cause, dans une certaine mesure, notre système de classification des infractions et la juridiction des tribunaux en matière criminelle: l'enquête préliminaire disparue, que reste-t-il de la distinction entre magistrat et juge seul? En vertu de quels critères l'accusé sera-t-il alors appelé à faire un choix entre les deux types de procès? Déjà extrêmement théoriques et complexes, les distinctions entre différentes juridictions concurrentes perdraient

alors tout leur sens pratique, et deviendraient une pure formalité constitutionnelle.

La complexité des problèmes soulevés par l'abolition de l'enquête préliminaire ne saurait être telle qu'elle nous force à renoncer à une telle réforme; à tout le moins devons-nous en être conscients, et nous attacher à faire les ajustements nécessaires dans ces autres aspects de la procédure qui, en soi, exigent d'être totalement repensés. Vouloir éviter ces problèmes et s'éloigner d'une procédure formelle de communication de la preuve avant le procès, c'est maintenir un *statu quo* essentiellement discrétionnaire. Et il nous semble que la communication de la preuve est trop essentielle à la bonne marche du processus pénal pour être administrée sur une base discrétionnaire, et la mise sur pied d'un système formel ne saurait être écartée en raison des difficultés techniques qu'elle provoque.

## NOTES

1. Voir *infra*, 5<sup>e</sup> partie.
2. Voir le rapport sur le sondage du questionnaire qui sera rendu public sous peu.
3. Pour une revue des différents pouvoirs discrétionnaires conférés à la poursuite en matière pénale voir Grosman, «*The Prosecutor, An Inquiry into the Exercise of Discretion*» (1969), chapitres 3 et 4. L'étude du professeur Grosman a introduit quelques données empiriques sur la question; l'analyse des questionnaires dont nous avons fait mention à la page de l'introduction au présent texte devrait permettre d'explorer ce problème beaucoup plus en profondeur.
4. [1955] R.C.S. 16.
5. *Ibid.*, à la p. 21.
6. *Ibid.*, aux pp. 23-4 (les soulignés ont été ajoutés).
7. Turner, Keith, «*The Role of Crown Counsel in Canadian Prosecutions*», (1962), 40 R. du B. Can. 439.
8. *Ibid.*, à la p. 452.
9. Précité, note 4.
10. [1936] 3 All E.R. 36.
11. *Les devoirs et obligations de la police et de la Couronne*, extrait tiré du rapport de M. le juge Roger Brossard, agissant comme commissaire chargé de faire enquête sur l'affaire *Coffin*, (1965), 25 R. du B. 637, à la p. 641.
12. *Ibid.*, à la page 642.
13. Traynor, R., «*Ground Lost and Found in Criminal Discovery in England*» (1969), 39 N.Y.U.L. Rev. 749 à la p. 759. Voir au même effet, Shapray, H., «*The Prosecutor as a Minister of Justice: A Critical Appraisal*» (1969), 15 McGill L.J. 124 à la p. 140.
14. Voir l'opinion contraire de Turner, précité, note 13, à la p. 458 où il soutient que: «... il est toujours essentiel qu'un homme soit présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été trouvé coupable. Et tant et aussi longtemps que ce sera le cas, il sera aussi essentiel que le procureur de la Couronne agisse comme un officier de justice, et non pas comme un avocat partie à une procédure de type adversaire».
15. Pour un aperçu de ces «inégalités de traitement» voir le témoignage présenté par Grosman, précité, note 8, aux pp. 75 et 76.
16. Voir analyse de droit canadien sur cette question, *supra*, 1<sup>re</sup> partie, p. 20.
17. Incidemment, on ne trouve dans la jurisprudence aucun exemple de «raison biaisée» qui aurait justifié la cour de renverser la décision du procureur de la Couronne.
18. Shapray, H., précité, note 13.
19. *Ibid.*, à la p. 131.
20. Honorable Robert F. Kane, «*Criminal Discovery, The Circuitous Road to a Two-Way Street*» (1973), 7 U. of S.F.L. Rev. 203, à la p. 214.
21. Voir 2<sup>e</sup> partie, note 2.
22. Voir la citation du juge Kane, précité note 20 à la p. 137.
23. (1961) 49 Calif. L. Rev. 56.
24. *Ibid.*, à la p. 98.
25. Voir description des «modèles» étrangers, *infra*, 6<sup>e</sup> partie.

26. Art. 463 C.ct.; *R. v. Weiss and Williams*, (1913), 21 C.C.C. 438 *R. v. Mooney* (1905), 11 C.C.C. 333; *R. v. Ostrove* [1968], 1 C.C.C. 117.
27. Stephen, «*A History of the Criminal Law of England*» (1883) I, à la page 217; Holdsworth, «*A History of English Law*», Tome I, à la p. 529, voir aussi généralement: Halyk, «*The Preliminary Inquiry in Canada*», (1967-68), 10 *Crim. L.Q.* 181.
28. *Statute de Officio Coronatoris* (4 Edw. 1, st. 2, A.D. 1276), cité par Stephen, Vol. I, p. 217.
29. Stephen, précité note 27 à la p. 219.
30. 1 & 2 Phil. and Mary, C. 13 (1554)—Stephen, précité note 27 à la p. 219.
31. *Ibid.*, aux pp. 237-238.
32. 2 & 3 Phil. and Mary, C. 10 (1555).
33. Holdsworth, précité note 27, tome I, à la p. 259.
34. 6 & 7 Will. 4, C. 114, s. 4.
35. *Indictable Offences Act*, 1848, 11 et 12 Vict. C. 42.
36. Stephen, précité note 27, à la p. 220.
37. *Ibid.*, à la p. 233.
38. Martin's *Criminal Code* (1955) à la p. 752: «This comes from the former ss. 682, 683 and 684(1). These were ss. 590 and 591 in the Code of 1892, which modified R.S.C. 1886, C. 174, ss. 69, 70 and 71. The Code provisions were taken from ss. 454 and 455 in the E.D.C. (English Draft Code, 1878) which were based upon 11 & 12 Vict., C. 42 ss. 18 and 21 and 14 & 15 Vict., C. 93 s. 14».
39. 1970 R.C.S. 409.
40. *Ibid.*, à la p. 412.
41. Voir Dominion Bureau of Statistics, *Statistics of Criminal and Other Offences, 1968* (1971) à la p. 14 et p. 122, pour les données relatives aux actes criminels. En 1968 (la dernière année pour laquelle de telles statistiques sont disponibles), sur les 49,963 personnes condamnées pour actes criminels, à l'exclusion des personnes condamnées aux termes des lois fédérales au Québec).
  - 826 furent jugées par un juge et jury
  - 2,490 furent jugées par un juge sans jury
  - 26,680 furent jugées par un magistrat, après élection
  - 19,967 furent jugées par un magistrat dans l'exercice de sa juridiction absolue.

Un total de 46,647 causes furent donc jugées par un magistrat, soit 93% du total.
42. Voir note 41 pour statistiques relatives aux actes criminels. Si on ajoute à cela toutes les poursuites sommaires, ce n'est plus 93% mais près de 95% des causes criminelles qui sont entendues par un magistrat, donc sans enquête préliminaire. De plus, en 1965, dans le district judiciaire de Montréal, environ 7.2% des causes criminelles ont donné ouverture à une enquête préliminaire: cf *Rapport Prévost*, Tome II, à la p. 181.
43. Il n'y a malheureusement pas de statistiques canadiennes disponibles sur le nombre de libérations à l'enquête préliminaire. Quelques données étrangères peuvent cependant être considérées:
  - Israël:*  
Entre 1956 et 1962, dans les cas où une enquête préliminaire fut utilisée, elle n'a donné lieu qu'à 1% de libérations: (*The Israeli Criminal Procedure Law*, introd. by Prof. U. Yadin, London, (1967), introduction p. 8).
  - Angleterre:*  
"The position is summarized by the Tucker Committee in the proposition that only between 3 and 4 per cent of offenders are discharged by the examining magistrate; the rest are committed for trial": (Glanville Williams, "Proposals to Expedite Criminal Trials", 1959 *Crim. L. Rev.* 82 à la p. 83).
44. Glanville Williams, précité note 43 aux pp. 84-5.
45. L'article 476 du *Code criminel*, introduit par amendement en 1968-69, prévoit qu'un prévenu peut, à tout stade de l'enquête préliminaire, et du consentement

- de la poursuite, être directement envoyé pour subir son procès, sans que preuve soit recueillie à l'enquête.
46. *R. v. Court*, (1947), 88 C.C.C. 27: «L'enquête préliminaire a plusieurs objectifs: (a) poursuivre l'enquête relative à une accusation; (b) assurer la présence de l'accusé, ou du poursuivant ou d'un témoin; (c) préserver la preuve; (d) constituer la base d'une mise en accusation statutaire aux termes de l'article 872, ou d'un procès sommaire en vertu de la Partie XVIII».
- Voir aussi Halyk, "The Preliminary Inquiry in Canada", précité note 30 aux pp 186 ss. Martin, G. A., "Preliminary Hearings", Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, Evidence, (1955), I; Glanville Williams, précité note 43 aux pp. 85-86.
47. Halyk, précité note 27 à la p. 186 ss.
48. *Patterson v. R.*, précité note 39.
49. Martin, G.A., précité note 46 à la p. I.
50. Voir *supra*, 1<sup>re</sup> partie.
51. Cette incompatibilité est parfaitement illustrée par la citation suivante extraite d'un discours prononcé par Harry Walsh, intitulé "*Discovery in the Criminal Process, Effective Use of the Preliminary Inquiry*", publié dans Studies Criminal Law and Procedure, Seminar of the Canadian Bar Association, Montréal, August 1972, à la p. 193:
- «Évidemment, en s'évertuant à recueillir toutes les informations possibles à l'enquête préliminaire, l'avocat de la défense risque de perdre la possibilité de faire libérer l'accusé à l'enquête préliminaire parce qu'il comble les vides laissés dans la cause par le procureur de la Couronne. Mais si l'on doit choisir entre combler les vides et obtenir une divulgation complète, je vous conseillerai alors d'opter pour le second choix, parce qu'une libération à l'enquête préliminaire n'écarte pas la possibilité qu'une accusation, peut-être d'une nature légèrement différente, soit portée contre l'accusé à une date ultérieure».
52. Pour une analyse plus détaillée du système britannique, voir *infra*, 6<sup>e</sup> partie.
53. 15 & 16 Geo. 6 & I Eliz. 2 C. 55.
54. 1967, C. 80.
55. Voir *Criminal Justice Act 1967*, Art. 9(2) et 9(3).
56. Mark Carlisle, "Committal Proceedings in English Criminal Law", (1967) 10 Crim. L.Q. 147, à la p. 153 (les soulignés ont été ajoutés).
57. David Napley, *A Guide to Law and Practice Under the Criminal Justice Act*, (1967), (1967).
58. [1973] 2 W.L.R. 158.
59. *Ibid.*, aux pp. 159-60.
60. Traitant de l'enquête préliminaire telle que modifiée par le *Jervis' Act* en 1848 Stephen déclarait: «L'enquête devant le magistrat est désormais essentiellement judiciaire. On peut peut-être se demander si elle n'est pas trop judiciaire et si elle ne tend pas à constituer un procès séparé»: Stephen précité, note 27 à la p. 229; récemment encore la Cour suprême exprimait le même souci: «Elle (l'enquête préliminaire) n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un»: *Patterson v. R.* précité, note 39 à la p. 412.
61. *Ex Parte Reid* (1954), 110 C.C.C. 260; *R. v. Plouffe and Warren* (1958), 122 C.C.C. 291, *R. v. Latta*, (1961), 36 W.W.R. 699; Salhany, R., *Canadian Criminal Procedure*, (1968), à la p. 65: «...Le magistrat doit se mettre à la place du juge. Ainsi, s'il est d'avis que la preuve est telle qu'elle l'amènerait, en tant que juge, à retirer la cause du jury, il devra libérer l'accusé. Si par contre il devait soumettre la question au jury, il devrait alors renvoyer l'accusé à son procès».
62. Voir *infra*, 7<sup>e</sup> partie.
63. *Supra* aux pp. 148-151.
64. *Ibid.*



65. On se souvient que ces infractions représentent près de 95% des affaires pénales occupant les tribunaux: voir notes 41 et 42.
66. Cette modification à l'enquête fut introduite en Angleterre en 1967: voir *supra*, aux pp. 75 et suivantes; voir aussi description plus détaillée du «modèle britannique» *infra*, 6<sup>e</sup> partie.
67. Voir généralement sur cette question: Mueller et Le Poole Griffiths, *Comparative Criminal Procedure*, (1969) à la p. 69: "The Movement to Abolish Preliminary Hearings".
68. Voir *infra*, 6<sup>e</sup> partie.

#### 4<sup>e</sup> PARTIE

### SANCTIONS

La mise en vigueur d'une procédure de communication de la preuve avant le procès soulève un autre problème extrêmement important soit celui des sanctions à appliquer en cas de défaut de divulgation; une faiblesse de la législation à cet égard risque de saboter l'entière efficacité de la procédure. Par ailleurs, la création de sanctions drastiques outrepassé inévitablement la pure procédure pour s'intégrer dans le droit substantif et les règles de preuve et risque de remettre en question leur justification et leur cohérence interne.

A la lumière de l'état actuel du droit canadien et des dispositions prévues dans les divers modèles étrangers, nous pouvons déjà envisager un éventail de sanctions possibles et nous attacher à en discuter le bien-fondé.

#### LES SANCTIONS RELIÉES AU DROIT SUBSTANTIF

Nous avons vu précédemment que l'*outrage au tribunal* est la sanction prévue à l'article 533(2) du *Code criminel* à l'encontre d'une partie qui fait défaut de se conformer à une ordonnance de la cour concernant la remise de pièce pour fins d'épreuve ou d'examen.<sup>1</sup> Cette sanction, applicable uniquement dans les cas où le droit de recevoir communication de certains éléments de la preuve relève d'une décision judiciaire est pour le moins inusitée et, théoriquement du moins, peu efficace en matière de communication de la preuve: que la partie qui fait défaut de dévoiler la preuve qu'on l'oblige à révéler soit condamnée pour outrage au tribunal ne change rien à l'ignorance dans laquelle se trouve la partie adverse, ni au risque qu'elle en subisse préjudice. Aussi cette sanction est peut-être trop drastique puisqu'un résultat tout aussi satisfaisant pourrait être obtenu autrement.

Ceci nous amène à nous interroger sur l'opportunité de recourir au droit substantif pour concevoir des sanctions appropriées à l'égard de la communication de la preuve avant le procès; il serait en effet très aisé de créer différentes infractions dont la gravité pourrait varier selon que l'on veut sanctionner le défaut de divulguer certaines informations, la divulgation

tardive de ces renseignements, ou encore la divulgation de renseignements faux ou trompeurs. Le recours à un tel mode de sanction nous paraît cependant inapproprié et ce, pour deux raisons: d'une part, bien que très sévère, il risque d'être peu efficace puisqu'il ne force pas directement la divulgation des renseignements tenus cachés, ni ne prohibe leur utilisation. D'autre part, et au niveau des principes cette fois, il nous semble néfaste que la procédure puisse recourir à la création d'une infraction pour faciliter la solution d'une autre: il paraît en effet assez ironique que la procédure devienne systématiquement un multiplicateur du crime, et si cet effet est inévitable dans certains cas, il n'en devient pas pour autant un objectif à poursuivre. Nous croyons donc qu'il est inutile et indésirable de recourir à un tel mode de sanction.

Le même commentaire vaut pour la prise de mesures disciplinaires contre l'avocat qui ferait défaut de se conformer aux prescriptions légales en matière de communication de la preuve. Une procédure formelle de communication de la preuve avant le procès devrait s'exprimer autrement que par la formulation de règles relatives à l'éthique professionnelle, et respecter ce choix au niveau des mécanismes de sanction à appliquer.

## LES SANCTIONS RELIÉES AUX RÈGLES DE LA PREUVE

### 1. *Commentaires du juge*

Ce mode de sanction consiste à autoriser le juge de première instance à commenter le défaut par une partie de communiquer certains renseignements à la partie adverse. Ce commentaire peut porter sur la crédibilité ou la force probante d'un fait ou d'un témoin «surprise», en soulignant l'impossibilité dans laquelle s'est vu placée la partie adverse de réfuter ou diminuer l'impact de cette preuve dommageable.<sup>2</sup>

Cette sanction, encore ici, est d'application limitée; elle fait échec à l'un des buts que la communication de la preuve tend à réaliser, soit la disposition rapide des litiges. Dans certains cas, si la défense avait connu au préalable l'envergure de la preuve de la Couronne, elle aurait procédé non pas à la réfuter mais à considérer l'à-propos d'un plaidoyer de culpabilité.

### 2 *Inadmissibilité de la preuve*

L'inadmissibilité au procès de la preuve non dévoilée à la partie adverse est sans aucun doute la sanction la plus efficace en ce qu'elle force la divulgation des renseignements essentiels et, le cas échéant, prévient le préjudice causé par l'élément surprise au procès. C'est la sanction indistinctement appliquée par la procédure israélienne<sup>3</sup>, et, en Angleterre par exemple, c'est aussi la sanction qui peut être appliquée par le juge si la défense a fait défaut de révéler une défense d'alibi avant le procès.

Cette sanction dépasse bien sûr les pures préoccupations procédurales pour devenir une règle de preuve et certains s'interrogeront sur l'opportunité d'établir une telle règle d'inadmissibilité de la preuve non divulguée dans

un système de droit qui reconnaît par ailleurs la recevabilité au procès d'une preuve illégalement obtenue. Sans discuter le bien-fondé de cette dernière règle, nous pouvons déjà souligner qu'aucun principe fondamental ne fait obstacle à la co-existence de ces deux mesures destinées à réglementer l'admissibilité de la preuve au procès. Sans devoir discuter du mérite de la règle d'exclusion de la preuve illégalement obtenue, on doit souligner qu'elle est tout à fait étrangère à la règle d'exclusion de la preuve non divulguée puisque cette dernière ne se préoccupe pas de la nature de la preuve ou de la façon dont elle fut obtenue; que la preuve ait été légalement ou illégalement recueillie, elle sera exclue si on a caché son existence à la défense. Cette règle vise donc simplement à réglementer la procédure de communication de la preuve et ne soulève donc pas toutes ces questions relatives aux moyens de contrôler les activités policières, questions dont on doit traiter lorsqu'on étudie la règle d'exclusion de la preuve illégalement obtenue.

De plus, il convient de remarquer que la règle d'inadmissibilité est très souvent appliquée non pas à la preuve non divulguée, mais à son véhicule. Le droit canadien connaît en effet déjà une telle pratique; si, par exemple, la Couronne ne donne pas avis de son intention d'utiliser une preuve par certificat, le certificat est inadmissible.<sup>4</sup> Dans un tel cas, c'est donc seulement le véhicule de la preuve et non le fait à prouver qui est affecté puisque la Couronne peut toujours prouver ce fait—l'état d'ivresse, par exemple—autrement. Dans un véritable système de communication de la preuve, tout fait non dévoilé, et non seulement le mode de preuve devient inadmissible.

Une telle règle est cependant inapplicable à de nombreuses matières pour lesquelles une autre méthode de sanction devra en conséquence être prévue. Ainsi, par exemple, si on réfère à l'obligation pour la couronne de communiquer à la défense avant le procès tout renseignement en sa possession qui puisse être favorable à la défense et tende à établir l'innocence de l'accusé, il est évident que l'inadmissibilité de la preuve non divulguée ne saurait en aucune façon être une sanction réaliste à l'égard du défaut par la Couronne de remplir une telle obligation.

## LES SANCTIONS PROCÉDURALES

Il est enfin une troisième classe de sanctions possiblement applicables, et qui relèvent cette fois uniquement de la procédure.

### 1 *Ajournement du procès*

Le recours à l'ajournement du procès pour permettre qu'une partie en défaut de divulguer s'exécute est sûrement la première sanction qui vient à l'esprit.<sup>5</sup> Le mot «sanction», ici, peut sembler inapproprié mais il est certain que la partie en défaut risque d'être affectée par une telle mesure. De la même façon cependant tout le système d'administration de la justice risque d'être affecté, et la «sanction» pourra même parfois provoquer des délais non souhaitables. L'ajournement du procès pose également des problèmes pratiques considérables dans les cas de procès par jury. Notons enfin que cette

«sanction» n'est réaliste que dans la mesure où la partie en défaut a l'intention de s'exécuter puisque, en soi, elle est permissive et non coercitive.

S'il n'est donc pas à proprement parler une sanction, le recours à l'ajournement du procès demeure une mesure qui, malgré les inconvénients qu'elle comporte, la seule qui puisse satisfaire les divers intérêts en cause, y compris l'intérêt primordial de la justice à ce que la lumière soit faite sur certains faits par l'entremise d'un débat de type contradictoire. Il est également possible de minimiser les cas où il faudra y recourir en établissant des règles et des procédures précises pour permettre à l'accusé d'obtenir communication de la preuve de la Couronne avant le procès.

## 2. *Bref de prérogative: mandamus*

Il s'agit ici d'une sanction positive, directement conçue pour forcer une partie à s'exécuter, et ce, en temps voulu. Ce recours par voie de *mandamus* ne pouvant être recherché qu'auprès d'un juge d'une cour supérieure, il est clair qu'il serait peu facilement disponible du moins dans certaines régions.

Cette référence aux brefs de prérogative nous amène toutefois à réfléchir sur la nécessité, de façon générale, de régler les difficultés qui surgissent avant le procès par le biais d'une procédure spéciale, applicable à ce stade de la cause; le droit actuel semble dans bien des cas se contenter de renvoyer le problème pour décision au procès et, de là, à l'appel. Une procédure de communication de la preuve devrait tendre à encourager la disposition rapide des litiges. La logique interne nécessite donc que les litiges secondaires auxquels elle-même donnera naissance soient réglés de façon efficace et avec une célérité accrue.

## LA DISCRÉTION JUDICIAIRE

Il est également possible de rendre disponibles, par législation, tous les modes de sanction préalablement exposés, et de laisser au juge du procès le soin d'appliquer celle qui lui semble appropriée dans les circonstances de chaque cause. De concert avec les arguments classiques à l'encontre ou au soutien de la «justice discrétionnaire», il faut noter qu'aucune discrétion n'est possible sans des critères relativement certains sur lesquels elle puisse se fonder.

D'autre part, la discrétion dans le choix des sanctions à utiliser peut être une arme puissante et très efficace dans les mains du juge de première instance, particulièrement face à des situations exceptionnelles. Les décisions prises par le juge Byrne dans la cause de Daniel Ellsberg sont un excellent exemple de la nécessité de laisser au juge une certaine flexibilité dans le choix des sanctions à imposer dans les cas où la poursuite fait défaut de divulguer des éléments de preuve possiblement favorables à la défense. Siégeant avec jury, le juge Byrne n'a pas hésité à ajourner la cause plusieurs fois pour enfin rejeter les accusations portées contre l'accusé en guise de sanction contre le gouvernement.<sup>6</sup>

## NOTES

1. Voir *supra*, 1<sup>re</sup> partie, aux pp. 15-16.
2. Voir, par exemple, l'état actuel du droit canadien relativement à la divulgation avant procès de la défense d'alibi, *infra*, 1<sup>re</sup> partie, aux pp. 25-30.
3. Voir discussion du «modèle israélien», *infra*, 6<sup>e</sup> partie.
4. Voir *supra*, 1<sup>re</sup> partie.
5. C'est là d'ailleurs la «sanction» utilisée à l'égard de la seule véritable disposition que notre droit pénal connaisse en matière de communication de la preuve avant le procès: article 532 *Code criminel* (trahison), voir *infra* aux pp. 14-15.
6. Voir un compte rendu sommaire de ces événements dans *The New York Times*, 26 avril 1973, aux pp. 1 et 7.

## 5<sup>e</sup> PARTIE

# QUESTIONS RELATIVES À LA COMMUNICATION DE LA PREUVE DE LA DÉFENSE À LA POURSUITE

Nous allons examiner dans cette partie le droit de la poursuite d'obtenir la communication de la preuve avant le procès. Nous insisterons sur la question de savoir si la loi devrait obliger la défense à fournir à l'avance des informations à la poursuite, afin de permettre à cette dernière de se préparer à contrer les moyens de défense ou les témoignages en faveur de la défense que l'on s'attend à voir introduire en preuve au procès.

## LES ARGUMENTS POUR ET CONTRE LA COMMUNICATION DE LA PREUVE DE L'ACCUSÉ À LA POURSUITE

Ce n'est que récemment qu'ont été avancés des arguments en faveur de la communication de la preuve de la défense à la Couronne, et surtout en réponse à la tendance générale à l'intensification de la communication de la preuve à la défense.<sup>1</sup> L'argument au soutien d'une communication de la preuve opérant «dans les deux sens» en matière criminelle n'est sous un certain rapport, qu'une variante de l'argument fondé sur «l'équilibre des avantages» dont nous avons déjà fait l'analyse critique dans la deuxième partie de cette étude.<sup>2</sup> Toutefois, au lieu d'être avancé à l'encontre de l'intensification de la communication de la preuve à la défense, il l'est ici pour soutenir le point de vue selon lequel, si la communication à la défense doit être accrue, cet «avantage» devrait être compensé par un «avantage» similaire à la poursuite. On a soutenu par exemple que:

«... l'octroi unilatéral de la communication de la preuve est 'injuste' envers l'État... il surcharge le procureur de la Couronne qui doit déjà faire face au droit de l'accusé de refuser de s'incriminer et à la nécessité d'établir une preuve hors de tout doute raisonnable».<sup>3</sup>

Sur un plan plus pratique, on a soutenu que:

«La plupart des procureurs de la Couronne s'opposent à un système qui les forcerait à dévoiler leur preuve sans recevoir en retour aucun bénéfice en matière de procédure ou de preuve».<sup>4</sup>

Glanville Williams observe de son côté que:

«On est d'avis que la balance penche déjà si fortement en faveur de l'accusé qu'une nouvelle réforme ne devrait pas être conçue uniquement dans son intérêt». <sup>5</sup>

On a avancé de plus que la constatation qu'en matière civile le système adversaire fonctionne mieux lorsque la communication de la preuve est réciproque et que chacune des parties est aussi bien préparée que possible à contrer la preuve et les arguments de l'autre, devrait s'appliquer de la même façon au processus pénal, qui lui aussi opère dans le cadre d'un système adversaire. Dans cet ordre d'idée, on a posé la question suivante:

«Si la même liberté d'accès à l'information n'est pas accordée à la poursuite pour connaître les détails de la cause de la défense, pour mettre au pied du mur l'accusé et ses témoins, pour 'figer' leur témoignage, recherchons-nous les avantages de la communication de la preuve sans nous soucier de l'aspect protecteur de son utilisation dans le litige civil?». <sup>6</sup>

Les partisans de la communication de la preuve au bénéfice de la Couronne soutiennent de plus qu'elle n'interférerait en rien avec les droits procéduraux et la protection dont bénéficie l'accusé. Dans la cause californienne de *Jones v. Superior Court*<sup>7</sup>, le juge en chef Traynor a maintenu (pour la première fois aux États-Unis) l'utilisation par un tribunal de son pouvoir inhérent d'accorder une requête de la poursuite demandant la communication de la preuve de la défense. Il déclare en expliquant sa décision:

«L'accusé ne pouvant être forcé ni de témoigner ni de produire des documents privés en sa possession, il est admis que normalement, la poursuite ne peut l'obliger à dévoiler l'existence de témoins éventuels et de rapports et radiographies pour l'aider à préparer sa cause contre lui. S'ensuit-il par conséquent que le défendeur ne peut être requis de révéler à l'avance les témoins qu'il a l'intention de produire au procès et la preuve qu'il se propose de présenter? Un certain nombre d'États obligent par statut un accusé à dévoiler à l'avance certains moyens de défense comme l'aliénation mentale ou l'alibi et à révéler avant le procès les noms des témoins qui seront appelés à l'appui de ces défenses. La validité de ces statuts a été maintenue en dépit de l'objection selon laquelle ils violent les privilèges constitutionnels contre l'auto-incrimination, parce qu'ils ne forcent pas l'accusé à produire ou à révéler quoi que ce soit, mais se contentent de régler la procédure par laquelle il présente sa preuve. A notre avis, ce raisonnement est persuasif. L'ordonnance du tribunal adressée à l'accusé de révéler les noms des témoins qu'il se proposait de faire entendre et de produire les rapports et radiographies qu'il avait l'intention d'introduire en preuve l'obligeait simplement à dévoiler des informations qu'il aurait fait connaître sous peu de toute façon. On lui demandait donc seulement de décider plus tôt qu'il ne l'aurait normalement fait s'il garderait le silence ou s'il dévoilerait cette information. Il n'a perdu que l'avantage tactique possible de prendre la poursuite par surprise au procès, avantage qui de toute



façon aurait été réduit à néant puisque le tribunal aurait probablement accordé à la poursuite un ajournement pour lui permettre de préparer une réfutation. Nous avons donc conclu qu'à cet égard, l'ordonnance ne violait pas le privilège du défendeur contre l'auto-incrimination ni l'exigence constitutionnelle d'un procès équitable, et décidé que la poursuite était en droit d'obtenir ces informations avant le procès».<sup>8</sup>

Enfin, les partisans de la communication de la preuve à la Couronne étayaient leurs arguments en affirmant qu'il en résulterait un certain nombre d'avantages pour le processus criminel. Tout d'abord, on soutient qu'elle améliorerait l'exactitude du processus d'enquête sur les faits en éliminant la surprise en tant que tactique au procès et en décourageant la fabrication de défense et le parjure.

«Permettre au défendeur de dissimuler tous les éléments de sa preuve jusqu'à ce que l'État ait complété la sienne pourrait empêcher le procureur de la Couronne de préparer convenablement son contre-interrogatoire et de préparer une réfutation. Conséquemment, les condamnations pourraient être plus difficiles à obtenir dans les cas où le procureur de la Couronne aurait pu attaquer la crédibilité ou même réfuter les allégations du défendeur s'il avait été averti à l'avance.

De plus, le fait qu'un procureur connaisse à l'avance la preuve matérielle du défendeur et l'identité de ses témoins réduirait les risques de faux témoignages ou de parjures, ce qui améliorerait l'exactitude du processus d'enquête sur les faits et réduirait les risques de voir des coupables remis en liberté. Averti à l'avance, le procureur de la Couronne pourrait plus facilement préparer une contre-preuve pour prévenir toute tentative de l'accusé de fabriquer une défense. De plus, en interviewant les témoins de la défense avant le procès, il pourrait décourager chez eux toute inclination au parjure».<sup>9</sup>

Deuxièmement, et dans le cadre de cet avantage anticipé, on soutient qu'un litige inutile serait souvent évité si chacune des parties pouvait à l'avance connaître aussi bien que possible la force réelle de la cause de son adversaire. On a déjà mentionné dans cette étude ce résultat comme l'un des avantages de la communication de la preuve à la défense.<sup>10</sup> On prétend que la communication de la preuve à la Couronne pourrait contribuer à produire un résultat similaire «en donnant à la poursuite la possibilité d'omettre un élément de preuve qui est clairement erroné».<sup>11</sup>

De plus, on soutient que la communication de la preuve à la Couronne aiderait généralement à accroître l'efficacité du processus pénal:

«Un autre avantage de la communication de la preuve avant le procès est qu'elle rationalise le processus pénal. La communication avant le procès est moins coûteuse que la communication après ajournement, car le procès ne se trouve pas interrompu. Le nombre croissant de procès criminels ayant déjà créé une accumulation dans les cours, l'octroi d'un ajournement ne ferait qu'aggraver la situation. Un défendeur innocent, incapable de fournir un cautionnement, pourrait se voir forcé de demeu-

rer en détention jusqu'au procès. La communication avant le procès élimine le besoin d'un ajournement».<sup>12</sup>

On a avancé enfin que la communication de la preuve à la Couronne découragerait la défense d'agir à l'encontre des principes d'éthique professionnelle. On avise par exemple l'avocat de la défense qu'il n'est judicieux de dévoiler une défense d'alibi à l'enquête préliminaire que lorsque:

«... l'alibi est si bien établi que l'enquête policière qui suivra indubitablement sa véracité. Il est rare qu'un alibi soit assez puissant pour qu'on puisse se permettre de prendre ce risque».<sup>13</sup>

On pourrait interpréter cet avis comme signifiant qu'on ne devrait pas dévoiler un alibi s'il est possible que l'enquête établisse qu'il s'agit d'un faux. Mais si cette interprétation est exacte, il semble que les commentaires de Glanville Williams puissent s'appliquer. Il écrit:

«Un avocat qui dissimule de propos délibéré jusqu'au dernier moment une défense d'alibi parce qu'il soupçonne qu'elle est fausse et qu'il veut éviter que cette tromperie ne soit démasquée, s'associe, du point de vue moral, à cette supercherie».<sup>14</sup>

On présume en conséquence que la communication de la preuve à la Couronne empêcherait l'avocat de la défense de succomber à ce genre de tentation et améliorerait donc l'éthique professionnelle du barreau.

D'un autre côté, les arguments en faveur de la communication de la preuve à la Couronne se sont heurtés à beaucoup de critiques. On a déjà discuté, par exemple, de la non-validité de l'argument de «l'équilibre des avantages» dans la recherche de règles adéquates de procédure criminelle.<sup>15</sup> En ce qui concerne cet argument pour la communication de la preuve à la poursuite, il a été avancé que:

«Tous les arguments relatifs à la nécessité d'équilibrer les droits de la poursuite et de la défense semblent hors de propos et paraissent se rapporter plutôt à la théorie d'une 'justice sportive' qu'à notre principe actuel de présomption d'innocence. Tout comme on doit écarter l'argument prétendant que l'octroi du droit de communication de la preuve à la défense risquerait de créer un déséquilibre entre la poursuite et la défense de la même façon on doit éliminer l'argument selon lequel l'octroi de ce droit à la défense requiert une mesure réciproque pour la poursuite».<sup>16</sup>

L'argument qui veut que la communication de la preuve à la poursuite soit nécessaire pour éliminer la soi-disant «injustice» envers l'État causée par la communication à la défense a fait lui aussi l'objet de critiques:

«Il est fréquent sinon usuel dans les causes criminelles que ce soit l'État qui soit fortement favorisé dans la communication de la preuve, comme lorsque la police appréhende le défendeur et peut-être aussi d'autres personnes pour les interroger. Nous pouvons pour l'instant présumer que cet interrogatoire se fait sans coercition, mais nous n'approuverions

certes pas les circonstances entourant le genre habituel d'interrogatoire de police s'il s'appliquait à un litige civil . . . .

. . . Quoi qu'il en soit, il importe peu que les chances de remporter une poursuite judiciaire soient égales ou non. Le but de la poursuite criminelle n'est pas de déterminer lequel des deux adversaires est le meilleur».<sup>17</sup>

En réponse à l'argument voulant que la communication de la preuve de la défense à la Couronne soit nécessaire au bon fonctionnement du processus pénal opérant dans un système accusatoire, on a souligné que les fonctions et obligations des adversaires dans les causes civiles et criminelles sont fort différentes. Dans les causes criminelles, la poursuite formule généralement à l'avance un plan bien défini lui permettant de faire face à un fardeau de preuve qui est beaucoup plus lourd que le fardeau imposé au demandeur dans une cause civile. Dans une cause criminelle, le fardeau de la preuve nécessite de la poursuite qu'elle mette à profit ses propres ressources d'investigation pour prévoir et se préparer à repousser tout ce qui pourra être avancé pour établir une défense ou l'existence d'un doute raisonnable. Il pourra advenir dans la plupart des cas que la poursuite sera en mesure d'anticiper ces événements et de s'y préparer par ses propres moyens<sup>18</sup>, mais si tel n'est pas le cas, on a soutenu qu'il est plus en accord avec la philosophie fondamentale du processus pénal d'encourager un usage plus efficace de l'énorme potentiel d'investigation de l'État pour réduire au minimum le nombre des cas dans lesquels la poursuite est prise par surprise que de contraindre un accusé à aider la poursuite à préparer sa cause contre lui.

De plus, le fardeau imposé à la poursuite place l'accusé dans une situation tout à fait différente de celle du défendeur dans une cause civile.

« . . . Il appartient à la poursuite de prouver que le défendeur est coupable et il ne revient jamais réellement au défendeur de prouver son innocence. En vertu de cette politique de base, la question de savoir jusqu'à quel point le défendeur doit prévoir la preuve de la poursuite et révéler ses moyens de défense soulève des problèmes d'ordre pratique autant que constitutionnel. Lorsqu'une personne est accusée d'un crime sur la foi d'une preuve douteuse, il est difficile de dire si elle devrait utiliser comme alibi le fait qu'elle commettait alors un crime ailleurs, ou qu'elle poursuivait une activité contraire aux termes de sa libération sur parole bien que n'étant pas elle-même illégale. L'accusé pourra espérer que la preuve présentée par la poursuite sera insuffisante pour établir une cause *prima facie*, ou qu'elle sera si faible qu'aucun jury ne le condamnerait, en dépit de son silence. Un règlement ou statut de communication de la preuve avant le procès fondé sur la théorie du «préavis» le forcerait en fait à s'incriminer ou à s'exposer à d'autres sanctions, peut-être sans nécessité. Cette incertitude ne se limite pas à l'exemple cité. L'accusé pourrait, pour des raisons autres que la surprise, vouloir dissimuler une preuve qui peut ne pas être nécessaire à sa défense. Il n'est pas réaliste de dire que si le défendeur avait droit à la

communication de la preuve de la poursuite, il saurait ce qu'il doit avancer pour établir un doute raisonnable. Cela dépendrait de quantité d'éléments de jugement, comme l'impact de tel témoignage et de telles autres preuves présentées au procès. Cela dépendrait aussi du succès avec lequel le contre-interrogatoire jetterait le doute sur le témoignage du témoin de la poursuite, et la chose ne peut être clairement anticipée par aucun avocat.

De plus, les témoins de la défense sont souvent appelés pour ébranler la crédibilité des témoins de la poursuite. Leur citation dépendra beaucoup de la déposition des témoins de la poursuite. On soulèvera certainement la question de savoir si la défense aurait dû anticiper le témoignage des témoins de la poursuite.<sup>20</sup>

On a avancé de plus que la communication de la preuve à la Couronne entre en conflit avec les garanties procédurales fondamentales et établies de longue date qui doivent être préservées dans le processus pénal. En réponse à l'argument selon lequel la communication de la preuve à la Couronne ne force pas l'accusé à révéler des faits incriminants, on a soutenu que:

«Les partisans de la communication de la preuve à la Couronne pourraient prétendre de plus que, le défendeur n'ayant à dévoiler que les éléments de preuve ou les témoins dont il entend se servir au procès, il est peu probable que les faits découverts puissent être incriminants. Dans le cas des témoins, toutefois, la poursuite aura eu accès à une grande variété d'information concernant le défendeur, dont certaines pourraient être incriminantes. Par exemple, un accusé pourrait connaître l'existence d'un témoin qui pourrait l'identifier comme un meurtrier mais qui affirmerait qu'il avait agi en état de légitime défense. Il semble que le défendeur ne citerait un témoin de ce genre que si la poursuite pouvait démontrer, au procès, que l'accusé était bien le meurtrier. Mais s'il était forcé de dévoiler l'identité d'un tel témoin avant le procès afin de conserver le droit de le citer au procès, l'accusé fournirait à la poursuite un renseignement incriminant. Même dans les cas où le défendeur ne ferait pas consciemment un tel choix entre l'information incriminante et exculpatrice détenue par un témoin, il ne serait jamais certain de la façon dont le témoin relaterait les événements lorsque interrogé par le procureur de la Couronne. Tout comme les dépositions de témoins possibles, un document ou une preuve matérielle pourraient aussi tendre à incriminer le défendeur sur l'un des éléments d'un crime tout en tendant à l'exonérer sur un autre. Ou bien la preuve pourrait être incriminante ou exculpatrice sur un élément donné d'un crime, selon la preuve fournie par d'autres faits. Par exemple, l'effet d'un document plaçant le défendeur dans un lieu donné à une heure donnée pourra dépendre de la solution apportée à des théories contradictoires sur l'heure à laquelle le crime a été commis. Dans chacun de ces cas, le défendeur pourrait soumettre la preuve ou citer le témoin au procès s'il en était besoin, mais l'information pourrait néanmoins être incriminante. Finalement, même si la preuve ou la déposition anticipée du témoin était entièrement exculpatrice, elle pourrait fournir des

indices susceptibles de conduire à un renseignement incriminant. Il est évident que tout témoin ou toute preuve découverte n'incriminerait pas nécessairement le défendeur, mais comme il n'existerait aucun moyen de s'en assurer avant que d'autres questions n'aient été résolues au procès ou que tout ce que sait un témoin ne soit connu, la nécessité d'une règle prophylactique interdisant ce genre de communication s'impose.

On peut concevoir que les effets incriminants de faits découverts puissent être éliminés au moyen de restrictions imposées quant à leur utilisation. On pourrait par exemple décider que l'information ainsi dévoilée ne serait utilisable que pour mettre en doute ou réfuter la preuve soumise par l'accusé et ne pourrait positivement servir à établir la preuve principale de l'État. Deux problèmes mettent cependant en doute la sagesse de restrictions de ce genre: tout d'abord, cette méthode reposerait trop lourdement sur l'efficacité des instructions enjoignant au jury de ne considérer la preuve que dans un but particulier. Deuxièmement, la difficulté pour l'accusé de déterminer dans quelle mesure la preuve de la Couronne proviendrait des renseignements qu'il lui aurait communiqués ferait de cette mesure une sauvegarde trop superficielle.<sup>20</sup>

Des différences d'opinion ont également été émises quant à l'argument voulant que la communication de la preuve à la poursuite n'entraîne pour le prévenu aucune contrainte puisque son seul effet est d'avancer le moment de la divulgation qui, autrement, prendrait place au procès. On a en effet répondu que:

«Bien entendu, il existe une certaine analogie entre les choix faits par l'accusé avant le procès et au procès: dans les deux cas, il lui faut comparer l'acuité de son besoin de produire une preuve l'innocentant et les risques que comporte la divulgation de renseignements l'incriminant. Mais, vu le lourd fardeau de la preuve qui pèse sur le poursuivant, l'accusé a intérêt à ne pas ouvrir la voie à d'éventuelles révélations défavorables, à moins d'être convaincu que l'État va autrement réussir à prouver sa culpabilité. Il ne pourra donc prendre de décision en tout état de cause que lorsque la poursuite aura présenté toute sa preuve au procès. Par contre, avant le procès, même s'il a bénéficié d'une communication de preuve étendue, il n'a aucun moyen de connaître la force probante réelle des éléments retenus par la poursuite contre lui, tels qu'ils apparaîtront au juge des faits. Le choix qu'il doit faire à ce sujet au cours du procès est donc nettement moins spéculatif. La décision de ne pas divulguer un élément de preuve et de renoncer en conséquence à un moyen de défense étant beaucoup plus risquée avant le procès, il existe à ce stade une beaucoup plus grande contrainte à divulguer ces renseignements».<sup>21</sup>

Ces commentaires témoignent de l'inquiétude que la communication de la preuve à la poursuite ne soit une méthode indirecte visant à effectuer un changement fondamental dans le processus pénal puisqu'elle aurait pour effet de contraindre les personnes inculpées d'un délit criminel à aider

l'État à les poursuivre et de diminuer le fardeau de la preuve imposé à la Couronne dans les affaires criminelles. Dans cet esprit, on a soutenu que les efforts faits pour présenter cette procédure comme une mesure destinée à protéger des accusés contre des poursuites injustifiées doivent être regardées avec scepticisme<sup>22</sup> et qu'il convient de ne pas méconnaître son réel effet sur le processus pénal, dont on vient d'exposer les grandes lignes. Le juge Black, de la Cour suprême des États-Unis, a fort bien exprimé ces préoccupations:

«Il me semble pour le moins légèrement incroyable d'insinuer que cette procédure peut avoir des effets bénéfiques pour l'accusé. Celui-ci n'a nullement besoin d'encouragement pour prendre des mesures qu'il croit susceptibles de l'aider. La peur d'une condamnation et les faits et inconvénients notables résultant des poursuites criminelles, constituent des stimulants assez puissants pour le rendre désireux de s'aider lui-même. Si un prévenu pense qu'il a le plus grand intérêt à divulguer son alibi avant le procès, il ne manquera pas de le faire. Le seul cas où l'État aura besoin de recourir à la contrainte prévue par cette procédure, c'est lorsqu'il aura décidé qu'une telle divulgation a toutes les chances de nuire à sa cause.

Insinuer que le Cinquième amendement, interprété dans ce sens, accorderait au défendeur un élément injuste de surprise, transformant le procès en un 'jeu de poker' ou en une 'compétition sportive' ne constitue pas une réponse à cet argument. Il s'agit en effet là d'un avantage tactique inhérent au genre de procès requis par notre Déclaration des droits. Ses auteurs étaient si bien au fait des pouvoirs exorbitants d'enquête et de poursuite dont dispose l'État qu'afin de les limiter, ils ont indiqué en détail dans la Constitution la procédure à suivre dans les instances pénales. Un accusé, ont-ils proclamé, a le droit de connaître les accusations portées contre lui, d'avoir un procès par jury et un avocat pour assurer sa défense, de confronter les témoins et de les contre-interroger, d'appeler des témoins à décharge et de ne pas faire de déposition contraire à ses intérêts. Tous ces droits sont conçus en vue de le protéger contre le pouvoir de l'État et non pas de faciliter les condamnations. Pris dans leur ensemble, ils indiquent clairement que, dans notre système, l'État a l'entier fardeau d'apporter la preuve des activités criminelles. Aux termes de notre Constitution, le prévenu n'a rien à faire pour se défendre et on ne peut certainement pas exiger de lui qu'il aide à prouver sa culpabilité. Au contraire, il a le droit absolu et inconditionnel de contraindre l'État à enquêter sur le teneur de sa propre preuve, à trouver des témoins à charge, à prouver les faits qu'il allègue et à convaincre le jury par ses propres moyens. Tout au long du processus, il a le droit fondamental de garder le silence et, à chaque étape de lancer ce défi: 'Prouvez-le'.»<sup>23</sup>

On pourrait aussi soutenir que la communication de la preuve à la poursuite est inopportune parce qu'il est impossible de trouver des sanctions pertinentes pour la faire observer, sans empiéter sur le droit fondamental du prévenu de présenter au procès une défense pleine et entière et aussi, parce qu'il existe des solutions de rechange qui, appliquées correctement, satisfont

les intérêts de la poursuite, sans violer les autres valeurs importantes que le processus pénal protège.

Le moyen le plus souvent préconisé pour faire observer cette procédure est la «sanction d'exclusion» ou, autrement dit, l'inadmissibilité de la preuve de la défense, lorsqu'elle n'est pas divulguée avant le procès. Les lois britanniques et la plupart des lois américaines sur «l'avis d'alibi» s'en prévalent. Ses auteurs prétendent qu'elle n'implique aucune restriction du droit qu'a le prévenu de présenter au procès une défense pleine et entière. Sa liberté de choix reste inviolée, mais il doit en faire usage plus tôt. Ils soutiennent que le fondement de cette sanction n'est pas la nécessité d'infliger une punition à un prévenu innocent en l'empêchant de se défendre, pour avoir omis de divulguer sa preuve avant le procès, mais plutôt le fait que cette omission rend possiblement la preuve si peu digne de foi qu'il vaut mieux la rendre inadmissible au procès.

En réponse à cette opinion, on a soutenu qu'une sanction d'exclusion augmente abusivement la pression exercée sur le prévenu pour l'entraîner à faire des divulgations de renseignements nuisibles à sa cause, qu'il ne sera d'ailleurs jamais sûr d'avoir à utiliser au procès, et ceci afin d'éviter le risque de se voir interdire la présentation au procès de preuves sur les questions en litige. De plus, il peut avoir des raisons légitimes de ne rien divulguer à ce stade, autres que le désir de causer un effet de surprise à la poursuite. Lorsqu'il s'abstient parce qu'il pense que la preuve ne sera pas nécessaire et que ce jugement s'avère faux par la suite, alors la sanction d'exclusion restreint effectivement son droit de présenter une défense pleine et entière.

En outre, le second argument selon lequel le défaut de divulgation rend la preuve à première vue sujette à caution, n'a jamais été appliqué à la preuve de la poursuite. Et il devrait encore moins être appliqué à la preuve de la défense, étant donné les fardeaux et les rôles respectifs de la poursuite et de la défense dans notre processus pénal. C'est ainsi qu'on a déclaré:

«Bien qu'il puisse y avoir un rapport logique entre le défaut intentionnel de divulgation et la fausseté, le lien n'est pas assez étroit pour justifier l'imposition d'une présomption absolue, empêchant le prévenu d'introduire une preuve pertinente à sa défense. En bref, l'exclusion n'est qu'un autre jugement à priori de présomption de fausseté, qui semble violer le droit du prévenu de présenter une défense».<sup>24</sup>

Enfin, on a soutenu que la sanction d'inadmissibilité crée le risque de condamner des innocents pour le délit complètement séparé que constitue la non conformité à la communication de la preuve avant le procès et qu'il est inacceptable d'encourager juridiquement une telle éventualité.<sup>25</sup>

Un certain nombre d'autres sanctions visant à faire observer la communication de la preuve sans créer des effets secondaires indésirables, ainsi que leurs difficultés d'application, sont énoncées et commentées à la quatrième partie de la présente étude.

La difficulté de trouver une sanction appropriée pour étayer cette procédure amène à envisager sérieusement une autre méthode, susceptible d'atteindre le même but dans le cadre du processus pénal actuel. On a soutenu à cet égard que la reconnaissance complète du droit de la poursuite d'obtenir un ajournement, lorsqu'elle est confrontée avec un témoignage «surprise», lui donnerait satisfaction et réglerait la situation sans entraîner un changement fondamental dans la nature du processus pénal.<sup>26</sup> Telle est l'optique qui prévaut en Israël<sup>27</sup> et aussi dans l'Oklahoma, où l'ajournement est le seul recours possible lorsqu'au procès, la défense appelle un témoin «surprise».<sup>28</sup>

La certitude même d'obtenir un ajournement face à ce genre de témoignage, contribuera fortement à décourager l'emploi du procédé. La partie encline à y recourir n'ignore pas que le juge des faits réagira très probablement avec vigueur contre son emploi systématique, surtout lorsque l'ajournement le dérange et encore plus lorsque ledit témoignage est ultérieurement réfuté. Une réaction aussi défavorable de sa part ne manquera pas de s'aggraver lorsqu'il sera informé du motif de l'ajournement. En règle générale, tout délai dans le processus pénal est indésirable. On peut toutefois soutenir qu'un seul ajournement, de durée limitée, accordé au cours du procès pour permettre à la poursuite d'enquêter sur le témoignage «surprise», doit être regardé différemment du délai causé au tout début par les remises constantes de l'inscription de l'affaire au rôle pour procès. Si ce dernier genre de délai peut et doit être évité, il ne semble pas par contre que l'octroi au procès d'un ajournement, en vue de faire face au témoignage «surprise», surchargerait indûment les tribunaux ni nuirait sensiblement à l'administration de la justice.

Enfin, on a soutenu que la procédure d'ajournement au procès doit être examinée dans son contexte pratique. Il sera rare qu'un prévenu, soucieux de ses intérêts, taise délibérément un témoignage, dans le but de prendre la poursuite par surprise au procès, alors que les tribunaux seront de toute évidence nettement enclins à accorder à cette dernière un ajournement, en vue de lui permettre d'enquêter sur ce témoignage «surprise» et de le réfuter. Dans ces conditions, les bénéfices escomptés de ce procédé seront presque toujours dépassés par les désavantages, ne serait-ce que la réaction défavorable du juge des faits. Ces considérations pèseront fortement sur la défense et l'inciteront à s'abstenir de recourir au témoignage «surprise»; les intérêts de la poursuite s'en trouveront satisfaits, tout en préservant les caractères essentiels et les garanties du processus pénal actuel.

En plus des arguments doctrinaux contre la communication de la preuve à la poursuite, on a soutenu qu'elle entraîne deux inconvénients sérieux dans le fonctionnement du processus pénal. Tout d'abord, elle risque fort d'influer sur les relations entre le client et son avocat. Le raisonnement est le suivant:

«La probabilité accrue que les renseignements révélés à l'avocat par le prévenu puissent être ensuite communiqués à la poursuite, risque d'ame-



ner les accusés à considérer leurs avocats comme des indicateurs et à se montrer réticents à leur faire des confidences».<sup>79</sup>

Donc, vu qu'il est essentiel que la franchise la plus complète règne entre un avocat et son client, il ne faut pas que les règles de procédure soient composées de façon à restreindre directement ou indirectement ce genre de relations.

En second lieu, on a soutenu que la communication de la preuve à la poursuite risque d'augmenter le nombre des poursuites injustifiées:

«... Lorsqu'un poursuivant peut obtenir du défendeur des renseignements, la probabilité est plus grande pour qu'il s'engage dans des poursuites exploratrices... s'il était légitime de fonder une condamnation sur des renseignements arrachés au défendeur, le poursuivant y trouverait un stimulant pour engager des poursuites, espérant que le suspect lui fournirait des éléments suffisants pour assurer sa condamnation. Il ne semble pas souhaitable de diminuer de la sorte les exigences imposées à la poursuite quant il s'agit de porter une accusation car même si le prévenu n'est pas incarcéré avant le procès, il doit consacrer une partie de son temps et de ses ressources à la tâche de préparer sa défense. En plus du réel bouleversement causé à son existence, il éprouve, en général, une certaine angoisse et se heurte, sur le plan social, à une perte d'estime, du seul fait qu'il ait été accusé. Les poursuites exploratrices imposent ce fardeau à un plus grand pourcentage d'innocents que les poursuites ordinaires et où le verdict est infiniment plus prévisible, dès que l'appareil judiciaire est mis en branle.

Il existe deux façons d'atténuer, mais non d'éliminer, le danger que présentent les poursuites exploratrices. Tout d'abord, on peut exiger qu'aucune poursuite n'atteigne le stade de la communication de la preuve, à moins de reposer sur un motif probable. Il y a là une certaine protection contre le procédé. Toutefois, étant donné que le poursuivant a besoin de beaucoup moins de preuves pour obtenir un acte d'accusation qu'une déclaration de culpabilité, il pourra dans un certain nombre de cas, sans contraindre le défendeur à lui fournir des renseignements, l'inculper, bien que sans espoir de condamnation. Donc, ici, le stimulant pour les poursuites exploratrices subsiste encore. Deuxièmement, il se peut que le danger de voir les poursuivants s'engager dans des «aventures» basées sur la communication de la preuve avant le procès, ne soit pas grand, vu le volume de travail qui accable la plupart d'entre eux. Il risque d'être plus appréciable dans des affaires spéciales, intéressant le grand public. La protection contre les poursuites exploratrices offertes par le manque de temps dont disposent les poursuivants, n'a pas la stabilité de celle qu'assurerait l'élimination de tout stimulant en la matière».<sup>80</sup>

#### LES AVIS RELATIFS À L'ALIBI ET AUX EXPERTISES

Parfois, les partisans de la communication de la preuve de la défense à la poursuite vont jusqu'à soutenir que, bien qu'en général incompatible

avec le processus pénal actuel, elle présente pour l'État, dans les secteurs spécifiques de l'alibi et du témoignage d'experts, un intérêt pratique d'une telle envergure qu'il l'emporte sur toute éventuelle transgression des autres valeurs. Selon eux, en ce qui concerne les témoignages d'experts, le poursuivant a autant d'avantage que la défense à disposer des nombreuses occasions d'enquêter à leur sujet et de les réfuter au procès, quelle que soit leur nature. Dans bien des cas, déclarent-ils, une réfutation pertinente d'un témoignage complexe, scientifique ou technique, n'est possible que lorsque la poursuite est en mesure de charger ses propres experts d'examiner les dépositions que l'on escompte des témoins de la défense. Ils prétendent également qu'il est essentiel pour la poursuite de préparer ses experts au contre-interrogatoire de ceux de la défense, ce qui, dans bien des cas, ne peut avoir lieu que s'ils ont eu préalablement accès aux théories, aux conclusions et aux méthodes de raisonnement de ces derniers.<sup>31</sup> De plus, l'avis préliminaire relatif à ce genre de preuve est nécessaire pour des motifs d'efficacité administrative et pour établir d'une façon satisfaisante le calendrier des tribunaux.<sup>32</sup> Ils passent alors à l'alibi et expriment l'inquiétude que si la communication de la preuve à la poursuite fait défaut, une défense forgée de toutes pièces risque de réussir parce que la poursuite n'a pas la possibilité de la vérifier.<sup>33</sup> Le danger de parjure est des plus grands avec une défense d'alibi qui, proclament-ils, «est facile à inventer et difficile à réfuter»<sup>34</sup> et constitue une justification supplémentaire de la communication de la preuve du prévenu à la poursuite. Enfin, les adeptes de cette procédure présentent l'adoption relativement récente en Grande-Bretagne et aux États-Unis, de lois sur l'avis d'alibi et l'avis d'aliénation mentale, comme une reconnaissance notoire du traitement spécial qu'il convient de réserver à ces questions. Ils prétendent, en outre, que leur application au Canada n'équivaudrait pas à un changement radical, mais ne ferait que codifier une pratique déjà en vigueur dans la plupart des instances judiciaires.<sup>35</sup>

Toutefois, on peut tout aussi bien soutenir que toute pression visant à un règlement spécial de ces questions est erronée et repose sur des hypothèses non valables ou non confirmées. Tout d'abord, l'affirmation que les preuves relatives à l'alibi ou à l'aliénation mentale se prêtent mieux à la fabrication que toute autre preuve que la défense peut souhaiter produire, ne repose sur aucune base solide. Tous les témoignages peuvent être entachés de parjure si le témoin y est enclin, mais la loi actuelle traite le parjure comme une infraction pénale, passible de sévères pénalités. Sa stricte application a beaucoup plus de chances de l'enrayer que la procédure en question qui n'a pas été conçue à cette fin. En second lieu, il faut admettre que, dans la pratique, il est tout probable qu'un prévenu instruit d'une preuve persuasive l'innocentant, la communiquera spontanément à la poursuite. Ce fait incite à penser que les affaires où l'on recourt au témoignage «surprise», avec un espoir réaliste de succès, doivent être extrêmement rares.<sup>36</sup> Lorsqu'on se place dans ce contexte, on ne voit plus ce besoin pressant de communication des témoignages d'experts et d'alibi et les raisons pour leur

appliquer un traitement spécial apparaissent des plus faibles. Il est aussi exagéré d'invoquer la nécessité d'une loi contraignant le prévenu à faire, dans tous les cas, ce genre de divulgation. A l'appui de ce point de vue, voici les commentaires de Glanville Williams.

«On ne doit pas exagérer la fréquence de la défense d'alibi ni celle de ses succès. En fait, elle est comparativement rare et lorsqu'on y recourt, en général, elle échoue. Elle est regardée avec méfiance par les tribunaux, pour la bonne raison que ceux qui y participent sont le plus souvent des parents ou des amis du prévenu. Cette attitude a pour conséquence qu'un alibi authentique, parce qu'il émane de personnes partiales, est parfois rejeté parce qu'il ne réussit pas à fournir une réponse convaincante à la preuve d'identification, même lorsqu'elle est erronée».<sup>37</sup>

En troisième lieu, nous avons déjà exposé les arguments de principe qui militent contre la communication de la preuve du prévenu à la poursuite. Si on les accepte, on peut raisonnablement admettre qu'une exception spécifique ne se justifie que lorsqu'il est clairement démontré que le défaut d'y recourir crée, ou risque de créer, une injustice qui ne peut pas être évitée au moyen d'une autre méthode, par exemple un ajournement, moins susceptible d'empiéter sur les garanties essentiellement prévues dans notre processus pénal actuel. Comme l'a fait observer un commentateur :

«Dans la mesure où les efforts tendant à faire de la communication de la preuve en matière pénale une «voie à deux sens» entament le droit du défendeur d'exiger de l'État qu'il prouve, sans son aide, chaque élément d'une infraction... il convient de leur opposer une résistance opiniâtre».<sup>38</sup>

En conclusion, on trouve cette réponse aux propositions relatives à l'adoption de dispositions spéciales, en matière de communication de la preuve à la poursuite, dans de récents commentaires sur un projet israélien, qui visait à adopter une loi sur l'avis d'alibi, inspirée des nouvelles dispositions législatives britanniques :

«Qu'est-ce qui distingue la défense d'alibi des autres moyens de défense, au point de réclamer pour elle une règle exceptionnelle? Le prévenu sera libre dans l'avenir, comme il l'est aujourd'hui, de tenir en réserve jusqu'à la fin du réquisitoire de la poursuite des moyens de défense, tels que: la nécessité, l'ivresse, le consentement de la victime, un droit légal d'accomplir l'acte. Il peut même, au cours de son exposé des faits, alléguer: 'j'étais à cet endroit en simple badaud et A, B et C n'ont cessé de me voir', mais s'il a l'intention de déclarer: 'j'étais derrière une clôture' ou 'j'étais à dix mètres de là, trop éloigné pour intervenir', alors il doit en avertir la poursuite avant le procès. Est-ce logique? L'article 11 de la loi anglaise est un texte spécial, adopté sans égard pour les problèmes de même nature ni l'organisation générale de la procédure pénale... la méthode pragmatique tendant à isoler la question de l'alibi, a pour effet de menacer l'une des règles fondamentales de la procédure pénale,

à savoir que l'exposé des faits de la défense ne doit prendre place que lorsque la poursuite a terminé le sien, non pas aux fins de secret ou de surprise, mais parce que le prévenu doit connaître les faits retenus contre lui avant d'être en mesure d'y répondre . . . et qu'est-ce que la défense d'alibi sinon une partie ou la substance même de cette réponse au chef d'accusation?

A vrai dire, la séparation des exposés de la poursuite et de la défense n'est pas un principe sacré. Un avocat du Continent peut la considérer une règle rigide, pédante et formaliste et si nous en sommes mécontents, rien ne nous empêche de construire notre procédure pénale sur d'autres assises. Mais il a un monde entre rejeter un système et adopter une disposition isolée incompatible avec un principe prôné par tous les admirateurs du droit britannique. Il ne s'agit pas là non plus d'une simple théorie législative . . . Le prévenu doit répondre au réquisitoire de la poursuite, tel que présenté, après son audition et non pas avant; car, en présence du tribunal, un témoin peut donner une description de l'heure et du lieu, qui est plus précise, plus vague ou entièrement différente de celle notée par la police. Le chef d'accusation lui-même peut se transformer de vol en recel, en sorte que l'alibi relatif au lieu du vol devient inutile. Tant que de telles modifications sont possibles, est-il juste et logique de tirer du prévenu une déclaration d'alibi, qui peut le gêner dans sa défense contre les allégations modifiées de la poursuite? Ici, on voit apparaître l'importance pratique du principe susmentionné. Tant que les allégations de fait formulées contre le prévenu ne seront pas devenues inaltérables par suite de la clôture du réquisitoire de la poursuite, la défense reste dans un stade de préparation interne et doit être fluide, en vue de faire face aux changements apportés aux chefs d'accusation. Il ne peut donc pas y avoir 'd'alibi' avant que 'l'ibi' ne soit clairement identifié».<sup>39</sup>

#### L'ÉTAT ACTUEL DE LA COMMUNICATION DE LA PREUVE À LA POURSUITE DANS QUELQUES AUTRES SYSTÈMES JUDICIAIRES

Au Canada, la communication de la preuve du prévenu à la Couronne, au sens de divulgation arrachée sous la menace d'une sanction d'inadmissibilité, n'existe pas. La jurisprudence se contente d'exiger couramment que le témoignage d'alibi soit produit le plus tôt possible. Cette mesure est la plus extrême qui ait été prise dans cette voie au Canada. Son application s'arrête d'ailleurs au seuil de l'inadmissibilité et on se borne à des commentaires judiciaires sur la crédibilité de l'alibi lorsqu'il n'est pas divulgué préalablement au procès.<sup>40</sup>

En Grande-Bretagne<sup>41</sup>, une loi stipule qu'il doit être donné avis de la preuve d'alibi. Elle exige que soient notifiés non seulement l'intention d'invoquer ce moyen de défense, mais également tous les détails de la preuve au soutien. La sanction prévue en l'occurrence est l'inadmissibilité de la preuve non divulguée et même du témoignage d'alibi présenté par le prévenu.

En Israël, le nouveau Code de procédure criminelle a rejeté le principe de la communication de la preuve à la poursuite. Les raisons en sont

examinées dans la 6<sup>e</sup> partie de la présente étude.<sup>42</sup> Toutefois, récemment, des pressions furent exercées en vue d'adopter une loi sur l'avis d'alibi, inspirée du modèle britannique, et ceci en dépit du fait que le législateur anglais, avant de prendre ces dispositions, ne s'est nullement préoccupé de leur compatibilité avec les principes généraux de la procédure criminelle en Grande-Bretagne.<sup>43</sup>

Aux États-Unis, la loi sur l'avis d'alibi a été adoptée par seize États.<sup>44</sup> Quatorze États ont également pris des dispositions législatives requérant l'avis d'aliénation mentale et de l'intention de produire des moyens de défense spéciaux.<sup>45</sup>

Les normes de l'«American Bar Association» vont encore plus loin en suggérant que la loi devrait stipuler la communication à la poursuite des examens physiques ou mentaux, des tests scientifiques, des expériences ou comparaisons, des autres rapports ou déclarations d'experts que l'avocat de la défense entend produire à une audition ou au procès, la nature de tous les moyens de défense dont il y sera fait usage, les noms et adresses de tous les témoins à décharge qui y seront appelés et même certaines questions, normalement du domaine de l'enquête policière préalable à l'inculpation.<sup>46</sup> En Californie, les tribunaux ont pris l'initiative de répandre la communication de la preuve tant à la poursuite qu'à la défense, mais les nombreuses tentatives en vue d'adopter une loi sur l'avis d'alibi ont échoué.<sup>47</sup>

En Californie, les tribunaux ont récemment tenté de relier la communication de la preuve à la poursuite aux principes généraux du processus pénal. Dans l'affaire *Jones v. Superior Court*<sup>48</sup>, la Cour suprême de la Californie, pour la première fois, a manifesté l'opinion qu'elle doit fonctionner comme une «voie à deux sens». La majorité<sup>49</sup> est partie du principe que puisqu'elle vise «à établir la vérité», le prévenu n'a aucun intérêt valable à refuser à la poursuite l'accès «à une preuve susceptible de jeter de la lumière sur les éléments de l'affaire».<sup>50</sup> Elle a aussi été d'avis qu'une ordonnance émise au procès par le juge, enjoignant au prévenu de communiquer la preuve à la poursuite, ne viole pas son privilège contre l'auto-incrimination, mais ne fait que l'obliger à divulguer des renseignements qui, en tout état de cause, le seraient dans un bref délai. Donc, dans l'affaire *Jones*, la majorité a admis qu'un juge ordonne à la défense de se soumettre à cette procédure parce qu'elle permet à la poursuite de remplir sa tâche avec plus d'efficacité. Les seules limites imposées en l'occurrence ont été les privilèges légaux, tels que: les rapports entre l'avocat et son client.

Dans l'affaire *Jones*<sup>51</sup>, les dissidents ont insisté sur le droit du prévenu de garder le silence jusqu'à ce qu'une preuve *prima facie* lui soit opposée, et ont soutenu que la majorité avait confondu le privilège du témoin de ne pas répondre à des questions l'incriminant et le droit du prévenu de ne pas témoigner. Selon eux également, les juges trouveront impossible de limiter la communication de la preuve aux renseignements étayant une défense affirmative, car on ne peut pas déterminer à l'avance les questions qui s'y rapportent exclusivement et celles susceptibles d'aider la poursuite à établir

une preuve *prima facie*. Enfin, le système judiciaire n'exige pas que le prévenu prenne une part active à la confirmation des faits et son droit de garder le silence, alors que l'État essaie de faire face au fardeau de la preuve, est absolu.

La théorie de la «voie à deux sens» a été soutenue et exposée dans un certain nombre d'affaires<sup>52</sup> et les répercussions de l'affaire *Jones* ont été récemment limitées et atténuées par l'affaire *Prudhomme v. Superior Court*.<sup>53</sup> La Cour suprême de Californie y a statué que les demandes de communication de la preuve à la poursuite doivent être strictement réservées aux preuves que le prévenu entend produire au procès et, en outre, qu'une telle divulgation ne saurait en aucune façon l'incriminer. S'il y a quelque risque à cet égard, il peut être autorisé à attendre jusqu'au dernier moment pour décider s'il en fera état ou non au procès. La cour a raisonné en ces termes:

«Une demande raisonnable visant des données de fait qui, comme dans l'affaire *Jones* appartiennent à un ou plusieurs moyens de défense particuliers, et uniquement celles que le prévenu entend produire au procès, ne présente aucun danger notable d'auto-incrimination. Elle autorise donc le juge à constater que, étant donné les faits et circonstances de l'affaire portée devant lui, il apparaît clairement que cette divulgation ne peut en aucune façon incriminer le prévenu. Toutefois, si ces critères ne sont pas respectés, la communication de la preuve sera refusée».<sup>54</sup>

La cour ne définit pas clairement les données susceptibles d'incriminer le prévenu, au sens de ce test, mais, d'après celui de l'affaire *Prudhomme*, il semble que la divulgation soit refusée lorsqu'elle risque d'alléger le fardeau qui pèse en premier lieu sur la poursuite: prouver ses propres allégations. Dans la pratique, cette attitude peut donner lieu à un revirement total de l'accueil réservé, dans l'affaire *Jones*, à cette procédure, car il est difficile d'être sûr à l'avance qu'elle n'entraînera aucun danger d'incrimination pour le prévenu.

Peu après cette décision, la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Williams v. Florida*<sup>55</sup>, a statué que le Cinquième amendement<sup>56</sup> n'était pas violé par une loi de la Floride stipulant l'obligation pour l'accusé de fournir à la poursuite, au moins dix jours avant le procès, un avis d'alibi indiquant: son intention d'en présenter un, l'endroit où il affirme s'être trouvé au moment où l'infraction est alléguée avoir été commise, les noms et les adresses des témoins qu'il entend appeler à l'appui de ce moyen de défense. Une disposition importante de cette loi de Floride a été considérée par la majorité, l'amenant à conclure que le droit du prévenu n'était pas enfreint. Cette disposition oblige la poursuite, dans les cinq jours qui suivent la réception des renseignements sur l'alibi du prévenu, à fournir à ce dernier les noms et adresses des témoins appelés pour réfuter l'alibi. La loi prévoyait aussi que le tribunal pouvait exclure la preuve présentée par l'accusé lorsqu'il refusait de se conformer aux exigences de l'avis.

Dans ladite affaire, la majorité a concédé, aux seules fins de la discussion, que les divulgations étaient de nature testimoniale, et susceptibles d'in-

criminer le prévenu, mais elle a conclu que l'accusé n'avait pas été contraint de fournir à l'État des renseignements servant à le condamner. Le juge White a exprimé l'opinion de la majorité dans ces termes :

«Rien, dans cette règle, n'oblige le prévenu à présenter sa défense d'alibi ni ne l'empêche d'abandonner ce moyen de défense; ces questions sont laissées à son libre choix. Ce choix, il doit y procéder, mais les pressions qui pèsent sur sa décision avant le procès sont de même nature que celles qui l'amènent à appeler des témoins au procès: la force des faits prouvés en dehors de son contrôle et de celui de l'État, celle du réquisitoire de la poursuite qui repose sur ces faits. Répondre à ce genre de pression en offrant une preuve ou un témoignage, ne saurait constituer une auto-incrimination forcée, en violation des Cinquième et Quatorzième amendements.

... Tout au plus, la règle contraint le requérant à hâter le moment de sa divulgation, en le forçant à fournir plus tôt des renseignements qu'il avait l'intention de taire jusqu'au procès».<sup>67</sup>

Le juge en chef Burger, se ralliant à cette opinion<sup>68</sup> a vu dans les règles sur l'avis d'alibi, un moyen éventuel de régler les affaires sans procès, grâce à l'exposé des points forts et des points faibles, qui ressort de la communication de la preuve.

En revanche, le juge Black<sup>69</sup> (rejoint par le juge Douglas), dans ce qu'il déclare être son «désaccord le plus catégorique» a exprimé son inquiétude face à l'atteinte portée aux garanties accordées au prévenu par le Cinquième amendement, et il a attaqué le raisonnement de «fournir plus tôt ces renseignements» prôné par la majorité. Il soutient que plaider un alibi avant le procès est fort différent de le plaider au procès, car, à ce stade préliminaire, le défendeur en est réduit aux conjectures quant au réquisitoire de l'État. Rares sont les avocats de la défense disposés à prendre le risque de ne pas plaider l'alibi avant le procès, si cette abstention leur fait perdre la possibilité de le plaider au procès. Pourtant, il peut arriver qu'au cours de ce plaidoyer anticipé, ils fournissent à la poursuite les noms de personnes connaissant le prévenu et ses activités et qu'il en découle de nouvelles pistes ou preuves incriminantes, que l'État n'aurait pas découvert. Le juge Black soutient que la nature coercitive du dilemme qu'une telle loi impose à la défense avant le procès, n'est nullement atténuée par le fait qu'au procès, celle-ci n'est pas contrainte de présenter la preuve d'alibi divulgué.

Plus tard, dans l'affaire *Wardius v. Oregon*<sup>70</sup>, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle une loi sur l'avis d'alibi, qui n'exigeait pas la communication mutuelle de la preuve, mais interdisait au prévenu de produire une preuve étayant sa défense d'alibi, lorsqu'il ne s'était pas conformé à la règle de l'avis. Dans son jugement, la cour a unanimement décidé qu'un processus judiciaire équitable subordonne l'application des règles sur l'avis d'alibi à la garantie pour le prévenu de connaître avant le procès les témoins de

l'État, appelés à réfuter sa défense d'alibi. Parlant au nom de la cour, le juge Marshall a déclaré:

«L'État ne peut pas exiger que les procès tendent à rechercher la vérité en ce qui concerne les témoins à décharge, alors qu'il pratique un «jeu de poker secret» pour les siens. Il est fondamentalement injuste que le prévenu soit obligé de divulguer à la poursuite la teneur de sa défense et en même temps menacé d'un effet de surprise, lors de la réfutation par l'État des éléments de sa preuve». <sup>61</sup>

Le juge Douglas, se ralliant au jugement (avec le juge Burger, qui a écrit des commentaires séparés) a réitéré son opposition fondamentale au principe de la communication de la preuve à la poursuite:

«... L'État ne peut juger cette règle nécessaire que si un tel avis lui paraît susceptible d'alléger le fardeau qui lui incombe d'apporter la preuve de son réquisitoire ou d'en accroître l'efficacité. Dans les deux cas, le défendeur se trouve contraint d'aider l'État à la poursuivre». <sup>62</sup>

Donc, les tribunaux qui se sont montrés les pionniers de cette procédure jugent bon maintenant de limiter soigneusement son champ d'action et son contexte. En outre, dans les deux affaires susmentionnées, la Cour suprême s'est abstenue expressément de décider si la mise en application d'une loi sur l'avis d'alibi peut être sanctionnée par l'exclusion au procès du témoignage du prévenu ou des témoins à décharge, lorsqu'ils n'ont pas été divulgués au préalable. <sup>63</sup>

#### CONCLUSION DE LA 5<sup>e</sup> PARTIE

Il ressort de cette discussion qu'avant de considérer l'intérêt d'adopter au Canada, sur une base formelle, la communication de la preuve à la poursuite, il convient de répondre à trois questions importantes:

- (1) Les intérêts de la Couronne à obtenir la communication obligatoire de la preuve du prévenu sont-ils assez importants ou assez pressants pour l'emporter sur ceux que cette procédure menace, tels que, par exemple: le grave danger d'auto-incrimination en cas de règle ou d'ordonnance rendue dans ce sens ou la restriction éventuelle du droit du prévenu de présenter une défense pleine et entière?
- (2) Si les avantages qu'il y a à éviter, avant le procès, tout risque d'auto-incrimination due à la contrainte, et à préserver le droit du prévenu de présenter au procès une défense pleine et entière, sont supérieurs à ceux qui découlent pour la Couronne de la communication de la preuve du prévenu avant le procès, ne convient-il pas néanmoins de concilier ceux-ci en restreignant la procédure de communication de la preuve aux affaires où les sauvegardes, jugées essentielles au bon fonctionnement du processus pénal, sont le moins enfreintes? Voici quelques exemples susceptibles d'être



considérés à cet égard: (a) la défense d'alibi; (b) la présentation de témoignages d'experts et (c) de témoins de moralité. La distinction effectuée dans un tel compromis est-elle valable?

- (3) Existe-t-il, pour appliquer la communication de la preuve du prévenu à la Couronne, d'autres solutions, qui préserveraient les intérêts de cette dernière et feraient face au témoignage «surprise», sans risquer d'enfreindre les autres valeurs ou intérêts fondamentaux du processus pénal?

## NOTES

1. Voir Glanville Williams, "Advance Notice of the Defence", 1959 *Crim. L. Rev.* 548; commentaire, "The Self-Incrimination Privilege: Barrier to Criminal Discovery?" (1963), 51 *Cal. L. Rev.* 135; Roger J. Traynor, "Ground Lost and Found in Criminal Discovery" (1967), 39 *N.Y.U.L. Rev.* 228; D. Louisell, "Criminal Discovery and Self-Incrimination: Roger Traynor Confronts the Dilemma" (1967), 53 *Cal. L. Rev.* 80; M. Wilder, "Prosecution Discovery and the Privilege Against Self-Incrimination" (1967), 6 *Am. Crim. L.Q.* 3; Note, "Prosecutorial Discovery Under Proposed Rule 16" (1972), 85 *Harvard L. Rev.* 994; Note, "The Preclusion Sanction—A Violation of the Constitutional Right to Present a Defence" (1972) 81 *Yale L.J.* 1342; Hon. R. Kane, "Criminal Discovery—The Circuitous Road to a Two-Way Street" (1973), 7 *U. of S.F. L. Rev.* 217; S. Dyer, "Prosecutorial Discovery: How Far May The Prosecution Go?" (1973), 7 *U. of S.F. L. Rev.* 261.
2. Voir 2<sup>e</sup> partie aux pp. 44-48.
3. R. Fletcher, "Pre-Trial Discovery in State Criminal Cases" (1960), 12 *Stan. L. Rev.* 293 à la p. 312.
4. J. Norton, "Discovery in the Criminal Process" (1970), 61 *J.C.L.C. & P.S.* 11, à la p. 17.
5. Williams, précité note 1 à la p. 548.
6. Fletcher, précité note 3, à la p. 312.
7. (1962) 58 *Cal. 2d* 56; 372 *P. 2d* 919.
8. Traynor, précité note 1, aux pp. 247-8. Pour des commentaires plus détaillés sur la communication de la preuve à la poursuite et ses rapports avec le privilège de protection contre l'auto-incrimination, voir les articles de Wilder, Louisell et Dyer, précité note 1, et les affaires portées devant la Cour suprême de la Californie, notamment *Jones v. Superior Court*, précité note 7, et *Prudhomme v. Superior Court* (1970), 2 *Cal. 3d* 320, 80, *Cal. Rptr.* 129 et devant la Cour suprême des États-Unis, notamment *Williams v. Florida* (1969), 399 *U.S.* 78 et *Wardius v. Oregon* (1973), 93 *S. Ct.* 2208. Ces affaires sont commentées ci-dessous aux pp. 206-215.
9. Voir note, "Prosecutorial Discovery Under Proposed Rule 16" précité, note 1 à la p. 998.
10. *Supra*, 2<sup>e</sup> partie, aux pp. 56-57.
11. Williams, précité, note 1, à la p. 549.
12. Note, "Prosecutorial Discovery: How Far May the Prosecution Go?" précité, note 1, à la p. 279.
13. B. Fraser Harrison, "Advocacy at Petty Sessions" 1955 *Crim. L. Rev.* 153 à la p. 156.
14. Williams, précité note 1, à la p. 551.
15. *Supra*, 2<sup>e</sup> partie, aux pp. 44-48.
16. Wilder, précité note 1, à la p. 19.
17. Fletcher, précité note 3, aux pp. 312-313.
18. Ceci a été le sujet de l'enquête effectuée au moyen du questionnaire sur la communication de la preuve, adressé par la poste aux procureurs de la Couronne, 6<sup>e</sup> partie, q. 1.

19. Norton, précité note 4, à la p. 18.
20. Voir *supra* note 9, aux pp. 1004-5.
21. *Ibid.*, aux pp. 1007-8.
22. Voir note, "The Preclusion Sanction", précité, note 1 à la p. 1355.
23. *Williams v. Florida*, précité note 8, aux pp. 111-112.
24. Note, "The Preclusion Sanction—A Violation of the Constitutional Right to Present a Defence", précité, note 1 à la p. 1351.
25. M. Shalgi, "Criminal Discovery in Israel", (1966) 4 Am. Crim. L.Q. 155, à la p. 159.
26. Voir note, "Prosecutorial Discovery Under Proposed Rule 16", précité note 1, à la p. 1010; note, "Prosecutorial Discovery: 'How Far May the Prosecution Go?'", précité note 1 à la p. 278.
27. Shalgi, précité note 24, à la p. 159.
28. Okla. State Ann.; Tit. 22 art. 585:  

«Chaque fois qu'un témoignage visant à établir un alibi au nom du défendeur sera produit comme preuve dans une affaire pénale... et l'avis de l'intention du défendeur d'invoquer ledit alibi, qui doit comporter des renseignements quant au lieu où il déclare s'être trouvé au moment de l'infraction alléguée, n'auront pas été signifiés au procureur du comté avant les cinq jours qui précèdent le procès, sur requête de ce procureur, le tribunal pourra accorder une remise, s'il juge qu'une enquête sur les faits se rattachant à cette preuve s'impose».
29. G. Lapidès, "Cross-Currents in Prosecutorial Discovery: A Defence Counsel's Viewpoint" (1973), 7 U. de S.F. L. Rev. 217 à la p. 232.
30. Note, "Prosecutorial Discovery Under Proposed Rule 16", précité note 1, aux pp. 999-1000.
31. Voir Commission de réforme du droit—Documents préliminaires sur le droit de la preuve, No. 7, «Opinion et témoignages d'experts», juillet 1973 aux pp. 34-36.
32. Le point de vue opposé est exposé dans la note, "The Preclusion Sanction", précité note 1 à la p. 1355.
33. *Williams*, précité note 1 à la p. 549.
34. Dyer, précité note 1, à la p. 279.
35. Voir les documents préliminaires sur le droit de la preuve, précité note 31 à la p. 35; voir aussi *Williams*, précité note 1 à la p. 553, où l'on rappelle que la présentation de défense d'aliénation mentale prend rarement la poursuite par surprise, même lorsque le prévenu omet de lui divulguer directement ses intentions avant le procès.  

L'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* élimine aussi probablement la possibilité que la Couronne soit prise par surprise au procès par l'intention de la défense de citer de nombreux experts, en stipulant qu'une autorisation du tribunal est nécessaire pour en appeler plus de cinq, de chaque côté.
36. Note, "The Preclusion—A Violation of the Constitutional Right to Present a Defence", précité note 1 à la p. 1355.
37. *Williams*, précité note 1 à la p. 549. *Williams* a préconisé l'adoption d'une loi sur l'avis préliminaire, tout en reconnaissant que, dans la pratique, cette mesure n'entraînerait probablement aucune différence dans l'administration de la justice.  
*Ibid.*
38. Lapidès, précité note 29 aux pp. 230-231.
39. E. Livneh, commentaire, The Criminal Procedure (Amendment No. 2) Bill (1971), 8 Is. L. Rev. 275 aux pp. 284-5.
40. Voir 1<sup>re</sup> partie aux pp. 27-30.

41. Voir 1<sup>re</sup> partie aux pp. 27-30.
42. Voir *infra*, à la p. 258.
43. Voir Livneh, précité, note 39 à la p. 284.
44. Voir Fla. Rule Crim. Proc. 1,200; Ariz. Rule Crim. Proc. 192B (1956); Ind. Ann. Stat. #9-1631 à 9-1633 (1956); Iowa Code #9-1633 (1956); Iowa Code #777.18 (1966), Kan. Stat. Ann. #62-1341 (1964); Mich. Comp. Laws #768.20, 768.21 (1948); Minn. Stat. #630.14 (1967); N.J. Rule 3:5-9 (1958); N.Y. Code Crim. Proc. #295-L (1958); Ohio Rev. Code Ann. #2945058 (1954); Okla. Stat., Tit. 22, #23-37-5, 23-37-6 (1967); Utah Code Ann. #77-22-17 (1953); Vt. Stat. Ann., Tit. 13 #6561, 6562 (1959); Wis. Stat. #955.07 (1961), voir en général, Wigmore, *Evidence* #1855B (3rd. ed. 1940).
45. Voir Arizona R. Crim. P. 192 (a) (1956); Kan. Stat. Ann. #22-2319 (Supp. 1971); Mich. Comp. Laws Ann. #768.20, 768.21 (1968); Cal. Penal Code #1016 (West 1970); Fla. Stat. Ann. #909.17 (1944); voir aussi Mont. Rev. Codes Ann. #95-1803(d) (1967) comme exemple de loi requérant un avis préliminaire de l'intention de présenter une défense de légitime défense.
46. Les normes de l'*American Bar Association* sur la communication de la preuve et la procédure avant le procès (projet approuvé 1970), article 3.1, 3.2, 3.3. L'article 3.1 autorise un magistrat à ordonner au prévenu de se produire dans une parade d'identification, de laisser prendre ses empreintes digitales, de poser pour des photographies qui n'entraînent pas la reconstitution d'une scène du crime, d'essayer des vêtements, de laisser prélever des spécimens de matière sous ses ongles, ainsi que de son sang, de ses cheveux et autres substances corporelles, qui ne comportent aucune intrusion excessive, de fournir des échantillons de son écriture et de se soumettre à un examen médical physique raisonnable. Les commentaires de ces normes, qui figurent aux pages 94 et 95, sont les suivants:
- «Pratiquement, dans la plupart des cas, on procède à ce genre de communication de la preuve avant l'inculpation formelle, ne serait-ce que parce que le fait de la retarder va à l'encontre de son objet. Mais, de temps à autre, le besoin s'en fait sentir, par exemple: lorsque les empreintes digitales originales ont été maculées ou un nouveau témoin découvert. Il serait infiniment plus judicieux de reconnaître au tribunal le pouvoir d'ordonner la comparution du prévenu, que de réduire la poursuite à recourir à un subterfuge dans des conditions inadéquates, pour atteindre des objectifs valables».
47. «Mais, en Californie, il y a plus qu'une simple absence de loi pertinente; il y a rejet catégorique de toute législation sur l'avis d'alibi. Un projet statutaire, plutôt soigné, a été recommandé par la *California Law Revision Commission* et examiné en 1961 par la législature, qui l'a rejeté (3 Cal. Law Revision Com. Rep. Rec. & Studies (1961) p. J-5 à J-21; Assem. Bill 464, 1961 Reg. Sess.). Des projets de loi ont été soumis aux législateurs (Cal. Bar Ass'n Proc. 248 (1925-1926); 1931 Cal. Crim. Com. Rep.—p. 10). L'opposition du barreau de l'État à la proposition de la Law Revision Commission de 1961, est motivée non pas par des doutes sur la constitutionnalité de la loi proposée (doutes qui, actuellement seraient détruits par l'affaire *Williams*), mais par la conviction qu'elle entraînerait de la part du ministère public, le harcèlement et l'intimidation des témoins de l'alibi».
- Rapport de la *Commission on Criminal Law and Procedure* (1961) 36 State Bar J. 487.
48. Précité note 7.
49. Jugement de Traynor, C.J.
50. *Supra* note 7 à la p. 59.
51. De Peter J. et Dooling J.

52. *People v. Lopez* (1963) 60 Cal., 2d 223, 32 Cal. Rptr. 424; cert. refusé, (1965) 375 U.S. 994 (une requête de la poursuite pour se voir communiquer les noms et les adresses des témoins de l'alibi ainsi que leurs déclarations écrites fut accueillie; ceci n'implique pas un déni du droit à un juste procès; *People v. Houser*, (1965) 238 Cal. App. 2d 930, 48 Cal. Rptr. 300 (ordonnance enjoignant de produire une copie du rapport d'un psychiatre cité par la défense, considéré comme entrant dans le cadre de la règle *Jones*); *People v. Dugas* (1966) 242 Cal. App. 2d 244, 51 Cal. Rptr. 478 (confirmation d'une ordonnance de communication de la preuve rendue alors que le prévenu n'avait pas encore indiqué s'il tenterait d'établir une défense affirmative); *People v. Pike* (1969) 71 Cal. 2d 595, 78 Cal. Rptr. 673 (communication du témoignage anticipé d'un témoin de la défense, maintenue).
53. (1970), 2 Cal. 3d 320, 85 Cal. Rptr. 129.
54. *Ibid.*, Cal. Rptr. à la p. 134.
55. Précité, note 8.
56. «Personne ne sera tenu de répondre en cas de crime capital ou autrement infamant, à moins de faire l'objet d'une déclaration de mise en accusation par un 'grand jury', sauf dans les affaires intéressant les forces armées terrestres ou navales, ou dans la milice, en service effectif, en temps de guerre ou de danger public, ni ne sera soumis deux fois pour la même infraction au risque de perdre sa vie ou un membre; ni ne devra être contraint dans aucune affaire pénale de témoigner contre soi-même; ni ne sera privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans l'application régulière de la loi, ni ne sera exproprié sans une juste compensation.»
57. *Supra*, note 8 aux pp. 84-85.
58. *Ibid.* aux pp. 105-106.
59. *Ibid.* aux pp. 106-116.
60. Précité, note 8.
61. *Ibid.* aux pp. 2212-13
62. *Ibid.* aux pp. 2214-15.
63. *Williams v. Florida*, précité note 8.
- «Nous insistons sur ce point: cette affaire ne met pas en question la valeur de la sanction invoquée comme menace, lorsque le requérant décide de ne pas se conformer à la règle sur l'avis d'alibi. Jusqu'à quel point un État peut-il faire observer les règles de la communication de la preuve à l'encontre d'un prévenu qui les ignore, en excluant du procès des preuves probantes et pertinentes. Ceci est une question qui ressort des dispositions du Sixième amendement, que nous n'avons pas eu l'occasion d'approfondir... Il suffit qu'ici aucune pénalité de ce genre n'ait été exigée».
- De White, J., à la p. 83, note 14.
- Wardius v. Oregon*, précité note 8.
- «Le requérant soutient également que, même si la règle sur l'avis d'alibi de l'État d'Oregon était valable, on ne pourrait pas la faire observer en recourant, au procès, à l'exclusion de son propre témoignage ou de celui des témoins à décharge. Étant donné que nous concluons à sa nullité manifeste, nous n'exprimerons aucune opinion sur la matière dont il y aurait eu lieu d'agir si elle avait été valable».
- De Marshall, J., à la p. 2211, note 4.

## 6<sup>e</sup> PARTIE

# MODÈLES DE PROCÉDURE POUR UNE RÉFORME DE LA COMMUNICATION DE LA PREUVE AVANT LE PROCÈS EN MATIÈRE PÉNALE

Cette partie a pour objet de décrire les méthodes et les expériences des autres systèmes judiciaires en ce qui a trait à la réforme de la procédure de communication de la preuve avant le procès dans les affaires pénales. Les modèles choisis possèdent certains des caractères qui, au moins en théorie, sont applicables à la réforme de la procédure canadienne. En fait, ils ont probablement été conçus pour répondre aux besoins particuliers et régler les problèmes des pays où ils sont en vigueur. Il convient de s'en souvenir lorsqu'on les apprécie en fonction du Canada. Aucun d'eux n'est préconisé comme idéal; néanmoins, il faut se garder de les rejeter automatiquement pour la simple raison que d'autres les utilisent. Nous espérons, au contraire, qu'ils seront examinés de façon constructive et viendront s'ajouter au vaste éventail d'options qui s'offrent à nous, face à la réforme de la procédure canadienne et que, dans la détermination des améliorations les plus appropriées au Canada, il sera tenu compte des meilleurs aspects de chacun d'eux.

Ces systèmes judiciaires, qui ont tenté une réforme importante de la communication de la preuve en matière pénale, peuvent ne pas avoir des problèmes et des besoins en tous points analogues à ceux du Canada, mais il importe de souligner qu'au moins avant l'implantation de ladite réforme, ils présentaient de nombreux caractères communs avec les nôtres. Les améliorations intervenues chez eux ne sont donc pas purement théoriques. Elles ont été conçues pour des systèmes qui, comme au Canada, acceptent la «common law» et le système accusatoire, appliquent la présomption d'innocence dans les affaires pénales et imposent à la poursuite le fardeau de prouver la culpabilité du prévenu. De plus, avant la réforme, la communication de la preuve y était pratiquée, comme au Canada, surtout officieusement et à la discrétion des poursuivants; la communication de la preuve y existait depuis longtemps en matière civile, mais non pas en matière pénale. Dans ce dernier domaine, on notait une reconnaissance croissante des programmes d'aide juridique et du droit à avoir un avocat.

## AUDITION OMNIBUS

### 1. *Description*

Cette procédure a été introduite, à titre d'expérience, dans certaines régions du Texas et de la Californie, et seulement pour les affaires pénales fédérales.<sup>1</sup> Elle est également recommandée pour l'application des normes de l'*American Bar Association* sur «la communication de la preuve et la procédure avant le procès».<sup>2</sup>

L'audition omnibus est plus qu'une simple procédure de communication de la preuve. Elle ne se borne pas à prévoir, tant pour la poursuite que pour la défense, une communication plus étendue que toute autre juridiction des États-Unis<sup>3</sup>, elle sert aussi de mécanisme qui assure une certaine régularité dans l'exposé et le règlement des diverses questions en cause dans les affaires pénales. Il s'agit d'une procédure simple, contrôlée judiciairement, et destinée à faciliter l'exploration complète des questions généralement soulevées avant le procès par requête et la résolution, à ce stade, des questions collatérales qui prennent place normalement au procès. La procédure comporte, de la part du tribunal, une exploration routinière des requêtes le plus fréquemment soulevées par le prévenu, ce qui s'effectue au moyen d'une liste de contrôle et vise à assurer, dès que possible, qu'aucune n'a été laissée de côté. Elle requiert également qu'elles soient soulevées et examinées rapidement, sans préparation et production d'une documentation formelle, et abandonnées lorsqu'ils n'en a pas été fait état à l'audition. Cette pratique consacre le fait que, dans la plupart des affaires, ce sont les mêmes questions qui, avant le procès, réclament l'attention et qu'elles sont souvent assez typiques pour donner lieu, dans chaque affaire, à une présentation et à une disposition objective.

La liste de contrôle laisse entrevoir à l'avocat de la défense, les procédures et les moyens dont il dispose pour se préparer au procès. Son usage permet de penser qu'en matière pénale, le système devrait prévoir des procédures visant la confrontation des diverses questions qui se posent avant le procès, et non pas la laisser entièrement à la perceptivité et à l'ingéniosité de l'avocat. Actuellement, le règlement de ces questions s'effectue systématiquement et officieusement<sup>4</sup> à la conférence des avocats, de caractère privé, et, s'il y a lieu, à l'audition omnibus.

L'audition omnibus est une procédure judiciaire, qui prend place entre la première comparution du prévenu devant le tribunal et son interpellation au procès. Dans cette phase expérimentale, la participation étant strictement volontaire, elle ne peut intervenir qu'avec le double consentement de la poursuite et de la défense. Elle comprend trois principaux stades: (1) le stade exploratoire, qui implique l'action conjuguée de la poursuite et de l'avocat de la défense, sans intervention du tribunal; (2) le stade de l'audition omnibus, contrôlé par le tribunal et susceptible de donner lieu à des comparutions en sa présence; et (3) le stade de planification du procès, comportant des confé-

rences préparatoires au procès, le cas échéant. Ces stades peuvent être adaptés aux besoins particuliers de chaque affaire et éliminés, ou combinés, selon le cas.

Dans l'expérience du Texas<sup>5</sup>, la procédure fonctionne de la façon suivante: le bureau du greffier du tribunal constate l'identité de l'avocat de la défense et lui adresse une lettre, contenant des renseignements sur l'audition omnibus, ainsi qu'un avis indiquant la date de l'interpellation du prévenu. L'avocat, après avoir consulté son client, a l'obligation de faire savoir par écrit au procureur des États-Unis, dans les trois jours, s'ils y participeront. Dans l'affirmative, et sauf avis contraire de sa part dans les trois jours, l'accord du poursuivant est présumé. Lorsque les deux parties ont décidé de participer à l'expérience, on tient, dans les quinze jours consécutifs à la date portée sur l'avis du greffier, une conférence des avocats consacrée à la communication de la preuve. On y aborde des discussions relatives au plaidoyer et on procède à l'examen de la liste de contrôle, en cochant les numéros des alinéas qui font l'objet d'une demande d'intervention.

Au moment de l'interpellation, une audition omnibus est fixée suffisamment à l'avance, pour permettre l'expiration complète de la période des quinze jours. Toutefois, on n'y recourt que lorsque l'une ou l'autre des parties indique sur l'*Action Form* qu'il y a une ou plusieurs requêtes pendantes. Si, au cours de la conférence, l'avocat de la défense conclut qu'il n'a aucune requête à présenter et qu'une audition omnibus n'est ni nécessaire ni souhaitable, celle-ci n'aura pas lieu, sauf si le tribunal en décide autrement.

Il se peut que le prévenu plaide coupable avant l'audition omnibus ou indique son intention de le faire au procès. S'il ne veut pas alors soulever des questions collatérales, l'audition sera brève; on s'y bornera à ouvrir un dossier. Elle peut aussi se combiner avec la procédure formelle de réception du plaidoyer ou, comme nous l'avons déjà mentionné, être purement et simplement éliminée.

Le rôle de l'audition consiste à vérifier, au moyen de la liste de contrôle rédigée par les parties et remise au juge, l'échange de renseignements qui a eu lieu, à surveiller la marche du processus de communication de la preuve dans les affaires où il s'impose, à décider s'il y a matière à procès ou si l'affaire peut être réglée autrement et à s'assurer que toutes les questions collatérales possibles et imaginables sont exposées et réglées immédiatement. A l'audience publique, le prévenu est avisé qu'aucune admission de fait de sa part ne sera utilisée contre lui, à moins qu'elle ne soit écrite et signée de sa main et par son avocat.

Lorsque l'audition omnibus a lieu et que l'instance est litigieuse, on fixe à sa clôture, une date pour le procès. Lorsque celui-ci risque fort de traîner en longueur ou d'être anormalement compliqué, on fixe aussi une date pour une conférence avant le procès, où l'on considérera les questions susceptibles de faciliter son équitabilité et sa rapidité, notamment les admissions de faits non contestés, le marquage pour identification de divers documents et pièces;



la renonciation, en ce qui les concerne, à l'obligation d'en faire une preuve formelle; le retranchement à partir de déclarations admissibles, de matières inadmissibles préjudiciables à un co-prévenu; la séparation des accusés ou des chefs d'accusation; l'attribution des sièges pour le prévenu et son avocat, la procédure sur les objections, lorsqu'il y a plusieurs avocats; et la fixation de l'ordre de présentation de la preuve, des plaidoiries et des contre-interrogatoires, lorsqu'il y a plusieurs prévenus.

Avant l'audition omnibus, chaque partie rédige une liste de contrôle ou une *Action Taken Form*, où elle indique les renseignements demandés et fournis par la partie adverse. A l'audition, cette liste est remise au juge, qui s'en sert pour s'assurer que le prévenu a bien reçu l'assistance d'un avocat et que les parties se sont conformées aux exigences de la communication de la preuve. Il décide alors s'il y a lieu de recourir à des ordonnances pour accélérer cette procédure, par exemple: lorsque l'avocat de la défense n'est pas d'accord sur le genre de divulgation requise ou lorsque la poursuite réclame une «ordonnance protectrice» restreignant l'étendue ou la durée de la divulgation, afin d'empêcher quelque abus pressenti tel que l'intimidation des témoins. La liste de contrôle devient donc une requête relative à la communication de la preuve, émanant à la fois de la poursuite et de la défense.

L'audition est consignée dans un procès-verbal et le plus de questions possibles sont réglées sur simple argumentation verbale des parties. Lorsque ces procès-verbaux sont suffisants, le tribunal en est saisi sommairement, les examine et statue sur les requêtes cochées sur la *Action Form*, mais il se réserve le droit d'exiger que celles-ci soient écrites avec exposés à l'appui. Lorsque des requêtes écrites formelles ou la citation de témoins s'imposent, l'audition de l'affaire peut être inscrite pour une date ultérieure. De plus, comme nous l'avons déjà indiqué, il procède à l'enregistrement des admissions de faits formelles. A la clôture de l'audition, une ordonnance est rendue qui indique les divulgations, les décisions et les ordonnances du tribunal, les admissions de faits des parties et toute autre question réglée ou en suspens.

En tant que véhicule de la communication de la preuve, l'audition omnibus garantit que la poursuite divulguera à la défense les matières ou les renseignements suivants:

- (1) Toute preuve en possession de la poursuite qui soit favorable à l'accusé et se rapporte à l'inculpation;
- (2) Toutes déclarations orales, écrites ou enregistrées faites par l'accusé à des officiers enquêteurs ou à des tiers et en possession de la poursuite;
- (3) Les noms des témoins à charge, ainsi que leurs déclarations;
- (4) L'examen de toute preuve matérielle ou documentaire en possession de la poursuite;

- (5) L'intention de la poursuite de se fonder sur des actes ou condamnations antérieures de même nature pour faire la preuve de la connaissance ou de l'intention coupable;
- (6) L'intention de la poursuite de faire appel à des témoins experts et, le cas échéant, leurs noms et qualifications, l'objet de leur témoignage et les rapports qu'ils ont préparés;
- (7) Les rapports ou résultats des examens médicaux ou mentaux en possession de la poursuite;
- (8) Les rapports d'examens, expériences ou comparaisons scientifiques et autres rapports d'experts en possession de la poursuite;
- (9) Les livres, écrits, documents, photographies ou objets matériels obtenus de l'accusé par la poursuite ou qui seront utilisés lors de l'audition ou du procès;
- (10) Les renseignements relatifs aux condamnations antérieures des personnes que la poursuite se propose d'appeler comme témoins au procès;
- (11) L'intention de la poursuite d'invoquer des condamnations antérieures pour attaquer la crédibilité du prévenu, au cas où il devrait témoigner ainsi que le détail des condamnations sur lesquelles elle compte se fonder à cette fin;
- (12) Les renseignements détenus par la poursuite et susceptibles d'indiquer que l'accusé a été pris au piège;
- (13) L'existence éventuelle d'un indicateur et, le cas échéant, l'intention de la poursuite de le produire comme témoin au procès, ainsi que son identité.

Aux fins de l'audition omnibus, la défense est tenue de divulguer à la poursuite les renseignements suivants:

- (1) L'intention de la défense de soumettre que l'accusé est inapte à subir son procès;
- (2) L'intention de l'accusé d'invoquer l'aliénation mentale lors de la perpétration de l'infraction et, dans l'affirmative, les noms des témoins professionnels ou non professionnels qu'il entend citer au soutien de sa défense. Dans tel cas, la défense est tenue de divulguer à la poursuite tous rapports médicaux et de soumettre l'accusé à un examen psychiatrique effectué par un médecin désigné par le tribunal relativement à sa santé mentale;
- (3) L'intention de l'accusé d'invoquer un alibi et, le cas échéant, la liste de tous les témoins à cet effet;
- (4) Les résultats des examens et expériences scientifiques effectués par la défense, ainsi que les noms des personnes qui y ont procédé;
- (5) La nature générale des moyens de défense qui seront soulevés au procès, y compris la dénégation générale;

- (6) La probabilité de disposer de la cause sans procès;
- (7) L'intention de l'accusé d'opter ou de renoncer à un procès par jury;
- (8) La possibilité que l'accusé témoigne;
- (9) L'intention de la défense de faire entendre des témoins de moralité et leur identité.
- (10) A la demande de la poursuite, l'accusé peut également être requis de se soumettre à une parade d'identification; à une identification de la voix, de donner ses empreintes digitales, être photographié, essayer des vêtements, permettre un prélèvement de spécimen sous les ongles, une prise de sang, l'échantillon des cheveux ou tout autre prélèvement provenant de son corps et n'impliquant pas d'intervention déraisonnable, fournir des spécimens de son écriture et se soumettre à un examen médical externe.

A l'audition omnibus, les points suivants sont soulevés automatiquement s'ils n'ont pas été spécifiquement écartés dans le questionnaire; le tribunal en dispose sommairement ou renvoie leur examen à une audition formelle s'il y a lieu:

- (1) Les questions relatives à la divulgation d'éléments de preuve que la poursuite ou la défense ont omis ou refusé de révéler;
- (2) L'inadmissibilité de la preuve matérielle pour cause d'irrégularité dans la perquisition ou l'arrestation;
- (3) L'inadmissibilité de la confession de l'accusé;
- (4) Les transcriptions des procédures devant le grand jury;
- (5) Les demandes de non-divulgation d'éléments de preuve pour cause de privilège;
- (6) Les preuves ou indices obtenus par espionnage électronique;
- (7) Le rejet de l'accusation pour défaut d'alléguer une infraction;
- (8) Le rejet de l'accusation ou d'un chef d'accusation pour cause de duplicité;
- (9) La demande de séparation de chefs d'accusation ou d'accusés;
- (10) La requête pour détails;
- (11) La requête pour déposition de témoins pour fins de témoignage et non de communication de la preuve;
- (12) La requête de la défense visant à obtenir de la poursuite la garantie de la comparution au procès ou à une entrevue préalable des témoins dont elle a le contrôle ou qui sont sous sa garde;
- (13) L'enquête sur le cautionnement.

Le questionnaire permet aussi de formuler des admissions signées par l'accusé s'il y a lieu, se rapportant à toute matière pertinente, y compris:

- (1) Les condamnations antérieures de l'accusé sans production de témoins ni de copie certifiée de son dossier judiciaire;

- (2) La propriété d'objets volés;
- (3) Les analyses chimiques et l'usage des certificats comme preuve;
- (4) L'admissibilité de la preuve documentaire;
- (5) La chaîne, la détention continue ou la possession de pièces;
- (6) La qualification des témoins experts.

Enfin, les articles suivants ne sont pas sujets à divulgation:

- (1) *Le produit du travail*: y compris les recherches ou archives juridiques, la correspondance, ainsi que les rapports ou mémoires dans la mesure où ils renferment les opinions, théories ou conclusions du procureur de la poursuite ou des membres de son personnel juridique;
- (2) *L'identité des indicateurs*: quand il s'agit d'une confiance faite à la poursuite et quand la non-divulgation ne constitue pas une violation des droits constitutionnels de l'accusé; ceci ne comprend pas toutefois, les cas où l'indicateur est un témoin qui sera cité au procès;
- (3) *La sécurité nationale*: lorsque la divulgation comporte le risque grave d'un préjudice sérieux à la sécurité nationale, sauf en ce qui a trait aux témoins ou preuves devant être produits au procès<sup>6</sup>;

## 2. Evaluation provisoire de l'audition «omnibus»

Bien que les Normes de l'Association du Barreau américain aient été rédigées dans l'espoir de la promulgation d'une législation conforme à ces normes à l'échelle nationale, la procédure de l'audition omnibus, recommandée dans les «standards», n'a été implantée à ce jour à titre expérimental que dans deux états. Dans l'un d'entre eux, la Californie, la communication de la preuve avant le procès en matière criminelle s'était déjà passablement étendue sous l'effet de l'évolution de la jurisprudence. En Californie, avant 1955, les demandes pour communication de la preuve avant procès tant devant les tribunaux de première instance que ceux d'appel, étaient rejetées pour le motif que les tribunaux n'avaient pas juridiction en cette matière. Puis, en 1956, le droit s'est modifié lorsque la Cour suprême de Californie, dans *People v. Riser*<sup>7</sup>, a affirmé pour la première fois le droit de l'accusé à une communication de la preuve avant procès de la part de la poursuite. La question devait toutefois être laissée à la discrétion du tribunal de première instance.

À la suite de cette décision, une série de jugements<sup>8</sup> a étendu la communication de la preuve à un point tel qu'aucun tribunal de première instance ne pouvait user de son pouvoir discrétionnaire pour rejeter la communication de la preuve en matière criminelle, si une demande avait été présentée en bonne et due forme à cet effet (généralement par requête appuyée d'un affidavit). L'objet de la communication pour l'accusé s'est étendu jusqu'à comprendre le droit d'examiner toutes les déclarations

faites par l'accusé à la police, quelle que soit la façon dont elles ont été obtenues ou enregistrées, et qu'elles soient admissibles ou pas, le droit d'examiner la déclaration d'un tiers en possession de la poursuite et pouvant aider à la vérification des faits, fût-elle ou non signée ou reconnue par ce tiers, de même que le droit d'examiner les documents et autres objets matériels détenus par la poursuite, y compris les rapports d'experts et les rapports médicaux ou autres rapports scientifiques.

La Cour suprême de Californie a en même temps reconnu et étendu l'objet de la communication de la preuve avant procès, pour la poursuite.<sup>9</sup> De sorte que, du moins en Californie, le très vaste champ de communication de la preuve requis par la procédure d'audition omnibus n'a vraisemblablement pas été interprété comme un changement radical, du moins pas autant que la procédure touchant les requêtes préliminaires et les questions collatérales.

Au Texas, il semble que l'évolution de la communication de la preuve antérieurement à l'introduction de l'audience omnibus ait été moins importante.<sup>10</sup> De nombreux poursuivants de la région de San Antonio ont commencé par s'opposer énergiquement à cette expérience.<sup>11</sup>

L'introduction de l'expérience dans ces deux juridictions semble avoir abouti, ironiquement, à la suppression définitive du recours à l'audience elle-même. La procédure est volontaire et sert à vérifier la mise en œuvre d'une communication informelle de la preuve. Mais l'existence de la procédure a permis d'accorder une pleine communication informelle dans de nombreux cas qui, autrement, auraient dû être traités par audition omnibus. Le besoin ou le désir de recourir à des procédures plus formelles s'en est trouvé restreint.

Au Texas, la méfiance initiale des poursuivants s'est transformée en un enthousiasme absolu et débordant.<sup>12</sup> La seule critique formulée par certains poursuivants dans la littérature juridique<sup>13</sup> visait essentiellement le besoin d'une communication de certains éléments spécifiques de la preuve dans la procédure de l'audition omnibus, plutôt que l'inutilité et la durabilité de l'expérience ou du concept dans son ensemble. Les commentaires reproduits ci-après sont d'un procureur de la poursuite à l'origine opposé à cette procédure, d'un avocat de la défense et d'un juge impliqués tous trois dans cette expérience. Ces commentaires sont extraits d'un débat sur l'audition omnibus au Texas :

«Le 22 janvier 1968, après une expérience de quelques mois de l'audition omnibus, le Procureur des États-Unis à San Antonio, recevait un mémoire de l'un de ses assistants où ce dernier qualifiait la procédure omnibus de 'pure perte de temps, au cours de laquelle les deux parties jouent entre elles au plus fin et refusent de se dire quoique ce soit'. Son sentiment était partagé par plusieurs autres assistants aussi bien que par de nombreux procureurs de la défense. Pourtant, je ne connais apparemment pas d'avocat de la poursuite ou de la défense au Barreau de San Antonio qui n'accueille à présent favorablement l'occasion de prendre

part au programme, abstraction faite de ses impressions originales sur la question.

M. Reese Harrison Jr., auteur du mémoire . . . est toujours Assistant-Procureur des États-Unis, mais il a considérablement changé d'optique envers l'audition omnibus . . . .

M. Harrison: . . . Le plus grand avantage de l'audition omnibus est peut-être de donner lieu à plus de plaidoyers de culpabilité que nous n'en ayons jamais eus dans le passé. Ceci est dû à la divulgation intégrale à l'accusé du contenu du dossier du gouvernement. Au premier abord, les poursuivants seront sceptiques, voire irrités, comme moi. Nombreux sont ceux qui penseront qu'une telle divulgation du dossier du gouvernement donnera lieu à plus d'acquittements et de rejets d'accusations. Cependant, les statistiques de la Division de San Antonio sont à l'effet contraire.

Comment expliquer cette augmentation des plaidoyers de culpabilité? J'ai entendu de nombreux avocats éminents du Barreau de San Antonio, y compris celui qui est à mes côtés aujourd'hui, déclarer qu'ils n'aiment pas acheter une paire de chaussures sans l'essayer. En d'autres termes, ils appréhendent de conseiller à leurs clients de plaider coupables s'ils ignorent dans quelle mesure le dossier du gouvernement est solide. Lorsque le défendeur a l'occasion de prendre connaissance du dossier du gouvernement, d'en discuter avec son avocat et que tous deux en sont amplement informés, le client, aux dires des avocats de la défense, est plus favorable à l'idée de plaider coupable. L'une des raisons de cette attitude est que l'avocat de la défense et son client sont en mesure de fonder l'argumentation du plaidoyer sur le contenu du dossier du gouvernement . . . .

M. Gillespie: Sous l'empire du projet de l'audition omnibus, les avocats de la défense ont trouvé que, sans sacrifier pour autant un droit quelconque de leurs clients, ils peuvent faire avancer les causes, et par le fait même fermer les dossiers, beaucoup plus rapidement que par la procédure normale. Bref, ils ont trouvé en l'audition omnibus un facteur d'économie de temps, de travail de bureau (donc d'économie tout court) et de lutte vaine avec le Procureur des États-Unis; ils y ont trouvé un moyen efficace de réduire la cause aux seuls points litigieux.

En vertu de l'ordonnance prévue au projet et exigeant une conférence des procureurs, l'avocat de la défense doit rencontrer l'Assistant du Procureur des États-Unis qui traite le dossier du client. Cette rencontre permet une meilleure compréhension de l'adversaire et réduit la tension; après l'échange des renseignements requis, chacun d'entre eux est au courant du point de vue de son adversaire. Outre l'avantage économique, l'avocat de la défense, après avoir pris connaissance du dossier du gouvernement, est en mesure d'évaluer objectivement si le client doit plaider coupable ou non coupable. Avec la procédure de l'audition omnibus, il n'a plus à combattre de témoins «surprise» et il sait en général quel témoignage sera produit par chacun des témoins de la poursuite.

«Juge en chef Spears: Après deux ans d'expérience dans notre cour, la procédure omnibus est devenue en grande partie automatique, les avocats

y étant plus familiarisés. A l'exception des cas où des requêtes ou autres points de droit doivent être réglés, il est maintenant rarement nécessaire qu'une audition omnibus soit ordonnée alors qu'au début de la mise en vigueur du projet le tribunal devait user de pressions et d'efforts considérables.

J'ajouterais simplement à tout ce qui précède que les causes instruites après l'audition omnibus sont soumises de façon plus logique et plus compréhensible et ne nécessitent qu'une partie du temps requis auparavant pour les causes de même genre . . . .

Il faudra sans doute beaucoup de temps et de patience de la part des juges pour roder le projet dans un tribunal, mais à la réflexion j'estime que le profit à en tirer est considérable et je le recommande à votre considération et à votre action».<sup>14</sup>

En ce qui a trait à une application possible au Canada de la procédure de l'audition omnibus en matière criminelle, certains aspects de l'expérience sont séduisants; d'autres, par contre, soulèvent des problèmes qui attendent d'être résolus.

Le concept d'une considération automatique des questions collatérales avant le procès peut sembler plus approprié à la solution des problèmes soulevés aux États-Unis, en raison de la règle d'exclusion qui y est appliquée. Si l'on tient compte du droit actuel relatif à l'obtention illégale de la preuve, certains points du questionnaire de l'audition omnibus ne rencontreraient pas de champ d'application au Canada. Cependant, il existe de nombreuses matières «collatérales» soulevées actuellement lors des procès au Canada et qui pourraient être traitées à une audition préparatoire au procès, telles que les motions pour faire casser l'accusation, les motions pour la séparation des inculpations ou des accusés, les matières constitutionnelles et relatives à la «Déclaration des droits», l'admissibilité des aveux, etc. Bref, il ne semble pas y avoir quoi que ce soit de particulièrement étranger au système de l'audition omnibus ou l'une de ses versions et qui rendrait ce système inapplicable à la procédure canadienne.

L'examen automatique de certaines questions avant le procès contribue également à réduire ou même à éliminer les disparités dans l'habileté des avocats à soulever des points pouvant être de grande importance pour l'accusé, ainsi que les disparités dans l'étendue de la communication fournie aux différents accusés et à leurs procureurs.

Enfin la vaste communication prévue à cette procédure est aussi intéressante pour la poursuite que pour la défense. Les dispositions prescrivent du même coup des restrictions à la communication dans les cas particuliers où de sérieuses raisons de craindre un abus peuvent être démontrées. Le fardeau de la preuve incombe cependant à la partie qui allègue la vraisemblance d'un tel abus. Cette vraisemblance devra être établie avant que soient ordonnées les restrictions à la communication de la preuve. Les abus éventuels de l'accusé sont incontestablement traités plus adéquatement par

ce moyen que par un refus uniforme de communication dans toutes les causes, par crainte d'abus dans quelques unes d'entre elles.

D'autre part, une information abondante doit être recueillie avant de porter un jugement décisif sur l'efficacité de cette procédure. A quelles sortes de causes peut-elle s'appliquer, par opposition à celles qui font l'objet d'une communication informelle? Dans quelle mesure cette procédure a-t-elle affecté le taux et le volume des plaidoyers de culpabilité, ainsi que la «négociation du plaidoyer»? A quels délais le processus criminel était-il soumis avant et après l'introduction de cette expérience? Quel est l'effet de l'audition omnibus sur la longueur, la nature et le règlement final des procès qui l'ont suivie? Quels sont les problèmes particuliers de l'ancien système de communication fondé sur le pouvoir discrétionnaire de la poursuite, auxquels l'expérience devait faire face et dans quelle mesure cette expérience a-t-elle atteint les objectifs de ses promoteurs? Le rôle plus actif des poursuivants aux États-Unis au stade de l'enquête et du rassemblement de la preuve criminelle rend-il la communication de la preuve par cette procédure plus aisée qu'au Canada?

La relation entre l'audition omnibus et la procédure de mise en accusation doit, elle aussi, être étudiée de plus près. L'usage de cette procédure implique-t-il un abandon du droit de contester la citation à procès ou une renonciation à l'enquête préliminaire? Aux États-Unis, on compte beaucoup sur l'action directe du grand jury, qui a pour effet de contourner l'enquête préliminaire. L'audition omnibus n'est-elle acceptable qu'en raison des renseignements qu'elle fournit et qui autrement ne seraient pas disponibles à la défense du fait que l'enquête préliminaire n'est pas fréquemment utilisée? La pratique de l'audition omnibus a-t-elle été restreinte parce qu'elle suppose la renonciation au droit de contre-interroger les témoins virtuels avant le procès, comme c'est possible à l'enquête préliminaire? (Le questionnaire ne semble pas prévoir le droit de contre-interroger les témoins avant le procès aux fins de communication de la preuve). Les procureurs de la défense ont-ils été satisfaits de l'abandon de ce droit en retour d'une pleine communication et, dans l'affirmative, pourquoi?

De plus amples informations sont également nécessaires pour évaluer le coût réel de la procédure en termes de temps, d'argent et de ressources humaines, notamment par comparaison avec le maintien de l'ancien système. La procédure engendre-t-elle effectivement un plus grand nombre d'appels avant ou après procès sur des questions collatérales? L'omission de soulever un point à l'audition omnibus équivaut à son abandon, mais qu'arrive-t-il des cas où l'une ou l'autre des parties n'accepte pas une décision rendue à cette audition? La procédure prévoit-elle une révision de telles décisions? Dans l'affirmative quelle est la nature de cette révision et son existence entraîne-t-elle une prolongation du processus criminel?

Enfin le résultat peut dépendre en grande partie du caractère optionnel de la procédure. Par exemple, une très vaste communication de la preuve



de l'accusé à la poursuite peut être consentie par la défense, en autant que ceci fasse partie d'un système optionnel qui garantisse la communication à la défense. Cette dernière conservera ainsi le droit de refuser la communication si cette option lui apparaît au meilleur de ses intérêts. Mais comment une audition omnibus obligatoire serait-elle envisagée dans ces juridictions si une communication aussi vaste à la poursuite devait être impérative dans chaque cas? En outre, dans une procédure volontaire, la question de sanction, en cas de défaut de fournir la communication requise, reste académique. Si, par contre, la procédure était obligatoire, comment ses exigences seraient-elles appliquées sans que de nombreux principes de procédure criminelle soient reconsidérés?

Pour conclure, l'audition omnibus est une procédure qui vise apparemment de nombreux objectifs importants et valables. La question est de savoir si précisément elle n'en vise pas trop, si son succès apparent n'est pas dominé par les frais encourus pour son fonctionnement convenable et efficace et si la simplicité du questionnaire n'est pas illusoire et n'entraîne pas plus de complications qu'auparavant, tant du point de vue global que du point de vue de la capacité de ceux qui doivent s'adapter à la procédure pour remplir convenablement leur rôle.

## ISRAËL

### 1. *Description*

Le modèle israélien de réforme du «discovery» en matière criminelle mérite une étude sérieuse, non seulement parce qu'il s'agit d'un modèle intéressant, mais aussi parce qu'il s'est développé dans un système pénal similaire, à presque tous points de vue, au système canadien. Comme au Canada, la procédure criminelle en Israël dérive essentiellement de la common law anglaise. Le système est accusatoire et contradictoire. Le prévenu est présumé innocent jusqu'à preuve de sa culpabilité et il peut observer le silence. Le droit pénal israélien classe les infractions en trois catégories: les contraventions punissables d'un emprisonnement n'excédant pas un mois ou d'une amende légère, les «misdemeanors» punissables d'un emprisonnement de plus d'un mois et de moins de trois ans et les «felonies» punissables d'un emprisonnement de plus de trois ans ou de la peine capitale. Les tribunaux de première instance pour les contraventions et les «misdemeanors» sont les cours de magistrats, qui sont au nombre de 25 à travers le pays. Les «felonies» sont instruites devant les 4 cours de districts, qui jouissent aussi du pouvoir de révision des jugements rendus par les cours de magistrats par voie d'appel. La Cour suprême d'Israël exerce exclusivement une juridiction d'appel en matière criminelle. En général, les procès sont instruits par un juge seul. Un banc de trois juges de district est requis dans les procès plus sérieux portant sur des délits passibles de la peine capitale ou d'un emprisonnement de plus de dix ans. Une différence majeure cependant: Israël n'a jamais connu le procès par jury.

En Israël avant 1958, une enquête préliminaire précédait la citation à procès dans toutes les causes de «felonies». Le fondement de cet examen de la preuve de la poursuite quant à la nécessité de citer le prévenu à procès était essentiellement le même que celui qui prévaut de nos jours au Canada. L'enquête préliminaire était considérée aussi la source principale de communication de la preuve avant le procès en matière criminelle. Toutes les autres causes étaient instruites sommairement sans enquête préliminaire et la communication de la preuve dans ces cas était essentiellement laissée à la discrétion de la poursuite et du tribunal.<sup>15</sup>

En 1958 l'enquête préliminaire est devenue optionnelle, à la demande du prévenu ou de la poursuite, et elle a été limitée aux cas passibles de la peine capitale ou d'emprisonnement de plus de dix ans. Simultanément, la perte des droits à la communication de la preuve contenue dans l'enquête préliminaire pour les «felonies» a été compensée par la création d'un droit statutaire pour la défense d'examiner la preuve de la poursuite avant le procès.<sup>16</sup> Ce droit d'examen a aussi été avancé dans le temps, prenant naissance avec la production de l'acte d'accusation; il portait sur tous les éléments de preuve rassemblés par la poursuite incriminants ou favorables au prévenu, et non seulement ceux que le poursuivant entendait produire au procès.

Entre 1958 et 1962, une enquête préliminaire était requise, surtout par le prévenu<sup>17</sup>, dans près de 30% des causes où elle était disponible et, dans les cas où elle avait lieu, le prévenu était libéré dans 1% des cas seulement.<sup>18</sup> Il fut décidé à la lumière de ces statistiques que l'utilité de l'enquête préliminaire était dérisoire et que sa valeur dans quelques causes minimes était de loin dépassée par les inconvénients dans la plupart des cas, aux points de vue du coût et du temps.<sup>19</sup>

En 1965, un nouveau Code de procédure criminelle fut promulgué. L'enquête préliminaire fut complètement abolie, les dispositions législatives relatives au «discovery» en cas de «felonies» furent étendues aux «misdemeanors» (mais non aux contraventions); des amendements substantiels furent apportés aux mécanismes de la mise en accusation et du plaidoyer. La législation renfermant ces amendements et établissant le droit israélien actuel en matière de la communication de la preuve en matière criminelle est brève et fort simple. Elle stipule ce qui suit:

#### Chapitre 4. Procédure préalable au procès

##### Titre C. Examen de la preuve de la poursuite

###### *Article 67. Examen du matériel d'enquête*

Lorsqu'un acte d'accusation est produit relativement à une «felonie» ou une «misdemeanour», le prévenu et son procureur, ainsi que toute personne autorisée à cet effet par ledit procureur ou, avec le consentement de la poursuite, par le prévenu, peuvent, en tout temps raisonnable examiner le matériel utilisé à l'enquête, et détenu par la poursuite, et en prendre copies.

*Article 68.*

*Mode d'examen et de copies*

L'examen du matériel d'enquête et la copie dudit matériel ont lieu au bureau du poursuivant ou en tout autre lieu désigné par lui à cette fin, en présence de la personne nommée par lui, soit généralement, soit en rapport avec un cas déterminé, dans le but de garantir que l'examen et la copie seront effectués conformément à la loi et aux instructions des poursuivants.

*Article 69.*

*Pénalités*

Quiconque oppose une ingérence ou une entrave à une personne nommée en vertu de l'article 68 durant l'exercice de ses fonctions est passible d'un emprisonnement de trois mois; quiconque, sans autorisation écrite de la poursuite déplace un document ou une pièce quelconque du matériel qui lui a été confié pour examen ou copie est passible d'un emprisonnement d'un an.

*Article 70.*

*Restrictions à la production de la preuve*

Le poursuivant ne peut produire en cour aucune preuve ni faire entendre aucun témoin, à moins qu'une occasion raisonnable ait été donnée au prévenu ou à son procureur d'examiner et de prendre copie de la preuve ou, le cas échéant, de la déposition, faite par le témoin au cours de l'enquête, sauf en cas de renonciation par eux à ce droit.

*Article 71.*

*Matériel secret*

Les dispositions de l'article 67 ne s'appliquent pas au matériel dont la dissimulation est autorisée ou la divulgation interdite en vertu de la loi; toutefois les dispositions de l'article 70 s'appliquent audit matériel.

*Article 72. Fourniture de la copie de la preuve détenue par le plaignant*

Le plaignant privé ne peut produire en cour aucune preuve pas écrit qu'il détient à moins d'en fournir une copie au prévenu.

*Article 73.*

*Limites au droit d'examen de la preuve*

Les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas à la preuve destinée à contester tout plaidoyer du prévenu que la poursuite ne peut avoir prévu, à la preuve produite pour expliquer l'absence d'un témoin ni à celle se rapportant à toute autre question de forme, non essentielle à l'accusation.

*Article 74.*

*Réserves*

Les dispositions du présent titre ne peuvent déroger à celles de l'article 38 de la Révision du Droit Pénal, loi (sécurité de l'État), 5717-1957.

L'article 71 nie le droit à la communication du «matériel dont la dissimulation est autorisée ou la divulgation interdite en vertu de la loi.». Cette disposition réfère sans doute au matériel constituant des secrets d'État ou de défense. Toutefois, lorsque le matériel n'est pas divulgué, le *Code* empêche qu'il serve en preuve au procès.<sup>20</sup> Le poursuivant peut donc refuser de divulguer des éléments de preuve mais il doit s'attendre alors à sacrifier une condamnation si la communication est refusée pour la sauvegarde de quelque autre intérêt majeur.

Les amendements introduits au «discovery» doivent être, en outre, considérés simultanément avec la réforme des mécanismes de la mise en accusation et du plaidoyer qui les a accompagnés. Le nouveau code a tenté de simplifier la formulation des accusations. Avant 1965 la pratique suivie était semblable à celle de la plupart des tribunaux anglo-américains. L'acte d'accusation consistait en un ou plusieurs chefs d'accusation et était composé de deux parties: «l'énoncé de l'infraction» mentionnant la nature de l'infraction et l'article pertinent dont la violation est alléguée et les «faits constituant l'infraction», où l'article était simplement exposé dans un langage courant, adapté aux circonstances de chaque cas.

Voici un exemple de cette ancienne pratique:

*«Énoncé de l'infraction:* Meurtre, en violation de l'article 214 de l'Ordonnance du Code criminel, 1936.

Faits constituant l'infraction: A.B. le                    jour du mois de                    à  
a causé avec préméditation la mort de C.D.»<sup>21</sup>

Cette formule d'acte d'accusation identique à celle requise au Canada, a été critiquée en ces termes:

«Souvent, les accusations étaient incompréhensibles aux non-initiés et manquaient de précisions. Une personne non assistée d'un avocat risquait facilement de ne pas en saisir les implications, notamment, de ne pas percevoir les moyens de défense qui lui étaient offerts».<sup>22</sup>

De même, les anciennes exigences étaient considérées:

« . . . archaïques, trop formalistes et parcimonieuses en renseignements, surtout dans les cas fréquents sous les lois pénales modernes—où l'infraction alléguée est le résultat d'un enchaînement complexe de faits. Il apparut qu'au lieu de décrire l'accusé comme présumé coupable il eût été plus indiqué que l'acte d'accusation expose les faits que la poursuite se propose de prouver et sur la base desquels le tribunal devra condamner l'accusé ou l'acquitter».<sup>23</sup>

Le nouveau code apporte des modifications majeures à l'ancienne pratique. Au lieu de se contenter d'exiger que l'accusation consiste en une énumération de chefs d'accusation formels, le but est dorénavant de fournir «un simple récit des faits dans le même style et de la même manière qu'une réclamation dans une procédure civile».<sup>24</sup> Un exemple tiré d'une annexe à un premier projet du code proposait ce qui suit:

«Acte d'accusation»

1. Le prévenu est un officier de la Banque ..... Ltée, et gérant de la succursale de .....
2. Le ..... jour du mois de ..... dix obligations au porteur émises par ..... Ltée, ci-jointes et identifiées comme exhibits «A» à «J», furent consignées par «X» à l'accusé, à la dite succursale, en sûreté auprès de la banque.
3. La valeur desdites obligations est de ..... livres israéliennes.

4. Par erreur, la consignation desdites obligations n'a pas été inscrite aux livres de la banque.
5. Le même jour, après son travail, le prévenu emporta les obligations à son domicile et les y laissa.
6. Le ..... jour du mois de ....., «X» prêta assistance au prévenu, l'informa que la consignation des obligations n'était pas inscrite aux livres de la banque et lui demanda de procéder à l'inscription et de délivrer un reçu à «X». Le prévenu nia avoir reçu les obligations et refusa de donner suite à la demande de «X».
7. Les faits ci-dessus décrits constituent une infraction en vertu de l'article 275 de l'Ordonnance du *Code criminel*, 1936». <sup>26</sup>

Le nouveau code requiert également qu'une liste des témoins à charge soit annexée à l'acte d'accusation<sup>26</sup>; toutefois la poursuite n'est pas empêchée de produire des témoins supplémentaires tant que les exigences de la divulgation sont remplies. Le poursuivant n'est pas tenu d'appeler un témoin dont le nom est révélé et si le témoin est appelé par la défense, le tribunal peut autoriser celle-ci à contre-interroger le témoin sur-le-champ.<sup>27</sup>

D'autre part, le prévenu n'est plus tenu d'admettre ou de nier sa culpabilité, mais plutôt d'admettre ou de nier les faits allégués dans l'acte d'accusation. L'admission d'un fait n'est pas décisive et peut être rejetée par le tribunal; ce dernier pourra dans ce cas demander que le fait en question soit prouvé. Enfin, le tribunal peut déclarer l'accusé coupable de toute infraction fondée sur les faits prouvés, en supposant même qu'ils n'aient pas été allégués dans l'acte d'accusation, si une occasion raisonnable a été donnée à l'accusé de se défendre et à condition que le tribunal n'inflige pas une peine plus sévère que celle qu'il aurait infligée si les faits originaires allégués avaient été prouvés.<sup>28</sup>

Enfin, aucune mesure n'a été prise pour assurer la communication de la preuve du prévenu à la poursuite, avant le procès. Cette position est justifiée d'abord par le fait que la communication de la preuve à la poursuite est incompatible avec la présomption d'innocence; de plus une telle communication s'avère inutile en raison des ajournements raisonnables toujours accordés aux poursuivants pour leur permettre d'examiner une preuve «surprise» et la réfuter, si possible. Il n'a pas été aisé, en outre, de concevoir une sanction efficace quant à la communication de la preuve du prévenu à la poursuite, autre que l'ajournement. La sanction d'inadmissibilité a été expressément rejetée en ces termes:

«Il serait contraire à notre conscience juridique de déclarer inadmissible une défense valide en raison de la non-communication de la preuve à la poursuite et de faire condamner un innocent».<sup>29</sup>

## 2. *Évaluation provisoire du modèle israélien*

La législation israélienne actuelle sur la communication de la preuve est claire, simple et, à l'égard du prévenu, à peu près exhaustive. Contraire-

ment au système d'audition omnibus où la très vaste communication de matières spécifiques est exposée avec force détails dans la liste de contrôle, la législation israélienne ne tente pas de spécifier en détail les éléments de preuve à divulguer, mais stipule simplement que tout élément non divulgué à la défense ne peut être admis au procès. Un autre aspect qui la distingue de l'audition omnibus est la nécessité de communiquer la preuve avant le procès à la défense, et non d'imposer à celle-ci de la communiquer.

Pour évaluer la possibilité d'appliquer au Canada la législation israélienne il eût été utile d'obtenir plus d'information sur la pratique réelle du «discovery» en Israël avant le nouveau code. La nouvelle législation a-t-elle été une simple codification de ce qui se pratiquait essentiellement ou a-t-elle constitué un abandon radical de l'ancienne pratique, instaurée malgré l'opposition de la magistrature ou du Barreau? Comment la législature est-elle implantée en pratique? Les avocats de la défense sont-ils réticents à l'abolition de l'enquête préliminaire et par voie de conséquence à la perte du droit au contre-interrogatoire des témoins avant le procès, pour fins de communication de la preuve? Dans quelle mesure avocats de la défense, procureur de la poursuite et juges croient-ils en l'efficacité de la législation et en la réalisation de ses objectifs initiaux? Des poursuites ont-elles été compromises du fait de l'élargissement de la communication de la preuve à la défense et de la limitation de la communication de la preuve à la poursuite? Quels sont les taux de criminalité et de surcharge des tribunaux comparés à ceux du Canada et quel a été l'effet de la législation sur l'allègement ou l'aggravation de ces problèmes? Quel a été l'effet de cette législation qui s'applique à toutes les causes criminelles à l'exception des moins graves, sur la rapidité avec laquelle on dispose des litiges criminels? Des directives ou des règles officieuses ont-elles été élaborées pour compléter le dispositif de la loi au sujet des délais, des priorités, du mode de la communication ainsi que des éléments qui, autrement, auraient été rejetés?

Malgré ces questions, l'exemple israélien propose en fait un moyen intéressant d'évaluer l'utilité de l'enquête préliminaire au Canada. En Israël, la procédure a été optionnelle durant un certain temps au cours duquel des statistiques détaillées ont été recueillies sur la fréquence de son usage, le temps et le coût investis, les résultats des enquêtes préliminaires et ceux des décisions finales rendues dans les procès précédés et non précédés d'enquêtes préliminaires. Par la même occasion, un droit étendu à la communication des éléments de preuve de la poursuite a été assuré dans les cas où une enquête préliminaire n'avait pas eu lieu où ne pouvait avoir lieu. Une telle approche s'est avérée utile à la détermination de la nature et des effets possibles de réformes importantes dans ce domaine du droit.

La législation israélienne nous rappelle aussi qu'il pourrait être insuffisant de promulguer une législation sur le «discovery». Certaines modifications aux mécanismes de la mise en accusation et au plaidoyer pourraient être également nécessaires. Les nouvelles exigences de la législation israélienne en matière d'actes d'accusation sont aussi bien en fait des exigences de

«discovery». Le prévenu en Israël, contrairement à ce qui se produit au Canada, est muni dès le dépôt de l'acte d'accusation d'une information raisonnable sur la thèse de la poursuite et les faits mis en preuve contre lui. Ceci est indéniablement d'un certain secours à l'accusé et à l'avocat de la défense dans le choix de plaider. Toutefois, des renseignements demeurent requis quant à l'effet de la nouvelle procédure sur l'incidence et les taux comparatifs des causes contestées et non contestées. La «négociation du plaider» a-t-elle été prise en considération avant la promulgation du nouveau code? Dans l'affirmative, quel a été l'effet de la nouvelle législation? La disposition voulant que les faits plutôt que la culpabilité soient admis ou niés a-t-elle élargi ou restreint les causes contestées?

Pour conclure, le modèle israélien est unique dans sa franche simplicité. Toutefois, comme pour tout exemple, il doit être étudié par rapport au cadre où il opère; il faut en outre comparer ce contexte à celui où la réforme canadienne doit évoluer, si l'on veut porter un jugement sur son extrapolation totale ou partielle.

## VERMONT

### 1. *Description*

En 1961, la Législature du Vermont a adopté une loi<sup>30</sup> réglementant la prise de déposition des témoins en matière criminelle, aux fins de communication de la preuve. La loi stipulait notamment ce qui suit:

«Un défendeur dans une cause criminelle peut, en tout temps après le dépôt d'un acte d'accusation, d'une information ou d'une plainte, prendre la déposition d'un témoin, sur requête et avis à l'État et aux autres défendeurs, s'il établit que ce témoignage est susceptible d'être essentiel ou pertinent lors du procès ou d'être d'une aide quelconque dans la préparation de sa défense . . .».

La loi réglemente aussi certains droits à la communication de la preuve et à la vérification de certains éléments «obtenus du défendeur ou lui appartenant».<sup>31</sup>

Depuis la promulgation de la loi du Vermont, une législation semblable, permettant la déposition des témoins aux fins de communication de la preuve en matière criminelle a été promulguée dans les États du Texas, de l'Ohio et de la Floride.<sup>32</sup> Une telle procédure a également été recommandée dans le «Report of the President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice».<sup>33</sup>

«La souplesse et l'utilité de la déposition en font une procédure extrêmement appréciable pour la découverte des faits en matière criminelle. Les organes compétents devraient amender leurs lois ou leurs règlements pour permettre la prise de dépositions chaque fois que la poursuite et la défense y consentent, et une procédure obligatoire devrait être disponible à cet effet. Quand bien même elles ne pour-

raient y convenir, il serait souhaitable de permettre aux procureurs de la poursuite et de la défense, avec l'autorisation du tribunal, de prendre des dépositions».<sup>34</sup>

En 1967, une étude fut effectuée au Vermont pour évaluer l'impact de la législation sur la déposition. Plusieurs conclusions furent dégagées de cette étude.<sup>35</sup>

- (a) Presque tous les témoins ayant fait une déposition étaient des officiers de police et des témoins oculaires. Dans un cas seulement une déposition a été faite par un témoin expert, en l'occurrence d'un psychiatre.
- (b) En général, quatre raisons étaient données à la prise de dépositions: (1) elle fournissait une communication générale de la preuve, (2) elle liait le témoin à une version précise des faits, (3) elle permettait la présentation de faits formels pour révéler au poursuivant la faiblesse de sa preuve ou, (4) pour révéler au défendeur la nature et la force du dossier de la poursuite. Rien n'indique l'usage de dépositions en vue de «parties de pêche à l'aveuglette»; l'interrogatoire des officiers-enquêteurs «portait plutôt sur la preuve réellement détenue par l'État et fournissait parfois des informations dont le défendeur n'était pas au courant».
- (c) Les dispositions exigeant une requête au juge compétent pour obtenir le droit de prendre les dépositions étaient rarement utilisées, du fait que quelques mois après l'entrée en vigueur de la loi, «les dépositions étaient presque toujours prises d'un commun accord entre l'État et l'avocat de la défense».<sup>36</sup>
- (d) La fréquence des dépositions est difficile à déterminer, du fait qu'elles étaient prises généralement de façon informelle. Leur usage se limitait généralement aux délits d'une certaine gravité. Au Vermont, le procès par jury est possible même pour des contraventions de stationnement.
- (e) Aucun procureur de la poursuite, juge ou avocat de la défense n'a mentionné que la législation ait augmenté la probabilité du procès. Au contraire, les raisons données à la diminution de cette probabilité étaient la meilleure chance pour l'accusé de découvrir la nature de la cause de la poursuite, par la connaissance plutôt que par la conjoncture, et l'élimination de l'élément de «bluff» dans cette procédure comme facteur de préparation du procès.
- (f) Aucun indice dans une cause quelconque ne fait état d'abus du droit à la communication de la preuve prévu par cette législation.

## 2. *Évaluation provisoire du modèle du Vermont*

Le succès de l'exemple du Vermont peut s'expliquer dans une certaine mesure par le fait qu'il s'agit d'un État relativement petit en superficie et en



population: près de 400,000 habitants. Il s'agit d'un État foncièrement rural, où procureurs de l'État et avocats de la défense s'affrontent dans des causes criminelles tout en conservant leur pratique civile.<sup>37</sup> Le nombre restreint et la promiscuité des membres du Barreau ont favorisé l'adoption d'une politique générale de «dossier ouvert» par la poursuite, avant même la promulgation de la nouvelle législation, de telle sorte que son effet réel peut être simplement limité à ce qu'un juge de cet État a décrit:

«Dans ce pays, la poursuite applique généralement une 'politique de dossier ouvert'; je suis persuadé cependant que cette législation a contribué à conserver les choses ainsi».<sup>38</sup>

Toutefois, bien qu'il convienne de constater que le territoire couvert par cette loi est constitué par un État peu étendu et relativement peu peuplé, le fait que des législations analogues soient actuellement en vigueur en Ohio, au Texas et en Floride permet de penser que ce modèle peut s'appliquer à des centres urbains plus peuplés. Mais il faut se rappeler en outre que dans les États mentionnés, notamment le Vermont, la procédure de prise de dépositions des témoins n'existe pas isolément, mais comme faisant partie d'autres procédures de communication de la preuve. Au Vermont, comme nous l'avons vu, elle est combinée avec une politique de dossier ouvert de la poursuite.

La procédure de déposition des témoins en matière criminelle est semblable à celle prévue aux Règles fédérales de procédure civile des États-Unis.<sup>39</sup> Ces règles ont longtemps permis que d'autres personnes que les parties soient interrogées sous serment avant le procès, dans le cadre d'une communication de la preuve civile. En vertu de cette procédure, il est évident que le but premier de la règle est de fournir la communication, puisqu'en général la déposition ne peut être utilisée au procès que pour le contre-interrogatoire en cas de témoignage contradictoire et ce n'est que si le témoin est absent de la juridiction pour motif valable que la déposition peut être reçue comme preuve de son contenu. Une règle de pratique civile analogue est actuellement en vigueur en Nouvelle-Écosse<sup>40</sup> et a été recommandée pour adoption en Colombie-Britannique.<sup>41</sup>

À l'encontre de cette tendance favorable aux procédures de dépositions, il y a lieu de noter que certaines juridictions des États-Unis, notamment la Californie<sup>42</sup> et le New Jersey<sup>43</sup>, ont dénié le droit de prendre les dépositions des témoins à charge dans le cadre d'une procédure de communication de la preuve en matière criminelle. Ce refus des tribunaux de Californie a été justifié par le juge Traynor, alors juge en chef, sur la base suivante:

«Le poursuivant est directement impliqué dans la conduite de l'action et il est donc toujours soumis au pouvoir naturel du tribunal de diriger la procédure qui se déroule devant lui. D'autre part, les témoins indépendants peuvent être étrangers au litige sauf lorsqu'ils témoignent et

il est compréhensible que les tribunaux hésitent à recourir à leur pouvoir naturel pour étendre les mesures de contrainte contre ces témoins». <sup>44</sup>

Néanmoins, il reste difficile de concilier cette position avec l'attitude opposée adoptée par les tribunaux et des législateurs des États-Unis, face aux «étrangers au litige» dans les causes civiles, comme il a été mentionné plus haut. <sup>45</sup>

Une série d'objections plus importantes ont été soulevées dans le «Report of the New Jersey Supreme Court's Special Committee on Discovery in Criminal Cases». <sup>46</sup> La question de savoir si la déposition des témoins avant le procès devrait être admise en matière criminelle a été débattue suite à une suggestion du Juge en chef Weintraub, de la Cour suprême du New Jersey, dans la cause *State v. Tate*. <sup>47</sup> Dans cette affaire, la cour a rejeté l'argument voulant que le prévenu ait constitutionnellement droit à une ordonnance lui permettant de prendre les dépositions des témoins avant le procès, mais a affirmé qu'il faudrait décider si les règles de pratique des tribunaux de l'État doivent être amendées pour permettre l'émission d'une telle ordonnance. Le rapport du comité déclare :

«Le Comité spécial a pris en considération le souhait formulé en faveur d'une règle qui permette la prise de dépositions des témoins aux fins de «discovery», à l'instar de celles prises dans les actions civiles, mais s'est prononcé contre une telle recommandation pour le moment. Ces dépositions se trouvent injustifiées pour les considérations suivantes: (1) elles sont coûteuses et longues; (2) elles peuvent harceler les témoins impartiaux ou «étrangers» qui pourraient déjà être assignés à comparaître à une audition préliminaire devant le grand jury et lors du procès; de plus le fardeau supplémentaire d'être soumis également à des dépositions peut provoquer un relâchement fâcheux de la coopération des témoins qui répugnent de toute façon à être impliqués dans des procédures criminelles; (3) la question du degré de réciprocité admissible, soit la prise des dépositions des témoins de la défense par l'État, soulève de sérieux problèmes constitutionnels; et (4) les dépositions risquent d'être exigées par les défenseurs, notamment par les moins favorisés, de façon routinière et inconsidérée, comme une formalité qui va de soi alors même qu'elle ne serait pas justifiée . . .

. . . Ce comité spécial est cependant conscient des besoins du défendeur en une communication de la preuve avant le procès aussi pleine et libérale que le veulent les principes constitutionnels, ainsi que des besoins légitimes de l'État en une non-divulgation dans certaines circonstances, comme lorsque la sécurité des témoins se trouve menacée (voir à ce sujet les commentaires sur la révision proposée de la règle 3:13-3 par le comité spécial). On estime toutefois actuellement que les avantages pour le défendeur des dépositions libres avant le procès peuvent être assurés par la communication accrue de la règle 3:13-3 et surtout de la règle 3:13-3(c) qui permettraient au tribunal d'ordonner à sa discrétion à la poursuite de mettre à la disposition du défendeur les

noms et adresses des témoins, leurs déclarations, ainsi que les témoignages devant le grand jury et d'aider les défendeurs en leur procurant des entrevues volontaires avec les témoins. Ce type général de communication «du témoin» existe pour les défendeurs en Californie qui, bien qu'étant peut-être l'État le plus libéral en matière de «discovery» pénal, ne permet pas les dépositions libres... Compte tenu de ces considérations, le comité spécial estime qu'il pourrait être utile d'expérimenter la portée de la communication «du témoin» proposée par la règle 3:13-3(c) avant d'entreprendre une expérience avec les dépositions.

Le texte de la règle proposée 3:13-3(c) étudiée dans le rapport est libellé comme suit:

«3:13-3(c) *Éléments accessibles au défendeur à la discrétion du tribunal —noms et déclarations des témoins.* Sur requête du défendeur établissant que des efforts raisonnables ont été faits pour obtenir telle information ou des éléments dont il a besoin pour sa défense, le tribunal ordonnera au procureur de la poursuite de:

- (i) Révéler au défendeur les noms et adresses de toutes personnes que le procureur de la poursuite sait être détentrices d'une preuve ou d'une information pertinente, et indiquer les personnes qu'il se propose d'utiliser comme témoins;
- (ii) Permettre au défendeur d'examiner et copier ou photographier toutes les déclarations pertinentes écrites ou enregistrées faites par ces personnes ou par des co-défendeurs, ainsi que tous dossiers ou condamnations antérieures de ces personnes ou co-défendeurs, ou toutes copies afférentes, se trouvant en la possession, ou sous la garde ou le contrôle de l'État;
- (iii) Permettre au défendeur d'examiner et copier ou photographier tout témoignage pertinent rendu devant le grand jury par ces personnes ou co-défendeurs si une transcription en a déjà été obtenue par le procureur de la poursuite conformément à la règle 3:6-6(b); à défaut de quoi, le tribunal pourra ordonner la préparation de cette transcription et la remise d'une de ces copies au défendeur et au procureur de la poursuite;
- (iv) Prendre part aux efforts du défendeur dans la conduite d'entrevues informelles et volontaires avec ces personnes, à l'exclusion des co-défendeurs» . . .”

Tout en considérant les arguments particuliers soulevés contre la procédure de déposition au New Jersey en fonction de son implantation au Canada, il ne faut perdre de vue qu'ils ont été réfutés du fait que d'autres procédures de communication de la preuve déjà en vigueur ou à l'état de projet, les rendaient inutiles. Au Canada cependant, pas de procédure de déposition, pas plus que des alternatives possibles, ne sont disponibles. De plus, on peut se demander si une communication satisfaisante de la preuve avant le procès est possible sans envisager des moyens d'interroger au moins certains témoins avant le procès. Bien sûr, les tribunaux canadiens

ont toujours reconnu à la défense la liberté d'interroger les témoins de la Couronne avant le procès.<sup>49</sup> Il est souvent reconnu, en effet, que l'omission par l'avocat de la défense d'interroger les témoins équivaut à un manquement au devoir. Mais s'il en est ainsi une certaine reconnaissance doit être également accordée au fait que, dans de nombreux cas, l'interrogatoire non surveillé et informel de témoins-clé par l'avocat de la défense est soit impossible, soit à déconseiller. A toute éventualité notre système devrait assurer que l'avocat de la défense soit en mesure de connaître l'identité de toutes les personnes pouvant être appelées comme témoins et de les interroger de façon informelle, si un tel interrogatoire est souhaitable. Bien qu'on se soit peu objecté, au Canada, au fait que dans la plupart des causes criminelles les témoins virtuels de la Couronne ne peuvent être interrogés sous serment avant le procès parce qu'il n'y a pas enquête préliminaire, on peut s'attendre à une forte opposition de la part des avocats de la défense si on leur enlevait le droit qu'ils ont présentement de contre-interroger ces témoins au cours de l'enquête préliminaire dans les cas où elle est disponible. Quoi qu'il en soit, il est fort possible que le véritable intérêt d'un tel interrogatoire lors d'une enquête préliminaire formelle soit également assuré par une procédure requérant les témoins d'être disponibles pour une interrogation informelle par l'avocat de la défense, à défaut de quoi de se soumettre à la prise de dépositions.

Les objections des poursuivants au pouvoir accordé à la défense de prendre les dépositions des témoins doivent être également étudiées attentivement. Comme le fait remarquer un récent article américain :

«Si l'objectif de la procédure criminelle est de s'assurer de la vérité, intéressés à l'égard de l'usage des dépositions ne provienne pas de en justice le défendeur coupable, en feront usage en vue d'une honnête recherche des faits . . .

. . . il semblerait que la principale réaction des poursuivants et autres intéressés à l'égard de l'usage des dépositions ne proviennent pas de leur étude quant à l'orientation de la recherche des faits en procédure criminelle, mais plutôt de leur crainte de voir accorder à la défense le même outil que la poursuite a toujours détenu sous la forme de son énorme pouvoir d'enquête.

S'il faut conclure . . . on peut dire que, dans l'esprit de ceux qui s'opposent à l'usage des dépositions, il subsiste encore une crainte que l'utilisation de cet outil menace en quelque sorte les intérêts de l'État dans la poursuite des criminels. Si cette crainte porte réellement sur l'éventualité d'un mauvais usage de la procédure, ces arguments peuvent avoir un certain mérite, et en raison seulement de la sincérité de ceux qui défendent cet intérêt légitime. Si elle résulte par contre, d'une prévision que l'usage des dépositions pourrait mieux permettre au défendeur de découvrir une information essentielle à la préparation d'une défense adéquate, alors l'intérêt que l'État entend protéger est certainement douteux. Comme le relève le juge Traynor, en parlant du «discovery» pénal en général :

'Quant à certaines exigences gouvernementales à l'effet que l'information reste confidentielle aux fins d'une application efficace de la loi, l'État n'a pas intérêt à refuser à l'accusé l'accès à toute preuve pouvant jeter la lumière sur les éléments de la cause; il n'a pas intérêt notamment à condamner sur le témoignage de témoins qui n'ont pas été aussi rigoureusement contre-interrogés et aussi fermement recusés que la preuve le permet'.

Puisque l'expérience des législations sur la déposition en matière criminelle, au Vermont et dans d'autres États, ne révèle pas l'existence d'un problème d'abus, il ne semble pas y avoir de raison valable pour que cette constatation ne s'applique pas avec autant de force aux dépositions elles-mêmes». <sup>50</sup>

Pour conclure, le modèle du Vermont, offre une solution possible à une question délicate en matière de communication de la preuve. Même si la solution particulière du Vermont n'est pas acceptable, une procédure compréhensive de communication de la preuve doit assurer de façon réaliste et efficace un contact avec les témoins sans porter atteinte à d'autres valeurs importantes que le processus pénal se doit de maintenir. Une procédure de déposition pourrait être une des solutions au problème et mérite une sérieuse considération.

#### COMBINAISON D'AUTRES MODÈLES AMÉRICAINS

Modèle proposé par le «Harvard Journal of Legislation», 1966. <sup>51</sup>  
États-Unis, Règles fédérales de procédure criminelle amendées, 1966. <sup>52</sup>

Association du Barreau américain: «Normes relatives à la communication de la preuve et à la procédure avant le procès», octobre 1970. <sup>53</sup>

Oregon: Projet de code de procédure criminelle, novembre 1972. <sup>54</sup>

Tennessee: Projet de code de procédure criminelle, janvier 1973. <sup>55</sup>

#### 1. *Description*

Un certain nombre de modèles différents, quelques-uns en vigueur, d'autres sous étude, sont ici regroupés. Tous offrent une similitude suffisante pour être examinés ensemble. Ils constituent surtout des tentatives de codifier ou de réformer une combinaison du droit jurisprudentiel, du droit statutaire et de la pratique en vigueur et d'adopter une législation mettant en application les normes proposées par l'Association du Barreau américain, intégralement ou partiellement. Ils supposent généralement une description législative précise des éléments de preuve à révéler avant le procès, soit impérativement soit en vertu d'un pouvoir discrétionnaire.

Dans ces modèles, des positions précises sont généralement prises sur les sujets suivants: communication à la défense, communication à la poursuite, délais de la communication, éléments non communicables, étendue d'un devoir de communication permanent, ordonnances de protection et sanctions du défaut de se conformer aux exigences de la communication.

Les modèles tendent aussi à s'appliquer à toutes les causes criminelles, quel que soit le degré de gravité de celles-ci.<sup>56</sup> Certains requièrent que la communication intervienne automatiquement ou en réponse à l'initiative du procureur de la poursuite ou de l'avocat de la défense, avec une surveillance ultérieure du tribunal<sup>57</sup>; d'autres prévoient une communication ordonnée par le tribunal, après le dépôt des requêtes avant le procès.<sup>58</sup> Tous les modèles ont comme traits communs une intervention judiciaire accrue dans la surveillance de la communication de la preuve pénale avant le procès, ainsi qu'une restriction du pouvoir discrétionnaire judiciaire de refuser d'ordonner une communication, sans qu'une justification précise soit établie par la poursuite ou la défense.

Les résumés suivants de ces systèmes de communication de la preuve sont présentés de façon à donner une vue d'ensemble de leur portée. Une interprétation complète de chacune des propositions peut être obtenue par l'étude de la formulation exacte de la loi concernée. Ces lois et ces normes sont en général bien rédigées, claires, concises et lisibles.

(a) *La communication de la preuve à l'accusé*

A des degrés différents, les lois requièrent que le prévenu soit autorisé, avant le procès ou aussitôt que possible après le dépôt des actes d'accusation, à examiner, copier ou photographier des catégories d'information pertinentes, comprenant: les éléments disculpatoires ou visant à nier la culpabilité ou à réduire la sentence de l'accusé; les déclarations ou aveux écrits ou enregistrés, de l'accusé et des co-accusés; les détails des circonstances de la prise de ces déclarations, des résultats ou rapports d'analyses ou expériences scientifiques et d'examens physiques ou mentaux; les dossiers de condamnations antérieures du prévenu et des témoins; les livres, papiers, documents, objets matériels, constructions ou lieux détenus par la poursuite ou se trouvant sous sa garde ou son contrôle; l'intervention d'une perquisition et d'une saisie et toute information pertinente obtenue de ce fait; les noms et adresses des personnes qui, à la connaissance de la poursuite, détiennent une information ou une preuve pertinente; les noms et adresses des personnes que la poursuite entend produire comme témoins, ainsi que les déclarations pertinentes écrites ou enregistrées de ces témoins et détenues par les autorités d'investigation.

Dans deux de ces lois<sup>59</sup>, les expressions «information et matériel disculpatoires» et «matériel tendant à nier la culpabilité du prévenu» ont été utilisées dans le but de codifier et de généraliser le principe établi par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt-clé *Brady v. Maryland*.<sup>60</sup> Dans cette cause, il a été décidé qu'un procureur de la poursuite qui retient une «preuve» disculpatoire, soit par négligence soit délibérément, porte atteinte au droit constitutionnel de l'accusé d'avoir un procès équitable. La codification de ce principe et son extension à «l'information» ou au «matériel» ont été jugées insuffisantes par les rédacteurs de ces lois, de sorte que des matières précises ont été énumérées, bien qu'elles puissent être comprises.

en principe, dans le cadre du devoir général de communication établi dans *Brady*. La législation tend, par ce moyen, à éviter les refus de communication fondés soit sur la difficulté de déterminer les éléments disculpatoires d'information, soit sur la décision de la poursuite d'écarter certaines sources de preuve pouvant être favorables à la défense parce qu'elle les juge non dignes de foi.<sup>61</sup>

De même, certaines lois établissent une distinction entre les éléments que le prévenu peut obtenir de plein droit et ceux qu'il peut obtenir sur preuve que ses efforts raisonnables déployés en vue de les obtenir ont été vains. D'autre part, l'exigence de communiquer les noms et adresses des témoins prévus ou éventuels de la poursuite s'accompagne souvent d'un devoir imposé à cette dernière soit de contribuer à mettre en place des interrogatoires informels par la défense des personnes dont les noms ont été révélés, soit d'aviser les personnes qui détiennent des éléments de preuve ou des informations pertinentes qu'ils doivent coopérer en se soumettant à l'interrogatoire effectué par l'avocat de la défense. L'obligation de divulguer l'identité des témoins est souvent sujette à l'émission «d'ordonnances de protection» en faveur de la poursuite, chaque fois qu'un risque réel d'abus de communication peut être établi. Ces ordonnances seront étudiées ultérieurement dans la présente partie.

Dans ces lois, l'étendue de l'obligation de communication est souvent formulée en termes plus larges qu'une simple exigence de communiquer les éléments que la poursuite entend utiliser au procès. Certains modèles, par exemple, requièrent la communication de toute information qui constitue un «élément de préparation de la défense». Les lois tentent aussi de tenir compte du fait que la communication peut être restreinte en raison du défaut par la poursuite de révéler «le matériel se trouvant en la possession, sous la garde ou sous le contrôle de l'État et dont l'existence est connue ou pourrait être connue du 'district attorney' en exerçant la diligence requise». On peut également citer comme exemple le commentaire au soutien des Normes du Barreau américain :

«En s'acquittant de ses devoirs (la poursuite) doit être au courant, ou chercher à être au courant, de l'existence de toute information qu'elle a le devoir de communiquer à la défense. Elle doit s'assurer que l'information lui est transmise par le personnel d'investigation, de manière à être en possession ou à contrôler toute l'information se rapportant au prévenu et à l'inculpation portée contre lui. Ainsi, elle ne saurait obstruer l'arrivée de cette information, dans le but d'échapper au devoir de la communiquer».<sup>62</sup>

*(b) La communication de la preuve à la poursuite*

Tous ces modèles prévoient une communication limitée de la preuve du prévenu à la poursuite, sur requête soumise au tribunal. Ainsi, le projet du «Harvard Journal of Legislation» accorde au juge du procès le pouvoir discrétionnaire, une fois que la communication est disponible au prévenu

conformément à la loi, d'ordonner que soit communiqué à la poursuite le matériel dont la défense entend se servir au procès.<sup>63</sup> Les éléments sujets à une telle communication réciproque comprennent les résultats ou rapports d'analyses ou examens scientifiques ainsi que les examens physiques ou mentaux, les livres, papiers, documents, objets matériels, constructions ou lieux en la possession de la défense, ou sous sa garde ou son contrôle, ainsi que les noms et adresses des personnes connues de la défense et qu'elle entend produire comme témoins.<sup>64</sup> Toutefois, la défense est protégée de la communication à la poursuite, en vertu de cette procédure, si elle n'a pas demandé la communication d'une information semblable de la poursuite; elle peut néanmoins obtenir les déclarations des témoins à charge déjà identifiés, même si elle refuse de communiquer les noms de ses propres témoins.<sup>65</sup>

Le principe de la réciprocité comme base de la communication à la poursuite a été développé par les rédacteurs de la loi du «Harvard Journal of Legislation» sur la communication de la preuve:

«On peut difficilement concevoir un cas où le défendeur pourrait avoir une objection légitime à révéler une partie de son dossier un peu plus tôt que prévu et où il serait empêché, par la même occasion, d'utiliser les procédures de «discovery» qui lui sont fournies par cette loi. Lorsqu'un avocat de la défense craint que la révélation des noms et adresses ne facilite leur récusation, il n'a qu'à s'abstenir de recourir à l'article 3(a) et il pourra continuer à obtenir les déclarations des témoins du gouvernement dont il sait déjà les noms. D'autre part, l'intérêt d'éviter le contre-interrogatoire complet des témoins ne mérite peut-être pas d'être protégé».<sup>66</sup>

Le texte explicatif des Règles fédérales de procédure criminelle fait ressortir également ce qui suit, en matière de preuve par opinion d'expert:

«Dans les cas où la poursuite aussi bien que la défense ont recouru à des experts pour faire des examens psychiatriques, il semble aussi important pour le gouvernement d'étudier les opinions des experts qui seront appelés par le défendeur, en vue de se préparer au procès, que pour le défendeur, d'étudier celles des témoins du gouvernement».<sup>67</sup>

Une autre disposition courante dans ces modèles mais indépendante de la réciprocité, est l'obligation pour la défense de communiquer un avis de son intention de recourir aux défenses d'alibi ou d'aliénation mentale, y compris les détails précis de l'alibi et l'identité des témoins à l'appui. Ces exigences constituent une codification ou une extension de l'ancienne législation. Toutefois, les A.B.A. Standards vont encore plus loin et proposent que le juge du procès puisse exiger que la poursuite soit informée de la nature de toute défense prévue au procès, ainsi que les noms et adresses des personnes qui seront appelées à l'appui.<sup>68</sup>

Bien que nous ayons voulu ici exposer fidèlement l'étendue de la communication du prévenu, telle que prévue dans ces modèles, cette descrip-



tion ne doit pas être interprétée comme une approbation d'un tel système de communication de la preuve. Dans la partie V de cette étude, la communication de la preuve à la poursuite est analysée de façon plus exhaustive et, dans le projet de réforme, une attitude contraire est adoptée.

*(c) Les délais de la communication*

L'un des buts visés par ces législateurs est d'assurer la communication de la preuve sans retarder le règlement des causes criminelles. Ces lois précisent donc généralement un délai pour la présentation d'une requête de communication de la preuve au tribunal. Ce délai est généralement de 10 jours à compter soit de la mise en accusation soit de la première comparution du prévenu assisté d'un avocat.

*(d) Les matières exclues de la communication*

Ces lois tendent aussi à spécifier les catégories d'éléments qui n'ont pas besoin d'être communiqués, ce qui comprend généralement: le produit du travail, les indicateurs de police et les matières touchant la sécurité nationale. Les modèles exigent que le matériel privilégié soit spécifié et sujet à la possibilité d'être malgré tout divulgué s'il est pertinent ou doit être communiqué en vertu d'autres dispositions de la législation.

*Le produit du travail*

Les modèles reconnaissant qu'il y a des inconvénients à demander aux avocats de partager de façon continue avec leur adversaire toutes les idées et notions qui leur viennent lors de la préparation d'un dossier. Les pensées profondes de l'avocat se trouvent ainsi protégées par un privilège sur le produit de travail. L'exception du «produit du travail» variera généralement selon la nature des renseignements et les circonstances de chaque cas. Il comprend d'habitude les éléments constitués en vue d'un litige à venir et qui reflètent les impressions, les opinions ou les thèses juridiques, les dossiers, la correspondance, les thèses ou conclusions des avocats, des membres de leur personnel ou des agents de la paix, en rapport avec l'instruction de la cause. Sont compris également les notes ou les grandes lignes de la stratégie du procès, des arguments à apporter, des questions à poser aux témoins, les notes internes du bureau sur les points de droit et sur la preuve, les opinions en fonction des jurés futurs, les résumés et analyses des dossiers de la cause, l'évaluation des témoins prévus ou de leur témoignage et des sources ou méthodes d'investigation, le tout dans la mesure où ils reflètent l'élaboration intellectuelle de l'avocat.

La nécessité de limiter la portée de l'expression «produit de travail» a évidemment été admise. Alors que le terme peut en principe englober presque tout, à l'exclusion de la preuve matérielle détenue par le poursuivant, il ne comprend normalement pas les déclarations faites par les témoins à la police ou à la poursuite, ni les opinions, théories et conclusions des témoins experts.<sup>69</sup>

### *Les indicateurs de police*

Lorsque l'identité d'un indicateur est un secret de la poursuite et que sa seule relation avec la cause a été de renseigner la poursuite sur des circonstances suspectes ou sur la localisation d'un fugitif ou de biens de contrebande ou volés, plutôt que d'en faire réellement un témoin ou un participant de l'acte incriminé, les lois exemptent de la divulgation. Elles stipulent, cependant, que l'exemption ne s'applique pas si l'indicateur doit être appelé comme témoin au procès.

### *La sécurité nationale*

Les Normes du Barreau américain dispensent expressément de la communication les matières qui comportent un risque important de préjudice sérieux à la sécurité nationale, tout en établissant clairement qu'un tel privilège ne doit être invoqué que pour des considérations d'extrême nécessité, lorsque le maintien du secret est d'une importance qui prime nettement sur les avantages de la communication dans le système judiciaire pénal.<sup>70</sup>

#### *(e) Les ordonnances de protection*

Les modèles établissent des procédures permettant aux juges du procès de tenir compte des conséquences néfastes possibles de la communication de la preuve avant le procès et de refuser, restreindre ou différer une communication sur une preuve suffisante, s'il y a lieu. Chaque modèle reconnaît que la possibilité d'abus sérieux n'existe que dans des cas exceptionnels, mais une souplesse s'impose si l'on veut réprimer les risques sérieux d'abus.

L'article 6 de la loi du Harvard Journal stipule que le tribunal, lors de l'examen d'une requête pour l'émission d'une ordonnance de protection, pourra prendre en considération: (a) la protection des témoins et autres personnes contre les blessures corporelles, menaces de blessures, corruption, représailles économiques et toutes formes d'intimidation; (b) le maintien du secret quant aux indicateurs, tel que requis pour les besoins d'une investigation efficace, par une agence gouvernementale, sur l'activité criminelle; (c) la protection des relations confidentielles, telles que reconnues par les règles en vigueur; et (d) toutes autres considérations pouvant comporter un danger précis de parjure, la protection de l'information essentielle à la sécurité nationale et la protection du commerce contre les représailles économiques.

Les modèles prévoient que l'ordonnance de protection peut aussi bien être invoquée par des tiers ayant intérêt à une restriction de la communication. De plus, le tribunal peut permettre que la démonstration, totale ou partielle, d'une cause de refus ou de réglementation de la communication se fasse à huis-clos, sur présentation de déclarations écrites. Cependant, pour assurer la possibilité d'un appel, le dossier devra être scellé et conservé pour être mis à la disposition de la Cour d'appel.

L'ordonnance elle-même peut être façonnée selon les circonstances de la cause et comporter des décisions relatives au délai de communication, à

l'usage à faire du matériel divulgué, ou aux deux à la fois. Dans le commentaire des Normes du Barreau américain sur l'article relatif aux ordonnances de protection (4.4), on peut lire :

«Le but n'est pas de permettre le refus global de la communication, bien qu'il puisse en découler un renvoi jusqu'à la veille du procès ou, dans des cas rares et extrêmes, presque jusqu'au moment où la révélation devrait être faite à toute éventualité. La limitation du pouvoir du tribunal est exprimée dans la condition que la communication soit faite à temps pour que la défense en fasse un usage profitable... puisque l'ordonnance de protection a pour but d'assurer la souplesse, elle doit être utilisée selon la politique d'une communication aussi pleine et précoce que possible». <sup>71</sup>

L'une des formes les plus intéressantes et les plus inhabituelles d'ordonnance de protection, relative à la communication des noms et adresses des témoins de la poursuite, est prévue au projet du «Tennessee Code of Criminal Procedure». L'article 1056(b) stipule que les noms et adresses des témoins de la poursuite ne sont pas communicables si le «district attorney» certifie que la communication risque d'assujettir le témoin ou d'autres personnes à des lésions ou coercitions corporelles ou économiques importantes. Toutefois, lorsque le certificat est émis, la cour, sur requête du prévenu, doit ordonner que le témoignage soit enregistré à une audience du tribunal, au cours de laquelle le prévenu peut, après avoir obtenu un délai raisonnable pour s'y préparer, contre-interroger le témoin. Il recevra ensuite, avant le procès, une copie de la transcription du témoignage et si le témoin n'est plus disponible lors du procès sans la faute de l'État, la transcription sera admise comme partie du dossier de l'État, en tant que preuve substantielle des faits qui y sont mentionnés et non seulement de la crédibilité du témoin. Si le témoin modifie son témoignage, la transcription pourra être utilisée au procès pour vérifier sa crédibilité. Néanmoins, en général, les modèles reconnaissent que les cas où l'identité d'un témoin doit rester confidentielle devraient être rares.

*(f) La continuité de l'obligation de divulguer et les sanctions visant à imposer la divulgation*

Les modèles prévoient aussi, expressément, le devoir continu de chacune des parties d'aviser sans délai les autres parties, ou d'attirer l'attention du tribunal, sur l'information découverte, soit avant soit durant le procès, et ayant fait l'objet antérieurement d'une ordonnance de communication.

Les modèles accordent aussi au tribunal le pouvoir d'imposer une série d'ordonnances ou de sanctions pour défaut de se conformer aux exigences de la communication, y compris les mesures suivantes: (a) ordonner à la partie en défaut de permettre la communication ou l'examen du matériel pertinent; (b) accorder un ajournement; (c) interdire à la partie d'introduire en preuve le matériel ou le témoignage non divulgués; ou (d) émettre toute

ordonnance jugée équitable dans les circonstances. Le pouvoir discrétionnaire accordé au juge a pour but de permettre au tribunal d'apprécier certains points tels que les motifs de non-communication, l'étendue du préjudice causé à la partie adverse le cas échéant et la possibilité de réparation du préjudice grâce à une ordonnance d'ajournement.

Les Normes du Barreau américain ont volontairement omis la sanction de l'interdiction de produire en preuve les éléments non communiqués; ceci pour le motif que tandis que cette sanction peut se révéler utile dans certains cas, elle ne peut être appliquée aux accusés sans détruire les principes fondamentaux de la procédure criminelle et il serait inéquitable de l'appliquer à la poursuite sans le faire pour l'accusé:

«En outre, l'opinion générale du comité est que le tribunal devrait veiller à appliquer le moins possible de sanctions touchant la preuve au procès et le fond de la cause, ces normes étant établies pour mettre en œuvre, non pour empêcher, des décisions équitables et rapides».<sup>72</sup>

## 2. *Évaluation provisoire de la combinaison de modèles*

Les lois et les normes de ces autres modèles sont utiles, ne serait-ce que pour montrer que dans de nombreux territoires, des systèmes précis et détaillés ont été adoptés pour élargir le champ de la communication de la preuve en matière criminelle. Chacun des modèles est complété par un texte explicatif qui expose le fondement tant des concepts incorporés à ces lois ou à ces normes, que de leur formulation. On peut ainsi saisir plus complètement le sens réel des textes et l'intention du législateur et évaluer dans quelle mesure ces lois et ces normes, sont applicables au Canada. Il va sans dire que pour ce qui est des modèles actuellement en vigueur, il reste nécessaire d'en déterminer l'efficacité. Néanmoins, que leur application dans leurs juridictions respectives ait réussi ou pas, ces modèles bien conçus et formulés avec concision méritent une sérieuse considération.

## ANGLETERRE

### 1. *Description*

Le droit anglais contient quelques règles formelles de communication de la preuve en matière criminelle. Leur «système» actuel est le résultat d'une modification progressive du droit statutaire, du droit jurisprudentiel et de la pratique. De nombreux changements ont eu pour effet, souvent sans en avoir le but premier, d'élargir le «discovery». Comme au Canada, le point de concentration de preuve est l'enquête préliminaire. Cependant, il peut se faire que, malgré la similitude de structure de la procédure, le «discovery» soit mis en œuvre plus efficacement en Angleterre. Mais dans les causes où il n'y a pas d'enquête préliminaire, il semble que la communication de la preuve ait été ignorée autant en Angleterre qu'au Canada.

(a) *L'évolution du droit statutaire*

Nous nous sommes déjà référés à l'origine et à l'évolution de l'enquête préliminaire, en tant que procédure de mise en accusation.<sup>73</sup> Les récents amendements législatifs ont permis de souligner davantage le manque d'intérêt porté en Angleterre à promouvoir la communication de la preuve comme institution souhaitable en soi, du moins par voie législative.

En 1957, le *Magistrate's Court Act*<sup>74</sup> a prévu une forme limitée de communication de la preuve au prévenu, dans certaines infractions sommaires. Le but de cette législation était de permettre à l'accusé, en cas d'infractions sommaires non poursuivables également par acte d'accusation ou lorsque la peine maximale n'excédait pas trois mois d'emprisonnement, de plaider coupable sans comparaître devant le tribunal. Ceci pouvait se faire à condition que le greffier ait été notifié, par la poursuite ou en son nom, que le prévenu a eu signification, en même temps que la sommation, d'un avis quant à l'effet de la loi, ainsi qu'un bref état des faits relatifs à l'inculpation, tels qu'ils doivent être soumis au tribunal par la poursuite ou en son nom, si l'accusé plaide coupable sans comparaître. Avant d'accepter le plaidoyer, le tribunal doit entendre l'état des faits ainsi que toute requête écrite de l'accusé pour la réduction de la sentence. En cette dernière matière, la poursuite est également liée par l'état des faits adressé à l'accusé.

Il est intéressant d'observer que, dans les cas de poursuites sommaires, le prévenu peut recevoir un état des faits relativement tôt si la poursuite prévoit un plaidoyer de culpabilité et ne réclame pas sa présence. D'autre part, si l'on prévoit une contestation de la cause, un état des faits n'a pas besoin d'être signifié et ne le sera vraisemblablement pas; ainsi, puisqu'il n'y a pas d'enquête préliminaire dans une telle cause, le prévenu n'est pas formellement en mesure d'obtenir la communication de la preuve.<sup>75</sup>

Le *Magistrate's Court Act* de 1957 met en application les recommandations du «Departmental Committee on the Summary Trial of Minor Offences» déposées au Parlement en juillet 1955. Leur but réel était de réduire les présences inutiles des témoins dans les causes mineures.<sup>76</sup>

Une autre réforme d'importance relative à la procédure de mise en accusation, a été adoptée dans le *Criminal Justice Act* de 1967.<sup>77</sup> La nature et la portée des amendements ont déjà été étudiées partiellement à la partie 3 du présent document. La loi prévoit de nouveaux modes de preuve pour les matières non contestées au cours du procès ou de la procédure de mise en accusation. La preuve testimoniale peut dorénavant être reçue par le tribunal sous forme écrite, selon certaines conditions.<sup>78</sup> Les déclarations écrites ne sont admises qu'au même degré que le serait le témoignage oral; ainsi, le oui-dire, les opinions et autres preuves non admises, et que les déclarations contiendraient, peuvent être exclues. Les conditions d'admissibilité des déclarations écrites, lors de la procédure de détention, ont déjà été exposées à la partie 3.<sup>79</sup>

La loi de 1967 crée une méthode d'opérer la mise en accusation qui peut remplacer la mise en accusation sur examen de la preuve prévue à l'article 7 du *Magistrate's Court Act* de 1952. L'article 1 autorise un magistrat à citer un prévenu à son procès sans examen de la preuve, si cette preuve est entièrement constituée de déclarations écrites telles que décrites à l'article 2 et si:

- (a) tous et chacun des prévenus sont représentés par un avocat ou un sollicitateur et
- (b) aucun des prévenus ne soumet une motion de non-lieu.

Dans ces cas, le magistrat peut ordonner la citation à procès sans examiner le contenu des déclarations écrites. Ainsi, si l'un des accusés n'est pas représenté par un avocat, si la défense désire soumettre une motion de non-lieu, si une partie de la preuve n'est pas présentée par écrit, si l'une des parties s'oppose aux déclarations écrites relatives à l'article 2 ou si l'une des parties demande, et que le tribunal ordonne, qu'un témoin rende son témoignage oralement, le magistrat ne peut ordonner la citation à procès en vertu de l'article 1 et doit procéder par enquête préliminaire conventionnelle. Cependant, même au cours de la procédure conventionnelle, les déclarations écrites des témoins sont admises si les conditions requises sont remplies.

Il semble, en jetant un premier coup d'œil aux articles 1 et 7 de la loi de 1967, que la procédure de mise en accusation soit libérale quant à la communication de la preuve, du fait qu'elle offre à la défense une connaissance anticipée de toutes les déclarations écrites des témoins. Cependant, comme il a déjà été relevé<sup>80</sup>, il est à présent évident que les tribunaux anglais ne reconnaissent pas le «discovery» comme un but de la procédure de mise en accusation en général et de la nouvelle procédure (1967) en particulier. La communication de la preuve au sein de la procédure de mise en accusation est restreinte dans la mesure où la poursuite y perçoit son devoir comme consistant uniquement à produire une preuve suffisante pour justifier la citation à procès.

L'attitude restrictive de la jurisprudence face à l'interprétation du «discovery» dans la loi de 1967 peut faire contraste avec l'affirmation de Glanville Williams:

«On considère que la Couronne doit présenter son dossier intégralement à l'enquête préliminaire... la pratique est... de produire, le cas échéant, plus de témoins à l'enquête préliminaire qu'il n'en sera requis pour faire la preuve au procès».<sup>81</sup>

Il semble que les tribunaux anglais ne soient pas toujours prêts à appliquer la «pratique» et le «devoir» tels que décrits par Williams, mais qu'ils appuieront plutôt la validité de la procédure de mise en accusation lorsque la Couronne a choisi de ne pas présenter son dossier intégralement, pourvu qu'elle ait établi une cause *prima facie*.

Pour conclure, il apparaît que le droit statutaire anglais a développé la procédure de citation à procès au point que celle-ci assure à présent une protection suffisante contre les procès injustifiés des accusés. Toutefois, du point de vue du «discovery», la législation elle-même n'offre pas la garantie que la procédure de mise en accusation facilitera toujours la préparation du procès par le prévenu; elle peut même dans certains cas empêcher la réalisation de cet objectif ou s'y opposer. Quoiqu'il en soit, la procédure de mise en accusation ne s'applique en Angleterre qu'à un petit nombre de causes criminelles; pour les autres, il a été dit:

«Pour instruire sommairement une cause dans ce pays, il est fort précieux d'avoir un don de clairvoyance; la première fois que vous prenez vraiment connaissance de la cause c'est lorsque vous comparez en cour pour la première fois... le solliciteur qui traite des causes doit attendre l'ouverture du procès pour savoir exactement de quelle manière le procès sera dirigé contre lui ou contre son client, puis rajuster sa stratégie et son habileté au prétoire selon ce qu'il entend.»<sup>83</sup>

Il est intéressant aussi d'opposer, dans la loi de 1967, l'hésitation à étendre la communication de la preuve à l'accusé, tout en l'élargissant de façon évidente pour la poursuite. L'article 11 de la loi est la première législation anglaise sur «l'avis d'alibi». Ce texte a également été exposé dans la partie 1.<sup>83</sup>

(b) *L'évolution de la jurisprudence et de la pratique*

## GÉNÉRALITÉS

On retrouve en jurisprudence le même manque d'intérêt à assurer la communication de la preuve que celui manifesté dans la première législation anglaise. Il a été dit que:

«La communication de la preuve avant le procès en matière criminelle est étrangère à la common law anglaise. A l'origine, l'inexistence du «discovery» n'était qu'un aspect de la politique de restriction des droits du défendeur. En common law, les accusés étaient des justiciables reniés, n'ayant ni intérêts ni qualités, ils étaient même incapables de produire des témoins en leur nom. Ce n'est que dans les cas de délits politiques, où les membres du Parlement envisageaient sans doute la possibilité de se trouver un jour eux-mêmes au banc des accusés, que la poursuite devait soumettre au prévenu avant le procès une copie de l'acte d'accusation ou lui signifier une liste des noms et adresses des témoins et jurés prévus.»<sup>84</sup>

L'arrêt-clé *The King v. Holland*<sup>85</sup> de 1972 a révélé à quel point la common law considérait avec méfiance toute proposition visant à réduire l'élément de surprise dans les causes criminelles. Dans l'arrêt *Holland*, une commission d'enquête fut nommée en Inde aux fins d'enquêter sur des accusations de corruption. La commission interrogea les témoins, émit un rapport et l'expédia en Angleterre, à la suite de quoi les accusations furent

portées. Les prévenus demandèrent de vérifier le rapport en alléguant qu'il s'agissait d'un document public et soulignèrent la difficulté de trouver des témoins en raison de la distance qui sépare la poursuite des lieux du crime allégué. Pour sa part, le procureur de la Couronne déclara:

«Il n'y a jamais eu à ce jour de cas faisant état d'une telle requête, visant à donner au prévenu l'occasion de vérifier la preuve qui sera produite contre lui dans un procès criminel. Cela aurait les plus fâcheuses conséquences... L'effet d'une telle requête, si elle était agréée, serait de renseigner l'accusé non seulement sur les témoins qui seront interrogés contre lui, mais aussi sur le détail de toute leur preuve».<sup>86</sup>

La cour lui donna raison. Un juge estima que si la requête était acceptée, «cela ébranlerait tout le système du droit criminel».<sup>87</sup> Un autre était convaincu que la pratique était à l'effet que le prévenu ne puisse pas examiner la preuve de base de la poursuite «jusqu'à l'heure du procès.»<sup>88</sup>

Les tribunaux anglais commencèrent à modérer ces prohibitions apparemment absolues, à peu près à l'époque de la promulgation des réformes législatives du 19<sup>e</sup> siècle déjà étudiées, du moins dans la mesure où parfois, mais sans établir de principes d'application générale, le prévenu était jugé en droit de vérifier ces éléments précis de preuve, soit avant ou durant le procès.<sup>89</sup> Lord Devlin décrivit ce mouvement de libération comme culminant dans les règles de pratique jurisprudentielles et comme ayant pour effet de contraindre la poursuite à communiquer son dossier intégralement à la défense avant le procès. Il déclara:

«Il n'est pas obligé au cours du procès, de limiter son dossier aux éléments qu'il a soumis antérieurement aux magistrats, car il peut obtenir d'autres éléments par la suite, mais s'il le fait, il doit les communiquer en signifiant à la défense un avis exposant, sous forme de déclaration de témoin, la preuve additionnelle qu'il se propose de produire. De la sorte, la défense peut prendre connaissance de l'ensemble des éléments qui seront portés contre elle...

... à mon étonnement, je ne trouve aucun cas où une telle règle ait été clairement énoncée. Il n'y a aucun doute quant à la pratique et la manière dont elle y est parvenue fournit un si bon exemple des étapes par lesquelles les juges ont formé des règles de pratique que j'estime qu'elles méritent d'être énoncées...».<sup>90</sup>

Les cas cités par Devlin, illustrent une évolution de la «règle» de donner avis comme étant le résultat de l'acceptation, par les procureurs, des suggestions émises par les juges sur la pratique appropriée.<sup>91</sup>

Le résultat, selon Devlin, fut le suivant:

«La poursuite considère toujours de son devoir à présent de donner avis de toute nouvelle preuve et je pense qu'elle hésiterait à la présenter sans avis. Si elle l'a effectivement présentée, que la défense s'est objectée et que le point est important, je pense que la défense pourrait obtenir un ajournement presque de plein droit; si le juge estime qu'un



ajournement pourrait créer des difficultés, il est fort probable qu'il signale à la poursuite que la preuve ne devrait pas être présentée et dans ce cas elle ne le serait pas».<sup>92</sup>

L'application de cette règle de pratique peut sembler assurer une pleine communication de la preuve à la défense; l'analyse de la jurisprudence révèle pourtant qu'il existe de nombreux domaines où des lacunes importantes subsistent ou dans lesquels la pratique est loin d'être claire. Par exemple, à l'enquête préliminaire, la poursuite n'a à produire que les témoins nécessaires pour établir une preuve *prima facie*.<sup>93</sup> Mais on peut soulever ensuite que la défense doit être notifiée de la preuve qui sera présentée au procès et qui ne l'a pas été à l'enquête préliminaire; et que puisqu'au procès la poursuite doit appeler les témoins «essentiels au récit sur lequel se fonde la poursuite, que le résultat visé par ces témoignages soit pour l'accusé, ou contre lui»<sup>94</sup>, la défense est assurée de recevoir avis de cette preuve, fût-elle ou non présentée à l'enquête préliminaire. Néanmoins, il n'y a pas d'obligation générale pour la poursuite de donner avis à la défense de l'information ou de la preuve pertinente, venant en sa possession avant ou après l'enquête préliminaire, qu'elle n'entend pas utiliser au procès. En outre, la citation des témoins essentiels au récit, malgré la clarté de sa signification, ne couvre pas tout champ de la communication de la preuve.

Quant aux témoins appelés par la poursuite à l'enquête préliminaire ou ceux dont la présence peut être raisonnablement prévue par la défense<sup>95</sup>, ils doivent être rendus disponibles au procès, par la poursuite, elle doit les présenter pour le contre-interrogatoire, tout en se réservant le droit de les interroger à nouveau.<sup>96</sup> Si le procureur de la Couronne les appelle, il a le choix entre les produire et les interroger ou les produire et les présenter simplement pour le contre-interrogatoire.

«La poursuite ne présente évidemment pas tout témoin comme étant un témoin de vérité; mais lorsque la preuve apportée par un témoin est digne de foi, il est du devoir indéniable de la poursuite de l'appeler, même si la preuve qu'il entend produire contredit un fait que la Couronne cherche à prouver. Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite doit être exercé de manière à servir les intérêts de la justice et à être en même temps équitable envers la défense. S'il appert que la poursuite exerce ce pouvoir improprement, il appartient au juge au procès d'intervenir et d'user de sa discrétion pour inviter la poursuite à appeler un témoin en particulier; si elle refuse de le faire, le juge lui-même, comme sanction ultime, appellera ce témoin».<sup>97</sup>

#### LES DÉCLARATIONS DES TÉMOINS À LA POURSUITE

Lorsque la poursuite a obtenu une déclaration d'une personne, qu'elle sait être en mesure de fournir des éléments de preuve, mais décide de ne pas l'appeler comme témoin il a été décidé qu'il est de son devoir de rendre cette personne disponible comme témoin pour la défense; elle n'a cependant pas l'obligation, par la suite, de fournir à la défense une copie de la déclara-

tion prise.<sup>98</sup> Il semble que le témoin soit «rendu disponible» par la communication de ses nom et adresse.<sup>99</sup>

Si un témoin est appelé à témoigner et que la défense a pris connaissance, d'une certaine manière, de sa déclaration précédente, celle-ci pourra être utilisée pour contredire sa preuve à l'audience. Cependant, alors qu'en pratique les poursuivants considèrent de leur devoir de fournir à la défense une copie de toute déclaration faite par un témoin à charge et qui serait différente du témoignage prévu, les opinions sont vagues quant au droit de la défense de consulter ou d'utiliser cette déclaration au procès. Il a été décidé que la poursuite doit informer la défense du fait qu'elle a en sa possession une déclaration d'un témoin à charge substantiellement contradictoire à la preuve qu'il avait donnée à la barre.<sup>100</sup> Bien que la contradiction porte sur la partie de la preuve qui constitue une preuve contre un seul défendeur, l'information devrait être fournie à tout autre co-défendeur contre qui le témoin produit également une preuve, puisque cela risque d'affecter la crédibilité du témoin.<sup>101</sup> Il a également été reconnu que dans certains cas où la contradiction implique des détails infimes, il se peut que la transmission de renseignements exacts à la défense soit impossible, sans la remise d'une copie de la première déclaration.<sup>102</sup> Dans certains cas, en raison de circonstances particulières, les juges ont ordonné à la poursuite de remettre à la défense des déclarations faites à la police par des témoins à charge.<sup>103</sup> Alors que ces cas ne peuvent faire autorité, quant à une obligation générale pour la poursuite de communiquer à la défense les déclarations faites à la police par des témoins ou des témoins éventuels<sup>104</sup>, il semble que dans l'arrêt *Dallison v. Caffery*<sup>105</sup>, Lord Denning, M.R., ait établi une telle autorité en affirmant:

«Le devoir d'un procureur de la Couronne ou d'un solliciteur, comme je l'ai toujours compris, est le suivant: s'il connaît un témoin digne de foi pouvant témoigner sur des faits pertinents visant à démontrer que le détenu est innocent, il doit soit appeler ce témoin ou mettre sa déclaration à la disposition de la défense».<sup>106</sup>

#### LES DÉCLARATIONS ÉCRITES OU ORALES DE L'ACCUSÉ OU DES CO-ACCUSÉS

Il y a aussi une certaine incertitude autour du droit de l'accusé à examiner ou à prendre copie de sa propre confession avant le procès. Selon un observateur, «la défense en Angleterre a libre accès à toute déclaration écrite et signée par l'accusé . . . et . . . d'habitude la poursuite ne révèle pas la substance des déclarations (orales)».<sup>107</sup> D'autre part, il a également été affirmé que:

«La disponibilité de copies des déclarations du défendeur lui-même et du co-défendeur (écrites ou orales) demeure . . . une courtoisie procédurale dont les conséquences insatisfaisantes (notamment en ce qui concerne les défendeurs non représentés ou ceux dont les avocats sont,

à tort ou à raison, 'personae non gratae' aux yeux de la poursuite ou d'un procureur de la Couronne en particulier ou son représentant) se doivent d'être signalées dans le présent mémoire». <sup>108</sup>

#### LES CONDAMNATIONS ANTÉRIEURES ET AUTRES RENSEIGNEMENTS RELATIFS À LA MORALITÉ DES TÉMOINS

Lorsque le poursuivant est d'une mauvaise réputation notoire, la poursuite doit en informer la défense; mais n'est pas requise d'examiner ses archives pour vérifier s'il existe quelque part dans le pays un fait pouvant entacher la réputation du témoin.<sup>109</sup> Des détails des condamnations antérieures du prévenu et du poursuivant doivent être fournis par la police à l'avocat de l'accusé sur demande.<sup>110</sup> Des condamnations sont annulées lorsque des renseignements erronés ont été fournis à ce sujet et ont empêché un contre-interrogatoire efficace<sup>111</sup>, ou ont entraîné une mauvaise directive du juge au jury.<sup>112</sup> Toutefois, il a également été décidé que lorsque l'avocat de la défense a été informé de la mauvaise réputation d'un témoin de la poursuite et a choisi de ne pas le contre-interroger, la poursuite n'est pas tenue de divulguer la réputation du témoin au jury.<sup>113</sup>

#### LA PREUVE ET LES RAPPORTS SCIENTIFIQUES, JUDICIAIRES ET MÉDICAUX

Il a été décidé que tandis qu'il ne convient pas à la Couronne de faire la preuve de l'aliénation mentale de l'accusé, toute preuve qu'elle détient sur ce point doit être mise à la disposition de l'avocat du détenu, pour qu'il l'utilise comme il lui convient.<sup>114</sup> Les rapports médicaux sont toujours fournis à la défense.<sup>115</sup> La poursuite met à la disposition de la défense les rapports de laboratoire, souvent de sa propre initiative, et toujours sur demande. Elle fournit automatiquement tout rapport qui semble «d'une certaine valeur pour la défense»<sup>116</sup>; il a été décidé qu'elle en a le devoir, du moins pour les preuves judiciaires.<sup>117</sup> Cette communication est limitée aux résultats scientifiques. Si la défense désire les interpréter, elle doit recourir à ses propres experts; mais elle peut obtenir à cette fin l'aide juridique, si nécessaire.<sup>118</sup>

Mais, fait qui limite la communication, la défense n'est pas tenue au courant des expériences manquées ou sans succès de la poursuite et les laboratoires scientifiques du gouvernement étant à la disposition de la défense, la police et la poursuite sont généralement informées des résultats des analyses et expériences de la défense.<sup>119</sup>

#### LES AUTRES DOCUMENTS

«Des facilités sont toujours accordées aux avocats de la défense pour examiner et prendre copies de tous documents que la police a saisis entre les mains de l'accusé ou obtenus d'autres sources.

Si l'un quelconque de ces documents semble être de quelque utilité à la défense, celle-ci en est notifiée et leur examen lui en est facilité».<sup>120</sup>

## LE DROIT D'INTERROGER LES TÉMOINS À CHARGE

Il semble que les témoins de la poursuite soient en fait rarement interrogés par la défense avant le procès, par crainte que la subornation de leurs témoignages ne soit alléguée.<sup>121</sup> La pratique anglaise a en effet été décrite comme suit:

«... dans ce pays, en fait de pratique, nous n'entrons pas en contact avec les témoins de la poursuite. Bien qu'il y ait eu controverse, il a été établi qu'un témoin n'appartient à personne. Il y a quelques années la Law Society soulevait cette thèse, ce à quoi le «Director of Public Prosecutions» de l'époque s'opposait. La question fut soumise au juge en chef de l'époque, qui confirma qu'à son avis il n'y avait pas de propriété et que toute personne pouvait entrer en contact avec n'importe quel témoin. Mais il poursuivit en disant qu'il est rarement nécessaire à quiconque représente la défense de recourir à une rencontre avec le témoin, après qu'il ait rendu témoignage à l'enquête préliminaire».<sup>122</sup>

## L'ACTE D'ACCUSATION

L'acte d'accusation fut longtemps la seule source d'information disponible au prévenu, au sujet des accusations portées contre lui:

«A l'origine, il fournissait au prévenu toute l'information qu'on estimait lui être due, au sujet du crime dont il était accusé et des renseignements dont il était supposé avoir besoin sur les actes incriminés. Avant le 19<sup>e</sup> siècle, moment où l'accusé fut autorisé à lire les dépositions, c'étaient là des matières qu'il devait deviner. Lorsque, pour la première fois, il entendait lire l'accusation à haute voix à l'audience, il devait l'écouter et en retirer ce qu'il pouvait. Durant de nombreuses années, il n'avait même pas le droit d'en prendre copie. Elle devait être parfaitement exacte en tous points; souvent d'ailleurs la meilleure chance d'acquiescement consistait à y découvrir quelque lacune technique; les juges répugnaient à laisser le prévenu en prendre copie, car ils estimaient qu'il ne l'utiliserait qu'en vue d'y trouver une échappatoire».<sup>123</sup>

L'accusé obtenait son information sur les faits lors de la procédure de mise en accusation, par les diverses pratiques de communication informelle additionnelle et à travers sa propre enquête personnelle. De nos jours, l'acte d'accusation renseigne simplement sur l'aspect juridique de l'infraction et il n'est pas nécessaire qu'elle contienne d'information ou de précision sur les faits.<sup>124</sup>

Dans les procédures sommaires cependant, sous réserve des amendements de 1957 étudiés plus haut, la communication de la preuve n'est pas disponible à l'accusé par le moyen de la procédure de mise en accusation ou autrement; l'acte d'accusation demeure la seule notification, faite à l'accusé avant le procès, de la preuve à laquelle il devra faire face au procès. En effet, aucune information au-delà de celle contenue dans l'acte d'accusation

lui-même n'a besoin d'être donnée à la défense jusqu'au commencement de la preuve de la poursuite, au procès.

## 2. *Evaluation provisoire du modèle anglais*

Le système anglais de communication de la preuve a fait l'objet de nombreux commentaires, souvent contradictoires. L'enquête préliminaire a été à la fois décrite chaleureusement comme «la quintessence du 'discovery'» et avec mépris comme «une longue et fastidieuse cérémonie». <sup>126</sup> Comme au Canada la communication de la preuve est fondée dans une large mesure sur le pouvoir discrétionnaire de la poursuite et du tribunal et, sauf pour la récente exigence de l'avis d'alibi dans le *Criminal Justice Act* de 1967, elle ne prévoit pas formellement une communication de la preuve de l'accusé à la poursuite. Ainsi, il est difficile, dans les deux systèmes de décrire le «discovery» sans s'appuyer sur les opinions des individus, procureurs de la Couronne, des avocats de la défense et juges, quant aux pratiques qui y sont suivies. Il semble cependant, que le principe à l'effet que le défendeur doit avoir, avant le procès, une parfaite connaissance de la preuve à laquelle il doit faire face soit mieux reconnu en Angleterre qu'au Canada. Un système discrétionnaire peut être satisfaisant dans le contexte anglais où «règne une grande confiance réciproque à la barre entre les deux parties» et où quelques avocats agissent dans la plupart des causes criminelles importantes tantôt pour la poursuite, tantôt pour la défense. <sup>127</sup> D'autre part, au Canada cette pratique de l'avocat à la fois en poursuite et en défense dans les causes criminelles n'existe pas et le degré de confiance et de respect entre la poursuite et l'avocat de la défense est à la fois moins évident et moins sûr. Quoi qu'il en soit, en considérant le pouvoir discrétionnaire de la poursuite comme base du «discovery», on a remarqué ce qui suit:

«Si un poursuivant refuse la communication de la preuve, sauf à un avocat de la défense qui répond à sa conception d'adversaire digne de confiance ou du moins de bon risque, il impose en fait ses propres critères au barreau criminel et fait preuve de discrimination à l'égard des accusés représentés par des avocats qu'il a choisi de priver de la communication. Même un avocat de la défense qui a reçu la faveur du «discovery» de la part du poursuivant peut se sentir gêné et ne pas utiliser les communications avec le maximum d'efficacité, bien qu'il soit adéquat de ce faire, de crainte d'être éliminé du «discovery» dans les causes suivantes. Il y a toujours le risque que dans l'atmosphère litigieuse d'un procès, un poursuivant considère l'usage parfaitement approprié de ses divulgations par un avocat de la défense comme un abus de sa générosité. La communication de la preuve avant le procès ne peut opérer efficacement que si elle est administrée selon des critères objectifs, libres de toute considération de rivalité et de stratégie judiciaire». <sup>128</sup>

Comme au Canada, dans la très vaste majorité des cas, il n'y a pas d'enquête préliminaire. Lorsqu'elle a lieu, la communication de la preuve

est limitée à la preuve admissible seulement et ne comprend pas celle que le poursuivant n'a pas l'intention de présenter au procès. Toutefois, le critère de l'admissibilité peut n'être pas approprié surtout si l'on réfère aux besoins de préparation et d'enquête avant le procès. Il est reconnu, par exemple, qu'une enquête de police convenable requiert l'accès à des aveux inadmissibles et des éléments de oui-dire qui pourraient fournir des indices à une autre preuve pertinente et admissible. Pourtant, la défense est privée de l'accès à de tels éléments dans la conduite de son enquête sur les faits. De même, le simple fait que le poursuivant ne désire pas utiliser une preuve au procès rend son attrait évident pour la préparation de la défense; avant le procès, de tels éléments ne sont cependant pas disponibles à la défense de plein droit.

Lorsque l'accusé, à l'enquête préliminaire, tente d'obtenir une information autre que la preuve admissible qui sera produite contre lui au procès, il soulève des points qui ne sont pas directement en rapport avec la question de savoir s'il y a une preuve suffisante justifiant sa citation à procès. Il peut se faire que ces points soient traités plus adéquatement dans une procédure distincte avant le procès. Une fois séparé le rôle de la communication de la preuve de celui de la citation à procès, on peut apporter autant de modifications qu'on désire au système de la citation à procès. Par exemple, on a suggéré de diverses façons que la procédure de citation soit optionnelle à la demande de n'importe laquelle des parties, qu'elle se déroule beaucoup plus rapidement après que la communication de la preuve a été faite ou qu'elle soit complètement retirée du tribunal pour être confiée à la poursuite, comme en Écosse ou en Israël. Ceci permettrait des changements qui puissent satisfaire les critiques selon lesquelles la procédure de citation à procès constitue une perte de temps et un inconvénient pour les témoins. Cependant, chaque fois que la séparation de la fonction a été effectuée ou proposée, une communication pleine et formelle pour l'accusé a également été demandée.

En Angleterre, dernièrement, des pressions ont été exercées pour abolir complètement l'enquête préliminaire.<sup>129</sup> De même, l'état actuel de la pratique à l'égard de la communication de l'identité des témoins et leurs déclarations a été critiqué et un certain nombre de suggestions ont été faites en vue d'une réforme législative.<sup>130</sup> Une série de réformes ont été également recommandées pour assurer une certaine communication de la preuve dans la procédure de déclaration sommaire de culpabilité.<sup>131</sup>

L'évolution de la communication de la preuve en Angleterre dans les causes criminelles est encore très récente; et étant donné que la communication de la preuve dépend en grande partie de la pratique et de la compréhension, la nature exacte et les limites du «système anglais» sont difficiles à définir. Comme pour tous les modèles décrits dans ce chapitre, toute extrapolation doit être abordée avec prudence. Un modèle fondé sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire aussi tributaire des attitudes, de l'entente et de la confiance, paraît particulièrement peu indiqué pour être extrapolé à un contexte différent. Il semble donc que nous devions voir ailleurs si le

Canada doit opter pour une reconnaissance pleine et claire de la communication de la preuve en matière criminelle.

#### CONCLUSION DE LA 6<sup>e</sup> PARTIE

En guise de conclusion à cette partie, la signification globale d'une étude de modèles de communication de la preuve se trouve résumée dans une déclaration du juge Traynor, à cette époque juge en chef, de la Cour suprême de Californie. En étudiant d'autres systèmes de communication de la preuve, il a observé que:

«Bien sûr, dans un domaine encore aussi expérimental que le «discovery», un certain désaccord est inévitable sur ce qui est valable et ce qui ne l'est pas. Toujours est-il que ce serait faire preuve de pédanterie exagérée que d'établir simplement des comparaisons descriptives sans formuler d'opinions provisoires qui, même si elles se révélaient des conceptions erronées, permettraient au moins de dégager une information exacte et peut-être aussi de stimuler suffisamment d'expérience en vue de donner une réponse définitive.»<sup>129</sup>

Dans la prochaine partie de cette étude, ces opinions provisoires seront énoncées. Il est à espérer qu'elles apporteront des résultats semblables à ceux que prévoit le juge en chef Traynor.

## NOTES

### *Audition Omnibus*

1. Dans le district sud de la Californie, y compris San Diego et dans le district ouest au Texas, y compris San Antonio.
2. American Bar Association Standards Relating to Discovery and Procedure Before Trial, Approved Draft, August 11, 1970.
3. *Ibid.*, à la p. 1.
4. *Ibid.*, à la p. 28. Des pressions supplémentaires pour un contact rapide et informel entre la poursuite et la défense sont dues à un contrôle efficace du calendrier judiciaire et à une exigence que les accusations criminelles soient réglées dans un délai déterminé. Voir A.B.A. Standards, précité note 2, à la p. 8.
5. Voir «Why the Omnibus Hearing Project», panel discussion, (1972), 55 *Judicature*, 377 aux pp. 378-9. A San Diego, l'audition omnibus est présidée par des magistrats des États-Unis plutôt que par des juges de district.
6. A.B.A. Standards, Art. 2.6 précité note 2, à la p. 88.
7. (1956), 47 Cal. 2d 566, 305 p. 2d 1.
8. *Powell v. Superior Court* (1957), 48 Cal. 2d, 704, 312 p. 2d 698; *People v. Estrada* (1960), 54 Cal. 2d, 713, 355 p. 2d 641; *People v. Norman* (1960), 177 C.A. 2d 59, 1 Cal. Rptr. 691; *McAllister v. Superior Court* (1958), 165 C.A. 2d 297, 331 p. 2d, 654; *McCarthy v. Superior Court* (1958), 162 C.A. 2d 755, 328 p. 2d 819; *Schindler v. Superior Court* (1958), 161 C.A. 2d 513, 327 p. 2d 68; *Cordrey v. Superior Court* (1958), 161 C.A. 2d, 267, 321 p. 2d 222; *Cash v. Superior Court* (1959), 353 Cal. 2d 72, 346 p. 2d 407; *People v. Cartier* (1959), 51 Cal. 2d 590, 335 p. 2d 114; *Vance v. Superior Court* (1958), 51 Cal. 2d 92, 330 p. 2d 773; *People v. Chapman* (1959), 52 Cal. 2d 95, 338 p. 2d 428; *Brenard v. Superior Court* (1959), 172 C.A. 2d 314, 341 p. 2d, 743; *People v. Garner* (1962), 57 Adv. Cal. 6; *Funk v. Superior Court* (1959), 52 C.A. 2d 423, 340 p. 2d 593; *Walker v. Superior Court* (1957), 155 C.A. 2d 134, 317 p. 2d 130; *Norton v. Superior Court* (1959), 173 C.A. 2d 133, 343 p. 2d, 39.
9. A partir de la cause *Jones v. Superior Court* (1962), 58 A.C. 55, 372 p. 2d 919, voir aussi «Comment, The Self-Incrimination Privilege: Barrier to Criminal Discovery?» (1963) 51 Calif. L. Rev. 135; Michael S. Wilder, «Prosecution Discovery and the Privilege Against Self-Incrimination», (1967), 6 *American Crim. L.Q.* 3; Roger J. Traynor, «Ground Lost and Found in Criminal Discovery» (1964), 39 *N.Y.U.L. Rev.* 228; David W. Louisell, «Criminal Discovery and Self-Incrimination: Roger Traynor Confronts the Dilemma», (1965), 53 *Calif. L. Rev.* 89.
10. En général, il n'existait pas de droit de vérification, jusqu'au moment où l'objet de la vérification requise était présenté en preuve. Voir *Dowling v. State* (1958), 317 S.W. 3d 533; *Pettigrew v. State*, (1956), 289 S.W. 2d 935; *Hill v. State* (1958), 319 S.W. 2d 318.
11. Voir «Why the Omnibus Hearing Project», précité note 5, à la p. 379.
12. *Ibid.*, aux pp. 379-82.
13. Edwin L. Miller Jr., «The Omnibus Hearing—An Experiment in Federal Criminal Discovery», (1968), 5 *San Diego Law Rev.* 293.
14. Précité note 5, aux pp. 379-82.
15. Sous le mandat britannique, il n'existait pas de droit donnant accès au dossier de la police. Cependant, les tribunaux avaient reconnu aux personnes accusées de



«félonies» le droit d'examiner les déclarations écrites des témoins, dont les noms apparaissent à l'endos de l'acte d'accusation, et d'utiliser ces déclarations dans le contre-interrogatoire, au procès. Voir High Court 33/37 *Scheinzwit v. Inspector General of Police*, 4 Palestine Law Reports 221 à la p. 224; Criminal Appeal 162/28, *Sa'adeh Abu Rashid*, 1 Palestine Law Reports, 348. De plus, l'accusé, son avocat ou expert, ont été jugés en droit, moyennant certaines précautions, d'avoir accès aux pièces sur lesquelles le témoin expert de la poursuite aurait basé son opinion. Voir la cause *Scheinzwit*, 4 Palestine Law Reports 221, à la p. 225. Le défaut d'accorder un tel accès était considéré comme suffisant pour renverser une condamnation. Voir Criminal Appeal 35/50, *Malka*, 4 *Piskei Din* 429, aux pp. 423-33, 436. En 1951 la Cour suprême d'Israël, dans *Tzinder v. Head of Police Investigation Dept.*, 10 Paskim Elyon 236, High Court 147/50, refusa de se considérer liée par les moyens limités du «discovery» en «Common Law» et décider premièrement qu'avant le procès, même dans le cas où il ne s'agit pas de «félonies», le tribunal de première instance peut permettre à sa discrétion une vérification, deuxièmement, quand il existe, le droit de vérification s'étend, non seulement aux dépositions des témoins de la poursuite, mais à toute matière pertinente entre les mains de la police, sauf aux matières dont la communication serait contraire à l'intérêt public. Cependant, en aucun cas la vérification n'était permise dans des cas de félonies avant l'enquête préliminaire, laquelle était considérée comme un moyen adéquat de «discovery». Voir, en général, Eliahu Harnon, «Criminal Procedure in Israel—Some Comparative Aspects» (1966-67), 115 U. de Penn. Law Rev. 1091, aux pp. 1102-3.

16. Criminal Procedure Amendment (Investigation of Felonies and Causes of Death) Law 5718-1958 Laws of the State of Israel, Tome 12 (5718-1957/8) p. 66.
17. Plus de 95 pour cent des requêtes pour enquête préliminaire étaient présentées par la défense. Voir *The Israeli Criminal Procedure Law 5725-1965*, U. Yadin, Introduction, (London, 1967), à la p. 8.
18. Sur les enquêtes préliminaires commencées à la demande de l'une des parties, 60% se sont terminées par le retrait de la requête avant la fin des procédures; et sur 1,161 cas où l'enquête préliminaire s'est poursuivie jusqu'à la fin, 16 ont abouti à la libération de l'accusé. Voir M. Shalgi, Comment, «The New Code of Criminal Procedure in Israel» (1966), 1 Is. L. Rev. 448, à la p. 453.
19. *Ibid.*, à la p. 453.
20. En cas de secret d'État ou de défense nationale, certaines dispositions de la State Security Law de 1957 semblent permettre la présentation de la preuve au tribunal et non à l'accusé, mais ces cas sont probablement très rares. Voir M. Shalgi, «Criminal Discovery in Israel» (1966), 4 Am. Crim. L.Q. 155, à la p. 157.
21. Cité par U. Yadin, *supra* note 17 à la p. 6.
22. Shalgi, précité note 18 à la p. 454.
23. Yadin, précité note 17 à la p. 6.
24. Shalgi, précité note 18 à la p. 454.
25. *Ibid.* à la p. 454.
26. Article 75, The Criminal Procedure Law, 5725-1965.
27. *Ibid.*, article 160.
28. *Ibid.*, article 166. Il paraît utile de reproduire ici le texte d'un certain nombre d'articles relatifs aux procédures de mise en accusation et du plaidoyer.

*Article 52*

*Plainte*

Toute personne peut déposer plainte à la police au sujet de la perpétration de toute infraction.

*Article 53*

*Enquête de police*

La police fera enquête chaque fois qu'elle sera informée, par plainte ou autrement, qu'une infraction a été commise; pourvu que dans le cas d'une infraction autre qu'une «felony» un officier de police du rang de surintendant ou d'un rang supérieur ordonne qu'il n'y ait pas d'enquête, s'il estime qu'il n'est pas dans l'intérêt

public de conduire une telle enquête ou s'il existe une autre autorité légalement compétente pour faire enquête sur l'infraction.

*Article 54 Transmission du matériel à la poursuite*

Les éléments de preuve obtenus lors de l'enquête sur une «felony» seront transmis par la police au «District Attorney» et, en cas de toute infraction autre qu'une «felony», au poursuivant compétent conformément à l'article 10.

*Article 56 Citation à procès*

Lorsqu'il apparaît à la poursuite, à qui le matériel d'enquête a été transmis, que les éléments de preuve sont suffisamment probants pour inculper une personne déterminée, il la fera citer à procès, à moins qu'il estime qu'il n'est pas dans l'intérêt public de tenir un procès; pourvu que lorsque le matériel d'enquête a été transmis à un poursuivant mentionné à l'article 10(a)(2), la décision de ne pas citer à procès au motif sus-indiqué obtienne l'approbation d'un officier de police de rang de surintendant ou d'un rang supérieur.

*Article 61 Acte d'accusation*

Lorsqu'une personne doit être citée à procès, la poursuite devra déposer un acte d'accusation contre elle.

*Article 75 Contenu de l'acte d'accusation*

L'acte d'accusation contient:

- (1) Le nom du tribunal où il est déposé;
- (2) La désignation de l'État d'Israël en qualité de poursuivant ou les nom et adresse du poursuivant privé;
- (3) Les nom et adresse du prévenu;
- (4) Une description des faits constituant l'infraction et indiquant l'heure et le lieu dans la mesure où ils sont vérifiables;
- (5) Un état des dispositions de la législation en vertu de laquelle le prévenu est accusé;
- (6) Les noms des témoins de la poursuite.

*Article 81 Amendement de l'acte d'accusation par la poursuite*

En tout temps avant le début du procès, la poursuite peut amender l'acte d'accusation, y ajouter des éléments ou en retrancher, en déposant un avis au tribunal, indiquant l'accusation; le tribunal signifiera copie de tel avis au prévenu.

*Article 82 Amendement de l'acte d'accusation par le tribunal*

En tout temps après le début du procès, le tribunal peut, à la demande de l'une quelconque des parties, amender l'acte d'accusation, y ajouter des éléments ou en retrancher, pourvu qu'il soit donné à l'accusé une occasion raisonnable de se défendre; l'amendement sera fait dans l'acte d'accusation ou inscrit au procès-verbal.

*Article 83 Retrait de l'accusation*

En tout temps après le début du procès, la poursuite peut retirer toute accusation contenue dans l'acte d'accusation contre l'un ou plusieurs des accusés; pourvu qu'elle ne le fasse pas si l'accusé a admis, soit par écrit conformément à l'article 113 soit dans son plaidoyer sur l'accusation, des faits suffisants à le déclarer coupable de l'acte incriminé; lorsque les faits admis ne sont pas suffisants pour une déclaration de culpabilité, la poursuite peut retirer l'accusation, sur permission du tribunal.

*Article 84 Effet du retrait de l'accusation*

Lorsque la poursuite retire une accusation avant que l'accusé y ait plaidé, le tribunal devra annuler l'accusation ainsi retirée; si le retrait a lieu à une phase ultérieure, le tribunal devra acquitter l'accusé d'une telle inculpation.

*Article 113 Admission écrite*

Jusqu'au début du procès, le prévenu peut, par avis écrit présenté au tribunal, admettre tout ou une partie des faits allégués dans l'acte d'accusation et plaider sur des faits additionnels; copie de l'admission sera signifiée à la poursuite par le tribunal.

*Article 114 L'admission écrite n'est pas un obstacle  
à l'objection préliminaire*

Une admission écrite n'empêche pas l'accusé de soulever une objection préliminaire quelconque, ni d'admettre des faits ni de plaider des faits additionnels au cours du procès.

*Article 131 Début du procès*

Au début du procès le tribunal lira l'acte d'accusation à l'accusé et, s'il le juge nécessaire, lui en expliquera le contenu.

*Article 136 Plaidoyer de l'accusé*

Lorsque l'accusation n'est pas retirée sur une objection préliminaire, le tribunal demandera à l'accusé de plaider sur l'inculpation; l'accusé peut garder le silence et s'il plaide, admettre ou nier dans son plaidoyer la totalité ou une partie des faits allégués dans l'acte d'accusation; il peut aussi, qu'il ait fait ou non l'une des admissions susmentionnées, plaider des faits additionnels. La réponse de l'accusé peut être faite par son avocat.

*Article 137 Rétractation d'admission*

Lorsque l'accusé admet certains faits, soit par écrit avant le procès ou au cours du procès, il peut, à n'importe quelle phase du procès jusqu'au verdict, se rétracter de son admission, en tout ou en partie, avec la permission du tribunal.

*Article 138 Effet de l'admission des faits*

Les faits admis par l'accusé seront tenus pour prouvés contre lui, à moins que le tribunal n'estime que cette admission ne peut être acceptée comme preuve ou que l'accusé ne s'en rétracte conformément à l'article 137.

*Article 139 Sentence des accusés ayant fait des admissions*

Lorsque plusieurs personnes sont inculpées dans le même acte d'accusation et que quelques-unes d'entre elles ont admis des faits suffisants pour les condamner, et d'autres pas, le tribunal ne pourra prononcer de sentence contre ceux qui ont fait une admission avant que le procès des autres ne soit terminé; pourvu que si l'un des accusés a fait une admission et est appelé à déposer au procès, soit au nom de la poursuite, soit au nom de la défense, le tribunal prononce la sentence contre lui et que cet accusé ne dépose qu'après avoir reçu sa sentence.

*Article 140 Preuve de la poursuite*

Lorsque l'accusé n'a pas admis de faits suffisants pour le condamner, sur toutes ou l'une quelconque des accusations portées contre lui dans l'acte d'accusation ou qu'ayant fait une admission, que le tribunal l'a rejetée, la poursuite soumettra la preuve sur les faits pour lesquels aucune admission n'a été acceptée et pourra, avant de ce faire, faire un exposé de la cause.

*Article 160 Témoin à charge pas appelé à déposer*

Lorsqu'un témoin désigné dans l'acte d'accusation comme témoin à charge n'est pas appelé par la poursuite et qu'il est appelé par l'accusé, le tribunal peut permettre à l'accusé de diriger l'interrogatoire de ce témoin comme s'il s'agissait d'un contre-interrogatoire et peut déterminer l'ordre de l'interrogatoire à effectuer par les autres parties.

*Article 166 Condamnation pour une infraction basée sur  
des faits non allégués dans l'acte d'accusation*

Le tribunal peut condamner l'accusé pour toute infraction pour laquelle sa culpabilité a été révélée par les faits prouvés, nonobstant la non-allégation desdits faits dans l'acte d'accusation, pourvu qu'il ait été donné à l'accusé une occasion raisonnable de se défendre; toutefois, il ne lui appliquera pas une peine plus sévère que celle qui eût été appliquée si les faits allégués avaient été prouvés.

29. M. Shalgi, précité

Vermont

30.5 Vt. Stat. Ann. tit. 13 #6721 (1961).

31. Cette loi a été promulguée à la suite d'un certain nombre de décisions restrictives sur la communication de la preuve en matière criminelle rendues par la Cour suprême du Vermont. Dans *Reed v. Allen* (1959), 121 Vt. 202, 153 A 2d 74, on a tenté d'appliquer une loi du Vermont de 1957 à un cas de meurtre. Cette loi réglementant la prise de dépositions des témoins semblait avoir été prévue pour les causes civiles. Le tribunal a refusé de l'appliquer aux causes criminelles sans stipulation législative expresse à cet effet. Les autres causes sont *Hackel v. Williams* (1960), 122 Vt. 168, 167 A 2d 364; et *Vermont v. Fox* (1961), 122 Vt. 251, 169 A 2d 356.
32. Tex. Code of Cr. Proc. Art. 39.02 (1966); Ohio Rev. Code Ann. #2945.50 (1966), Fla. Rules Cr. Proc. rule 1.220 (f) (1968).
33. The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Task Force Report; The Courts, (1967).
34. *Ibid.*
35. Voir Langrock, "Vermont's Experiment in Criminal Discovery" (1967), 53 American Bar Association Journal, 732.
36. Sauf dans les cas où le témoin peut être assujéti à la responsabilité civile. Voir Langrock, précité note 35.
37. Langrock, précité note 35.
38. *Ibid.*
39. Règle 26(a). Les «United States Federal Rules of Civil Procedure», règle 26 à 37, requièrent des parties de communiquer les faits en leur possession avant le procès et permettant à chacune d'entre elles d'obtenir un témoignage assermenté avant le procès des témoins prévus. Les mécanismes disponibles sont: (1) les dépositions orales et écrites des parties et des témoins; (2) les interrogatoires des parties adverses; (3) les requêtes pour examen et copie de documents; (4) les examens médicaux et mentaux et (5) les demandes d'admissions.
40. Voir Civil Procedure Rules of Nova Scotia, Septembre 1970, règle 18.01
41. Voir Bouck & Roberts, *A Proposal for the Reform of the British Columbia Supreme Court Rules, 1961*, Août 1972 à la p. 37; voir aussi l'article 404 du Code de procédure civile du Québec qui permet que des personnes, autres que les parties, soient interrogées hors cour, si les parties en conviennent ou si le tribunal l'ordonne.
42. *Clark v. Superior Court* (1961), 190 Cal. App. 2d 739, 12 Cal. Rptr. 191.
43. Voir N.J. Criminal Practice Rules, règle 3:5-8.
44. Traynor, «Ground Lost and Found in Criminal Discovery», 39 N.Y.U.L. Rev. 228, à la p. 245.
45. Voir J. Norton, «Discovery in the Criminal Process», (1970), 61 J.C.L.C. & P.S. 11, à la p. 35, note 217.
46. (1967), 90 New Jersey Law Journal 209.
47. (1966), 47 N.J. 352; 221 A 2d 12.
48. La règle proposée 3:1303(c) a été adoptée en Septembre 1967 comme règle 3:5-11(c) avec les modifications importantes suivantes: la disposition de l'article 3:1303(c)(iii) qui permet au tribunal d'ordonner qu'une transcription soit préparée et produite a été éliminée; l'article 3:1303(c)(iv) a été éliminé; une disposition a été ajoutée (règle 3.5-11(d)(ii)) autorisant le tribunal de conditionner son ordonnance pour communication à la règle 3:1303(c) «en demandant au défendeur de communiquer au procureur de la poursuite les noms et adresses des personnes connues du défendeur, et qu'il entend produire comme témoins au procès, ainsi que leurs déclarations écrites, le cas échéant.
49. Voir Partie I aux pp. 24-25. Voir aussi Preliminary Report of the Canadian Bar Association Special Committee on Legal Ethics (1973), Ch. 8 aux pp. 55-62 et note 15 à la p. 64.
50. Comment, «Depositions as a Means of Criminal Discovery», (1973), 7 U. of S.F.L. Rev. 245 aux pp. 256-7.

*Combinaison de modèles*

51. «A State Statute to Liberalize Criminal Discovery» (1966), 4 Harv. J. Legis. 105.
52. Règles 16 et 17 U.S.C.A., Titre 18, (ci-après désignées «Federal Rules». Telles qu'amendées le 28 février 1966, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1966.
53. Projet approuvé, «Discovery and Procedure Before Trial», 1970 (ci-après désigné Normes du Barreau américain).
54. Projet final et rapport, Oregon Criminal Law Revision Commission, Novembre, 1972.
55. Avant-projet, Law Revision Commission of Tennessee, janvier 1973.
56. A l'exception des Normes du Barreau américain qui s'appliquent «dans toutes les causes criminelles sérieuses», article 1.5.
57. Les Normes du Barreau américain, article 1.4. Code propos. de l'Oregon, article 322.
58. Harv. J. Legis., article 1; Règlements fédéraux, articles 16 et 17; code proposé du Tennessee, article 1501.
59. Harv. J. Legis., article 1; Normes du Barreau américain, article 2.1(c).
60. (1963), 373 U.S. 83.
61. Cependant, voir aussi Normes du Barreau américain, commentaire de l'article 2.1 aux pp. 77-78:

«Il pourrait exister dans les dossiers de la Couronne diverses notes faites avant l'arrestation, contenant des hypothèses et des conjectures au sujet de l'auteur de l'infraction et de la manière dont il l'a commise. En autant qu'elles ne contiennent que les hypothèses et les conjectures d'agents, elles ne devraient pas être considérées pertinentes et, de fait, elles ne réfuteraient pas vraiment la culpabilité. . . . Mais si ces notes contenaient des renseignements au sujet d'éléments de preuve tendant à démontrer l'innocence de l'accusé, elles devraient être divulguées.»
62. Les Normes du Barreau américain, commentaire de l'article 2.2 à la p. 81.
63. Article 4.
64. *Ibid.*
65. Comparer à l'article 16(c) des Règlements fédéraux aux termes duquel il est permis à la cour d'exiger que la défense donne communication des documents semblables à ceux qu'elle réclame de la couronne.
66. Précité, note 51, commentaire de l'article 4.
67. Règlements fédéraux, commentaire de l'article 16(c).
68. Les Normes du Barreau américain, article 3.3.
69. Voir note dans Wash. U.L.Q. 321, 1966 aux pp. 326-34 et les causes qui y sont citées.
70. Les Normes du Barreau américain, article 2.6(c).
71. *Ibid.* à la p. 102.
72. *Ibid.* aux pp. 107-108.

*Angleterre*

73. Voir la 3<sup>e</sup> partie aux pp. 142-146.
74. 1957, 5 & 6 Eliz. 2. C.29.
75. Dans la circulation #151/57 du «Home Office», 14 août 1957, citée dans Halsbury, *Statutes of England*, tome 37 à la p. 629, on estime que, de toute manière, l'utilisation de la nouvelle procédure n'est pas prévue pour toutes les causes dans le champ d'application de l'article et, en particulier, pour les suivantes:
  - (i) Les causes où les tribunaux ont l'habitude d'insister sur la présence du défendeur;
  - (ii) Toute autre cause qui ne peut être réglée, vu les circonstances, qu'en l'absence du défendeur;
  - (iii) Toutes les causes où des mineurs et des adultes sont accusés conjointement;

- (iv) Toute inculpation concernant une course de véhicules à moteur sur les routes publiques pour laquelle une disqualification sera obligatoirement imposée;
  - (v) Toute infraction pouvant entraîner, pour une deuxième condamnation, un emprisonnement de plus de trois mois, à moins qu'on soit certain que l'accusé n'a jamais été condamné antérieurement pour la même infraction;
  - (vi) Lorsqu'un accusé est inculpé de plusieurs infractions et qu'au moins l'une d'entre elles n'est pas dans le champ d'application de la nouvelle procédure;
  - (vii) Toute infraction où l'accusé a le droit de demander un procès par jury, même si la sentence maximale, en cas de condamnation sommaire, ne dépasserait pas trois mois.
76. Voir la note préliminaire à la législation dans Halsbury, *Statutes of England*, tome 37 à la p. 626.
77. 1967, C.80.
78. *Ibid.* articles 2 et 9.
79. Voir 3<sup>e</sup> partie, aux pp. 75-76.
80. Voir 3<sup>e</sup> partie, aux pp. 76-77.
81. Glanville Williams, "Proposals to Expedite Criminal Trials", 1959, *Crim. L. Rev.* 82 à la p. 87.
82. "A Criminal Case in England: From Arrest Through Appeal", commentaires de David Napley, (1971), 10 *American Crim. L. Rev.* 263 à la p. 276.
83. 1<sup>re</sup> partie, aux pp. 60-62.
84. *Bender's Forms of Discovery*, tome 13 (1968) aux pp. 367-8.
85. (1792) 4 T.R. 691; 100 E.R. 1248 (K.B.).
86. *Ibid.*, aux pp. 1248-49 (E.R.).
87. *Ibid.*, par Lord Kenyon C.J., à la p. 1249 (E.R.).
88. *Ibid.*, par Buller J., à la p. 1250 (E.R.).
89. Voir *Rex v. Harrie*, 6 Car & P. 106; 172 E.R. 1165; *La Reine v. Connor*, 1 Cox C.C. 233-34; *R. v. Woodhead* (1847) 2 C. & K. 520; 175 E.R. 216; *Reg. v. Spry & Dore* (1848) 3 Cox C.C. 221; *R. v. Ward*, 1848, 2 C. & K. 759; *R. v. Colucci*, (1861), 176 E.R. 46; *R. v. Greenlade*, 1870, 11 Cox C.C. 412; *R. v. Flannagan*, (1884), 15 Cox C.C. 403.
90. Patrick Devlin, *The Criminal Prosecution in England*, (Londres, 1960), à la p. 93.
91. *R. v. O'Connor*; *R. v. Ward*; *R. v. Greenlade*; *R. v. Flannagan*; précité, note 89.
92. Devlin, précité, note 90 à la p. 96.
93. *Regina v. les juges Epping et Harlow, Ex parte Massaro*, (1973) 2 W.L.R. 158. Voir aussi *R. v. Collier* (1958) *Crim. L. Rev.* 544. La Couronne n'est pas obligée de convoquer, au cours de l'enquête préliminaire, des témoins dont elle ne croit pas le témoignage.
94. *Seneviratne v. R.*, (1936) 3 All E.R. 36 (P.C.).
95. *R. v. Cavanagh et Shaw*, (1972) 1 W.L.R. 676, 679B 2 All E.R. 704 (C.A.); *R. v. Woodhead*, précité, note 89.
96. *R. v. Woodhead*, précité, note 89; *R. v. Cassidy*, (1858) 1 F. & F. 79. Voir aussi "Practical Problems", 1959 *Crim. L. Rev.* 603 à la p. 604, et *R. v. Sterk*, 1972 *Crim. L. Rev.* 391 (C.A.).
97. *R. v. Oliva*, (1965), 49 Cr. App. R. 298, aux pp. 309-10; (1965) 1 W.L.R. 1028 1965), 3 All E.R. 116 par Lord Parker C.J.. Voir aussi *R. v. Simmonds*, (1823) 1 C. & P. 84; 1959, *Crim. L. Rev.* 604.
98. *R. v. Bryant et Dickson*, (1946) 31 Cr. App. R. 146; Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 37<sup>e</sup> éd. (Londres, 1969), #1474 à la p. 532.
99. Justice Committee on the Laws and Evidence, "Availability of Prosecution Evidence for the Defence" (1967) à la p. 2.

100. *R. v. Howes*, non rapporté, le 27 mars 1959, C.C.A. cité dans Archbold, précité, note 98.
101. *Baksh v. R.*, (1958) A.C. 167.
102. *R. v. Clarke*, (1930) 22 Cr. App. R. 58.
103. Voir *R. v. Hall*, (1958), 43 Cr. App. R. 29; *R. v. Xinaris*, (1955), 43 Cr. App. R. 30.
104. Archbold, précité, note 98.
105. (1965) 1 Q.B. 348.
106. *Ibid.*, à la p. 369 J.J. Diplock, cependant, semblait croire dans la même cause que la Couronne, tout en agissant convenablement, était allée un peu au-delà des exigences strictes de la loi (p. 376). Voir Archbold, précité, note 98 et *R. v. Fenn*, (1959) J.C.L. 253.
107. Traynor, "Ground Lost and Found in Criminal Discovery in England", (1964), 39 N.Y.U.L. Rev. 749 à la p. 762.
108. J.E. Adams, "Pre-Trial Discovery", mémoire du Council of the Law Society, 1966, *Crim. L. Rev.* 602 à la p. 605.
109. *R. v. Collister and Warhurst*, (1955), 39 Cr. App. R. 100.
110. Practice Direction, 1966, 30 J.C.L. aux pp. 256-7.
111. *R. v. Barthelmy*, 1963, *Crim. L. Rev.*, 295 (C.C.A.).
112. *R. v. Greenfield, Hope and Green*, 1964, *Crim. L. Rev.* 817 (C.C.A.).
113. *R. v. Carey, R. v. Williams*, (1968), 52 Cr. App. R. 305.
114. *R. v. Casey*, (1947), 32 Cr. App. R. 91.
115. Traynor, précité, note 107 à la p. 761, citant la mémoire de Mervyn Griffith-Jones, c.r., «Pre-Trial Discovery to the Defence», à la p. 1, (1963).
116. *Ibid.*, à la p. 761.
117. *R. v. Howick*, 1970, *Crim. L. Rev.* 463.
118. Traynor, précité, note 107 à la p. 761.
119. *Ibid.*, citant le résumé de l'étude de David Napley, "Aspects of Criminal Defences", 1963.
120. *Ibid.*, précité, note 107, à la p. 762.
121. Texte revu et corrigé des remarques prononcées par David Napley, procureur, à une réunion de la section du droit pénal du Barreau américain (American Bar Association) en juillet 1971 et rapportées dans "A Criminal Case in England: From Arrest Through Appeal", 10 *American Crim. L. Rev.* 263 à la p. 283.
122. *Ibid.*
123. Devlin, précité, note 90 à la p. 531.
124. *Ibid.*
125. Louisell, "Criminal Discovery, Dilemma Real or Apparent?" (1961), 49 *Calif. L. Rev.* 56 à la p. 64.
126. Devlin, "The Police in a Changing Society", (1966), 57 *J.C.L. C. & P.S.* à la p. 125. Comparer avec sa description de l'enquête préliminaire faite antérieurement: Une protection indispensable contre des accusations gratuites ou mal fondées. *The Criminal Prosecution in England*, précité, note 90 à la p. 92.
127. Voir les remarques de David Napley, procureur et de Jeremy Hutchinson, avocat, (1971) dans 10 *Am. Crim. L. Q.* aux pp. 276-7 et 306. Napley indique qu'il existe environ 22,500 procureurs et 2,500 avocats, et que la plus grosse partie du travail est faite par une très petite proportion des avocats disponibles. Le procureur, cependant, a le droit d'audience dans les cours inférieures où 98 pour cent des causes criminelles sont jugées. Les cours supérieures jugent environ 32,000 causes par année comparativement à 1½ million de causes dans les cours inférieures. *Ibid.* à la p. 277.
128. Roger J. Traynor, "Ground Lost and Found in Criminal Discovery" (1964), 39 *N.U.U. L. Rev.* 228 aux pp. 237-8.

129. Voir, par exemple, Glanville Williams, précité, note 80.
130. Voir Samuels, "Provision of Information to Defendants", 1972 *New Law J.* 996 aux pp. 996-7; Justice Committee on the Laws of Evidence, (1965); "The Problem of Perjury", Report by Justice, (Londres, 1973) à la p. 30; Glanville Williams; "Proposals to Expedite Criminal Trials", 1959, *Crim. L. Rev.* 82, aux pp. 93-4 et les commentaires sur les propositions de Williams, 1959, *Crim. L. Rev.* 269.
131. J.E. Adams, "Pre-Trial Discovery", précité, note 108.
132. Traynor, précité, note 107 à la p. 750.