

**L'impact des peines minimales sur les négociations de plaidoyer de culpabilité : les
stratégies de la Couronne et de la Défense**

Alex Boucher

Thèse soumise à la
Faculté des études supérieures et postdoctorales
dans le cadre des exigences du programme de
maîtrise ès arts en criminologie

Département de criminologie
Faculté des sciences sociales
Université d'Ottawa

Remerciements

J'aimerais d'abord et avant tout remercier mon directeur de recherche, M. Richard Dubé. La latitude qu'il m'a donnée au fil des années a fait en sorte que nos conversations ont pris l'essor d'un projet de recherche que je considère d'actualité. Un grand Merci.

J'exprime toute ma gratitude envers les candidats procureurs (Couronne et défense) qui ont bien voulu prêter de leurs connaissances académiques, professionnelles, expérientielles et empiriques à cet exercice. Sans eux, ce projet et ses retombés sur le plan des connaissances d'une science en constante évolution n'auraient jamais été possibles. Merci pour votre générosité intellectuelle.

Enfin, je remercie mes parents pour l'appui tant financier que moral qu'ils m'ont accordé de manière inconditionnelle. Papa et maman, il est difficile d'estimer les ressources que vous avez mises à ma disposition tout au long de ces années... années qui paraissent maintenant plus distantes et courtes qu'elles ne l'étaient réellement. Bref, merci pour votre présence et votre générosité. Sachez, chers parents, que je vous dédie cette thèse. Un grand merci à mes trois grands frères, Charles, Yves et Serge. Sans même le savoir, vous avez tous contribué à votre propre façon à l'aboutissement de ce projet. Le dernier des remerciements, mais non le moindre, à toi, Mylène. Merci de m'avoir épaulé, d'avoir pris en charge ce fardeau avec moi et d'avoir passé mes intérêts avant les tiens. Avec toi, Mylène, je savoure et j'apprécie davantage la vie.

Table des matières

Liste des tableaux.....	v
Liste des figures.....	v
Résumé.....	vi
Introduction.....	1
Chapitre 1 : Recherches et contexte théorique.....	7
1.1. Les peines minimales en droit criminel	8
1.1.2. Le fondement de la peine minimale	9
1.2. La négociation sur un plaidoyer de culpabilité	14
1.2.1. Les négociations et ses interprétatives littéraires	15
1.2.2. La relation omniprésente entre gravité de l'infraction et négociations	20
1.2.3. Les influences prépondérantes dans le jeu des négociations	30
1.3. Les peines minimales et les négociations	41
1.3.1. Négociations et peines minimales : les affaires d'homicides	47
1.4. Le contexte théorique : l'analyse stratégique de Crozier et Friedberg (1977)	52
1.4.1. Le modèle inductif d'une sociologie des organisations.....	53
1.4.2. L'analyse stratégique : l'action collective et l'organisation	54
Chapitre 2 : Méthodologie.....	63
2.1. La méthodologie qualitative et ses justifications	64
2.1.1. Les objectifs et la problématique de recherche	65
2.1.2. L'exploration empirique	66
2.2. L'entretien qualitatif comme technique de recherche	67
2.2.1. Le caractère semi-directif de l'entretien	70
2.3. L'échantillonnage : le qualitatif et ses lettres	71
2.3.1. L'échantillon par homogénéisation	73
2.3.2. Recrutement des participants	74
2.3.3. Déroulement des entretiens	77
2.4. Méthode d'analyse des données : l'analyse de contenu	78
2.4.1. La retranscription et les premières lectures	79
2.4.2. L'analyse verticale et les rubriques inductives significatives	79
2.4.3. Le regroupement des rubriques en catégories d'analyses	80

2.4.4. L'analyse horizontale et les points de divergences	80
Chapitre 3 : Analyse	83
3.1. Les peines minimales.....	85
3.1.1. La perspectives des procureurs face aux peines minimales	86
3.1.2. Limites au principe de proportionnalité et d'individualisation des peines	88
3.2. L'incidence des peines minimales sur la pratique des procureurs	95
3.2.1. La dynamique relationnelle entre procureurs	95
3.2.2. L'effet des minimums sur la flexibilité des négociations.....	98
3.2.3. De l'inflexibilité des négociations à l'augmentation de la tenue de procès	101
3.2.4. Les scénarios du principe de la probabilité raisonnable de condamnation.....	104
3.2.5. Les variables de la gravité de l'infraction et de la culpabilité morale de l'accusé	109
3.3. Les stratégies de contrôle ou de réduction des impacts	113
3.3.1. L'infraction de type hybride : poursuivre par voie sommaire	114
3.3.2. Les infractions moindres et incluses : la réduction des chefs d'accusation.....	118
3.3.3. Le changement de nature de l'infraction	121
3.3.4. La peine (minimale) augmentée par le dépôt de l'avis de récidive	124
3.3.5. Requête sur la Charte et abus de procédures qui discréditent la preuve.....	126
3.3.6. L'évolution d'un dossier : nouveaux faits et éléments de preuve	130
3.3.7. Écrasement des dossiers pour délais déraisonnables	132
Conclusion	134
Bibliographie	142

Liste des tableaux

Tableau 1. Description des échantillons de recherche	77
Tableau 2. Grille d'analyse : les catégories et leurs définitions.....	82

Liste des figures

Figure 1. Axe des représentations sociales et des expériences de vies ou les témoignages.....	72
---	----

Résumé

Nous présentons ici une recherche qualitative et exploratoire sur une nouvelle facette d'un sujet bien exploré par la littérature, la négociation sur un plaidoyer de culpabilité. Il s'agira pour nous de considérer cette nouvelle variable qu'est la peine minimale obligatoire, beaucoup moins étudiée quant à elle, afin d'explorer si elle affecte ou non les négociations, comment et pourquoi.

L'assise empirique, formée de discours de procureurs (Couronne et défense) issus d'entretiens semi-directifs, nous a permis d'observer comment les acteurs, dans cette action collective du système (droit criminel), se reconstruisent un discours face à l'objet traité dans cette étude. L'analyse des matériaux empiriques de ces deux groupes d'acteurs et la mise en relation entre elles nous ont permis d'observer de fortes tendances entre peines minimales et négociations.

Les preuves empiriques qui se sont juxtaposées aux principales visées de cette recherche se révèlent être bien intéressantes sur le plan des connaissances. Nous parlons ici des points de vue des procureurs face aux peines minimales et les limites que ces peines imposent sur les objectifs et principes en matière de détermination de la peine, notamment sur les deux optiques de la proportionnalité qui permettent au droit criminel d'individualiser les peines. Ces limites sont ensuite reprises dans les rationalités des procureurs pour justifier la mise en œuvre de stratégies lors des négociations, stratégies qui viennent contrôler et réduire l'impact de cette ingérence politique dite populiste avec les peines minimales. En affectant tout de même la portée des négociations et la dynamique relationnelle entre procureurs, il n'en demeure pas moins que les peines minimales se répercutent ailleurs dans le système, particulièrement par l'augmentation de la tenue de procès.

Mots clés : droit criminel, peine minimale obligatoire, plaidoyer de culpabilité, négociations, procureurs de la Couronne, avocats de la défense.

Introduction

Nous présentons ici une étude qualitative et exploratoire ayant comme objet les représentations sociojuridiques des procureurs de la Couronne et des avocats de la défense quant à l'influence des peines minimales obligatoires sur les négociations relatives au plaidoyer de culpabilité dans le système du droit criminel.

Notre objectif est d'identifier et de mieux comprendre comment la notion de peines minimales¹ intervient (ou non) dans la dynamique des négociations sur un plaidoyer de culpabilité, comment elle influence ce que Piccinato (2004) caractérise comme un processus expéditif de déposition ou de reconnaissance de culpabilité couramment effectué en droit criminel. Il s'agit d'une recherche empirique qui s'appuie sur des entretiens semi-structurés réalisés avec des procureurs². Au cours de ces entretiens, nous avons tenté de cerner respectivement le point de vue de ces deux groupes d'acteurs en relation à la question de recherche suivante :

Au sein du système de droit criminel, quelles sont les représentations qu'entretiennent les procureurs de la Couronne et les avocats de la défense quant aux implications des peines minimales dans les négociations relatives au plaidoyer de culpabilité ?

Notre problématique de recherche s'est progressivement construite tout au long de notre recension des écrits (voir Chapitre 1), notamment à partir des lacunes présentes dans la littérature. Les problèmes que nous tentons de combler par cette étude qualitative et exploratoire se situent tant au niveau de l'arrière-plan de notre recherche qu'au niveau des connaissances. Le problème d'arrière-plan de notre recherche tient au fait que la littérature qui traite des peines minimales et de leurs implications dans l'administration du système de droit criminel n'a principalement porté que sur les juges, sans considération pour les points de vue respectifs de la Couronne et de la

¹ Le vocable « peine minimale » sera utilisé pour désigner la peine qui est dite « obligatoire »; la peine minimale « est toujours pleinement *obligatoire* pour les cas qu'elle inclut » (Pires et Machado, 2010 : 102, nos soulignés).

² Le terme « procureurs » employé au pluriel renvoie à la notion de procureur au sens large dans le système du droit criminel, c'est-à-dire le procureur de la Couronne et l'avocat de la défense. Lorsque nous allons référer soit à l'un ou à l'autre de ces deux acteurs constitutifs du système, nous allons les identifier par leur nomenclature complète, soit « procureur(s) de la Couronne », « avocat(s) de la défense » ou simplement « Couronne » ou « défense ».

défense. Nous sommes dès lors plus renseignés sur les réalités inhérentes aux juges par rapport aux peines minimales que sur celles des procureurs dans leur tâche ou rôle distinct d'administrer le système. De là naît le problème de connaissance de notre recherche, à savoir le défaut de connaissances théoriques, pratiques, empiriques et expérientielles sur les réalités propres à la Couronne et à la défense à l'égard de l'implication des peines minimales dans les négociations sur un plaidoyer de culpabilité. Plusieurs sous-questions de recherche émergent :

1. Si avec les peines minimales, les juges perdent en principe de leur pouvoir discrétionnaire dans l'administration du système du droit criminel, qu'en est-il des procureurs ? Conservent-ils, lors des négociations sur un plaidoyer de culpabilité, une marge de manœuvre décisionnelle en relation à ces mêmes peines ?

2. Les procureurs ont-ils développé des stratégies pour regagner une certaine marge de manœuvre – ou simplement pour la défendre ou la sécuriser – dans les négociations sur un plaidoyer et ce en dépit des peines minimales impliquées ? Par le biais de notre encrage théorique et devant le possible « changement » apporté par les peines minimales dans la dynamique de ces négociations, nous nous demandons si les procureurs ont pu développer, inventer ou fixer ici « de nouvelles façons de jouer [le] jeu social » de la négociation en droit criminel (Crozier et Friedberg, 1977 : 30). Découle de cette sous-question deux orientations possibles, orientations que nous étalons sous la forme de questionnements.

2.1. D'une part, les procureurs tentent-ils de résister à l'application des peines minimales en acceptant, par exemple, de négocier un accord ou une entente qui réduirait par ricochet la sentence sous le minimum prescrit par la loi ?

2.2. D'autre part, dans les négociations de ces cas où il y a des peines minimales d'impliquées, les procureurs cherchent-ils davantage à contraindre ou à persuader les accusés de plaider coupable à des accusations, charges ou infractions réduites avec cette possible mesure incitative de réduire la peine sous le minimum prescrit par la loi ? Enfin, une toute dernière sous-question tente de voir si les peines minimales viennent en quelque sorte bouleverser l'interaction entre les acteurs.

3. Quels sont les impacts des peines minimales sur la dynamique relationnelle entre procureurs lors des négociations sur un plaidoyer ? Les peines minimales viennent-elles changer la dynamique que décrivait si bien l'étude empirique de Grosman (1971) sur les procureurs et les négociations sur un plaidoyer de culpabilité ? Considérant que cette dernière a été réalisée avant l'augmentation récente du nombre de peines minimales dans le droit criminel canadien et permet donc de saisir comme point de comparaison en quoi consistait alors « l'arrangement et le compromis par le truchement du plaidoyer » et comment ils pouvaient être assujettis « à la fantaisie de l'échange de bon procédé [...] ou à l'instabilité des relations réciproques » entre procureurs (Grosman, 1971 : 466), est-ce que les peines minimales impliquent autre chose, ou une autre complexité que celle qu'a pu saisir Grosman (1971) dans un tout autre contexte ?

Ces questionnements viennent ici situer le terrain sur lequel nos objectifs de recherche prennent place. Nous croyons que les savoirs empiriques et pratiques qu'auront construits les procureurs sur la question de l'implication des peines minimales dans les négociations pourront éclairer une partie de la réalité que notre recherche tente de mettre au jour, contrebalançant ainsi les problèmes d'arrière-plan et de connaissance sous-jacents à notre problématique de recherche.

Notre recherche se divise en trois chapitres, les uns apportant ainsi les connaissances permettant la compréhension des autres. Nous les présentons que sommairement dans ce qui suit.

Dans le premier chapitre, une recension des écrits traitera théoriquement et épistémologiquement de chacun des trois thèmes constitutifs de notre objet d'étude, soit respectivement : les peines minimales, les négociations sur un plaidoyer de culpabilité et l'implication desdites peines dans les négociations³. Il sera question ici d'une recension interdisciplinaire construite de manière à ce que l'on puisse exposer les différentes connaissances acquises sur les thèmes susmentionnés de par les études et recherches dans le champ des sciences sociales et humaines, de la sociologie du droit (pénal), de la philosophie du droit criminel et du savoir juridique. Nous présenterons aussi ici notre cadre théorique (modèle d'analyse) qui sert de « charnière entre la problématique [...] et [le] travail d'élucidation qui porte sur un domaine d'analyse forcément restreint et précis » (Van Campenhoudt et Quivy, 2011 : 109). L'analyse stratégique que nous présentent les sociologues Crozier et Friedberg (1977) dans leur ouvrage *L'acteur et le système* a été utilisée afin d'observer empiriquement les angles ou facettes de la problématique mise de l'avant par notre question de recherche. Cette perspective théorique nous a donc permis d'exploiter notre assise empirique de façon à ce qu'on puisse y déceler, par la suite, et s'il y a lieu, des stratégies individuelles-types développées par les acteurs sociaux engagés dans une action collective (Crozier et Friedberg, 1977).

Dans le deuxième chapitre, nous élaborons notre méthodologie de recherche. Ce chapitre est divisé en quatre grandes sections. D'abord, nous exposons l'approche méthodologique prônée par cette recherche en démontrant la manière par laquelle le choix d'une méthodologie qualitative a été opéré en fonction de nos objectifs de recherche. Ensuite, nous traitons de la technique de

³ Plus en lien avec notre objet d'étude, nous allons aborder ce dernier thème de notre recension en utilisant certaines études et recherches canadiennes de la fin du XX^e siècle portant sur les problèmes engendrés par les peines minimales lorsqu'elles font partie intégrante du processus d'administration de la justice criminelle, le cas échéant, de la négociation de plaidoyer. Nous ferons aussi référence aux problèmes soulevés par la littérature américaine sur cette situation bien précise afin d'extrapoler rationnellement des pistes d'interprétations sur notre terrain canadien.

recherche qu'est l'entretien semi-directif, technique par laquelle nous sommes entrés en contact avec le terrain. Nous présentons ensuite la constitution de notre assise empirique, c'est-à-dire nos matériaux de recherche, leurs conditions d'accès et notre échantillon de recherche. En tout dernier lieu, nous exposons ce qu'est l'analyse de contenu au sens large et la façon dont nous avons procédé pour analyser notre matériel discursif. Nous traiterons des catégories d'analyse utilisées, du codage du matériel empirique, de l'analyse verticale et de l'analyse horizontale.

Dans le troisième chapitre, nous présentons notre analyse, soit les observations et constats qui sont ressortis des entretiens et de l'analyse de notre matériel empirique. Les interprétations que nous avons fait de ces entretiens et que nous livrons dans ce chapitre cherchent ainsi à mieux comprendre comment chacun de nos interlocuteurs « structure (organise) le sens de son "monde social", le produit et rend possible son appropriation » (Demazière et Dubar, 2004 : 34 et 37).

Nous concluons enfin notre étude en suggérant une nouvelle représentation des rationalités et stratégies construites et mises en œuvre par les procureurs face aux peines minimales.

Chapitre 1 :
Recherches et contexte théorique

1.1. Les peines minimales en droit criminel

Pour les fins de cet exposé, on entend par peine minimale une sanction dont la nature et la durée minimale ont été préétablies par le pouvoir législatif et exécutif qui enjoint le juge, en cas de condamnation, à respecter ces conditions dans la détermination de la sentence. La nature de la sanction peut aller de l'amende jusqu'à la peine d'emprisonnement. Quant à la durée de l'emprisonnement, il peut s'agir de quelques jours ou jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité, soit de cette peine unique⁴ prévue dans le cas de meurtre. Nous nous attardons ici principalement aux sanctions qui imposent une peine d'emprisonnement qui est et doit être minimalement obligatoire.

Au moment d'écrire son rapport sur les peines d'emprisonnement obligatoires, Roberts (2005 : 9) souligne que « vingt-neuf infractions contenues dans le *Code criminel* canadien sont associées à une peine minimale obligatoire d'emprisonnement ». Roberts (2005) parle de la tendance législative canadienne envers l'instauration des peines minimales obligatoires en évoquant que « la majorité d'entre elles, soit 19, ont été introduites en 1995 avec l'adoption du projet de loi C-68, un ensemble de lois relatives aux armes à feu ». Raaflaub (2006 : 1) ajoute que « [l]e *Code criminel* prévoit une quarantaine d'infractions punissables d'une peine minimale obligatoire d'emprisonnement ». Il classe en trois grandes catégories les peines minimales au Canada, soit : 1) les infractions avec usage d'armes à feu ou d'autres armes, 2) les infractions d'ordre sexuel perpétrées à l'égard des enfants, et 3) la conduite avec facultés affaiblies.

Par ailleurs, la récente réforme du droit criminel initiée par le projet de loi C-10 (Loi sur la sécurité des rues et des communautés sanctionné en mars 2012) édicte et modifie une gamme de

⁴ Dans le cas d'une peine à perpétuité, il s'agit d'une peine « unique ». La durée minimale est aussi la durée maximale.

lois et « introduit de nouvelles peines minimales pour 29 infractions et [...] rehausse les peines minimales déjà existantes pour 15 infractions » (Euvrard et Leclerc, 2015 : 203).

À partir de récents projets de loi qui manifestent clairement une « orientation populiste des politiques pénales » (Landreville, 2007 : 35), nous remarquons dans les tendances législatives contemporaines un affermissement préoccupant des mesures législatives et judiciaires. La conceptualisation même de ce « populisme pénal » peut être opérationnalisé comme une orientation législative répressive voulant apaiser les « pressions d'une certaine opinion publique », et ce sans se baser sur des « analyses objectives de la réalité, [...] des résultats de recherches au sujet de l'efficacité et des effets discriminatoires de ces mesures, ainsi que des principes de justice et de modération en droit pénal » (Ibid : 34-35 ; Desrosiers : 2013). C-10 illustre clairement cette tendance législative envers un « durcissement pénal » de par la promulgation de peines minimales visant certaines catégories de comportements dits non conformes aux attentes normatives du droit criminel. D'après Roberts (2005 : 11), « les peines [minimales] sont encore populaires auprès de certains politiciens canadiens ». Ce même auteur va jusqu'à dire qu'à « chaque année au Parlement, des projets de loi sont présentés qui, s'ils sont acceptés, augmenteront le nombre de peines d'emprisonnement minimales » (Ibid : 11).

1.1.2. Le fondement de la peine minimale

La littérature stipule que les fondements de la peine minimale comme pratique sont plus particulièrement attribuables à « deux théories de la peine » (rétribution et dissuasion) ainsi qu'à une « théorie (du XVIII^e siècle) portant sur la séparation des pouvoirs » (Pires et Machado, 2010 : 110). Nous traitons respectivement de ces trois théories ou fondements dans ce qui suit.

D'abord, la théorie de la rétribution est l'un des fondements de la peine minimale du fait qu'elle soutient que la punition est une « obligation morale impérative », qu'elle doit avoir au « moins un tarif minimal de souffrance » et qu'il faut punir « plus sévèrement les récidivistes » (Pires et Machado, 2010 : 110). Plusieurs juges soutiennent eux-mêmes l'idée que la punition est obligatoire et (minimalement) nécessaire (Doob et Cesaroni, 2001 : notre traduction). Reste à savoir comment ils perçoivent la prédétermination de cette punition par le politique, ce qui est une tout autre question.

Maintenant passons à la théorie de la dissuasion qui, quant à elle, prévoit que la punition doit représenter un coup (un peu) plus grand que les bénéfices associés au crime, et ce afin d'en empêcher la perpétration (Pires et Machado, 2010). Ainsi, cette théorie persuade les « autorités » que (seule) la peine qui impose une « souffrance suffisante [est celle qui] protège la société » (Ibid : 111). L'attrait des peines minimales est percevable dans le discours des politiciens, notamment lorsque le ministre de la Justice en 1994 affirme que : « pour renforcer les lois et pour apporter une réelle dissuasion dans la détermination de la peine, nous allons introduire de nouvelles sanctions (minimales) sévères pour 10 crimes violents spécifiques » liés à l'utilisation d'armes à feu (Doob et Cesaroni, 2001 : notre traduction).

Bien que ces deux théories de la peine exigent des « autorités politiques et juridiques » que tous ceux qui transgressent la loi soient obligatoirement punis, elles demeurent néanmoins « indifférentes à l'inclusion sociale des détenus » (Pires et Machado, 2010 : 111). Elles restent indifférentes à l'inclusion sociale – ou valorise l'exclusion sociale – en ce sens qu'elles privilégient davantage les modes de punition purement répressifs (par exemple, l'incarcération) par opposition aux modes de punitions moins intrusifs sur la liberté de l'individu (par exemple, l'amende, le dédommagement ou la réparation des torts). Pires et Garcia (2007) soulignent que cette

indifférence à l'inclusion sociale ou cette valorisation de l'exclusion sociale est en fait partagée par les autres théories de la peine, notamment par la théorie de la dissuasion et la théorie de la rétribution :

[Ces théories] mettent l'accent sur l'exclusion sociale, restent indifférentes sur le plan décisionnel à l'inclusion sociale des coupables d'un crime ou accordent une préséance à l'idée selon laquelle, en droit criminel, il faut privilégier les sanctions qui montrent l'intention d'infliger une souffrance [minimale, nous dit-on] au coupable d'un crime (Pires et Garcia, 2007 : 293-294, cité dans Garcia, 2013 : 58).

C'est en jumelant une lecture législative et ces deux théories de la peine que le tout a systématiquement permis au politique de fonder des peines minimales et de légitimer leur pratique (Pires et Machado, 2010). Au nom de la lutte contre la criminalité et la protection de la société contre la criminalité (Doob et Cesaroni, 2001), les buts sont implicitement justifiés à travers ces deux théories de la peine par le politique (Pires et Machado, 2010). On peut aussi penser que le politique crée des peines minimales pour « obtenir plus de votes », notamment en apaisant les pressions d'une certaine opinion publique répressive qui demande une plus grande sévérité ou une meilleure protection de la société. Ce sont là des motifs souvent évoqués et permettant d'augmenter la probabilité que les peines minimales soient « acceptée[s] par le public et par le système de droit criminel » (Ibid : 112). Pour le dire comme Pires et Machado, « le but du choix politique se confond avec le but de la peine (minimale) attribuée par les théories de la peine et a plus de chances d'être considéré comme valable » (2010 : 112). Ces théories donnent au politique une « raison d'être » ou une capacité de justifier la promulgation de peines minimales, et ce indépendamment des structures variées (la nature et la durée) que peuvent prendre les minimums (Ibid, 2010).

Enfin, dans les logiques de justification des peines minimales, considérant que dans le système parlementaire canadien la responsabilité de déclarer quelqu'un coupable et de déterminer les sanctions est allouée aux juges (système judiciaire) et que celle d'édifier des lois et de les

codifier est allouée aux législateurs (système législatif), la théorie de la séparation des pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire) intervient à son tour pour appuyer les mêmes peines minimales (Pires et Machado, 2010). Comme l'explique Pires et Machado (2010 : 117), « le Parlement jouit [alors] d'une pleine légitimité pour déterminer la peine criminelle [en légiférant], pouvant ou non attribuer aux tribunaux un champ décisionnel quelconque ». La peine minimale devient dès lors justifiée par la théorie de la séparation des pouvoirs qui, elle, sert de « fondement » pour légitimer l'intrusion du politique dans le système du droit criminel (Ibid, 2010).

Toutefois, l'intervention du législateur (pouvoir législatif) est aussi vue comme éliminant ou réduisant considérablement le pouvoir d'action des juges (pouvoir judiciaire). Le législateur a alors tendance à considérer les orientations du juge comme trop malléables ou incertaines en matière de détermination de la peine et voit conséquemment dans les peines minimales une manière de prédéterminer avec plus de certitude autant le type de peine à être ordonné (généralement la peine carcérale est privilégiée avant toute autre sanction) que le quantum de sa sévérité (qui se traduit généralement par une durée minimale préétablie) (Ibid, 2010). Ainsi, en limitant la discrétion des acteurs judiciaires au sein du système de droit criminel, notamment celle des juges, les peines minimales représentent un moyen simple et politiquement viable d'augmenter la peine que pourront se mériter ceux qui ont commis certains types de crimes (Doob et Cesaroni, 2001). Plutôt que de s'opposer à la création et à l'utilisation des peines minimales, en évoquant par exemple leur caractère intrusif sur la liberté du pouvoir judiciaire, la théorie de la séparation des pouvoirs permet l'ingérence du politique par le système législatif dans le système de droit et arrive même à la concevoir comme une « expression de la démocratie et non [comme] de l'autoritarisme », et ce même si elle autorise le système politique à réduire « la capacité de modération et de protection juridique des droits » (Pires et Machado, 2010 : 120). En somme, Pires

et Machado (2010 : 122) reconnaissent que « le pouvoir d'expression modérateur du droit [...] est [ainsi] court-circuité ou censuré », mais aussi qu'en bout de ligne, « le système de droit criminel en est venu à interioriser et à accepter » cette ingérence du système politique dans le système de droit (Ibid, 2010 : 118).

La question que nous nous posons aujourd'hui, dans ce contexte d'ingérence du politique dans le juridique et de survalorisation législative des peines minimales, est celle de savoir si les acteurs judiciaires, plus particulièrement les procureurs, ont pu développer des stratégies (et le cas échéant, lesquelles?) pour modérer ou encadrer juridiquement cette forme d'intervention du pouvoir législatif dans la détermination de la peine criminelle. Ces stratégies permettent-elles de modérer l'imposition législative par l'inapplication judiciaire des peines minimales dans le système du droit criminel ? Ces questions font partie de celles que nous avons explorées dans nos entretiens. Mais avant d'y arriver, voyons de quelle manière la question de ces négociations entre procureurs a été traitée dans la littérature.

1.2. La négociation sur un plaidoyer de culpabilité

Dans la deuxième section de ce premier chapitre, nous voulons voir comment la littérature a traité des négociations sur un plaidoyer de culpabilité entre procureurs. Nous voulons comprendre comment fonctionne et ce qu'implique ce dispositif, soit ces ententes concoctées à huis clos, hors cours, mais certainement pas hors norme et qui visent ultimement à accélérer le processus judiciaire et à alléger la mobilisation des ressources. Nous pourrions ensuite, insérer dans le cadre du fonctionnement de ce dispositif, toute la question des peines minimales et de ses implications dans le processus lui-même, implications pour les acteurs, pour la justice et pour l'évolution du droit criminel moderne.

Cette section sera divisée en trois grandes parties. Dans la première partie, nous allons voir les différentes conceptualisations de la négociation sur un plaidoyer présentes dans la littérature. Dans la deuxième partie, nous commentons diverses études de manière à ce que l'on puisse étudier la négociation de plaidoyer et ainsi mettre en lumière les rationalités empiriques et les pratiques qui y sont reliées. Seront discutés dans cette deuxième partie le déroulement des négociations, les stratégies des procureurs face à l'échec des négociations ainsi que celles qui font partie intégrante des négociations dites réussies sur les accusations ou la sentence. Enfin, dans la troisième et dernière partie de cette section, nous traitons des influences ou des éléments qui interviennent et influencent de manière prépondérante la dynamique des négociations sur un plaidoyer de culpabilité. Une attention particulière sera portée sur la dynamique relationnelle qui s'installe entre les procureurs afin d'essayer de voir si les peines minimales viennent modifier cette donne relationnelle entre procureurs.

1.2.1. Les négociations et ses interprétatives littéraires

Comme le note Gravel (1991), la négociation de plaidoyer est fréquemment présentée comme un choix dichotomique en opposition avec la tenue d'un procès, et ce tant dans la littérature que dans l'administration du système de droit criminel elle-même. Cette opposition entre négociations et procès est grandement alimentée par la popularité et la légitimité de plus en plus grandissante de la négociation sur un plaidoyer, ce qui entraîne certains à voir la tenue du procès comme l'exception plutôt que la règle (Di Luca, 2005; Hutchinson, 2006). L'ensemble de la littérature que nous avons consulté indique effectivement qu'environ soixante-dix à quatre-vingt-dix pourcent (70-90%) des cas qui entrent dans les mailles du système de droit criminel se terminent par l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité; le taux le plus élevé pouvant sans doute être attribuable aux régions plus urbaines (métropoles) ainsi qu'aux tribunaux à volume.

Dans les systèmes juridiques anglo-américains, Ericson et Baranek (1982 : 111) indiquent que « la détermination de la culpabilité ou de l'innocence est le plus souvent traitée non dans le contexte d'un examen ouvert, mais dans différents contextes à faible visibilité, hors tribunaux » (notre traduction). La plupart du temps, « la modification des charges, les possibilités de communication des preuves, et les gammes des sentences sont discutées dans une variété de locaux⁵ [...] visant une entente satisfaisante pour toutes les parties et en vertu de laquelle l'accusé peut être convaincu de l'intérêt de plaider coupable » (Ibid : 111; notre traduction). Comme le soulignent ces auteurs, « ce processus a été dénommé sous de multiples appellations, dont : le plaidoyer de contrat, de négociation, de discussion, de transaction » (Ibid : 111-112; notre traduction).

⁵ Ericson et Baranek soulignent que les discussions peuvent avoir lieu dans « les corridors et les offices d'un Palais de justice, dans le cabinet du juge, à un comptoir-lunch et au téléphone » (1982 : 111; notre traduction).

Pour Ericson et Baranek, ces « discussions sur le plaidoyer, ayant pour objectif, en échange d'un avantage perçu, d'obtenir l'accord de la défense à plaider coupable, font partie intégrante de la procédure pénale dans les juridictions anglo-américaines » (1982 : 113; notre traduction)⁶.

Pour certains, la remise en cause des contentieux ou des affaires litigieuses lors d'un procès irait même jusqu'à mettre en évidence « l'incapacité des avocats [de la poursuite et de la défense] à régler le dossier par une négociation de plaidoyer » (Gravel, 1991 : 10). Pour d'autres, dans ces rares cas où aucune entente n'a pu émaner des négociations, « l'affaire va jusqu'au procès⁷ et le procès devient un « appel » sur ce qui s'est passé lors de la transaction qui a eu lieu avant ou hors procès » (Ericson et Baranek, 1982 : 122; notre traduction). Le tribunal de première instance jouerait ainsi le rôle de cour d'appel sur l'échec des négociations.

Dans leur rapport de recherche à l'intention de la Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987), Verdun-Jones et Hatch (1988 : 1) optent pour une définition large et peu précise en indiquant que « l'expression négociation de plaidoyer désigne en fait une grande diversité d'activités auxquelles se livrent les différents intervenants du système judiciaire ». Trop large et trop inclusive, cette définition ne nous permet pas de distinguer cette pratique des autres pratiques ni de saisir deux éléments que nous considérons cruciaux dans la négociation de plaidoyer, notamment : les interactions qui ont lieu – et les stratégies qui sont mises en œuvre – entre les acteurs judiciaires lors des activités hors des procédures formelles d'un procès, également, la finalité de la négociation de plaidoyer, soit l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité pour

⁶ Ils remarquent en outre, citant Strauss (1978), que « des formes comparables de discussion, de manipulation, de coercition et de négociation sont [aussi] caractéristiques des cadres juridiques en dehors du droit criminel et en dehors des cadres organisationnels de l'institution judiciaire » (Strauss, 1978 dans Ericson et Baranek, 1982 : 113; notre traduction). Nous pouvons penser ici tant aux négociations syndicales qu'aux négociations entre un vendeur d'automobile et son client.

⁷ Bien que la négociation de plaidoyer soit souvent attribuable à un processus effectué avant le procès et en dehors des tribunaux, un plaidoyer de culpabilité de dernière minute réalisé en salle de cour, devant le juge, est toujours possible.

la Couronne ou alors, en faveur de la défense, la modification du nombre ou de la nature des chefs d'accusation permettant à l'accusé de bénéficier de condamnations et de sanctions moins lourdes ou moins contraignantes. Réduire la finalité de la négociation à l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité nous paraît ainsi faire abstraction des autres objectifs pouvant être poursuivis au sein de cette même procédure. La littérature montre que la négociation de plaidoyer sert en effet à plusieurs fonctions pour l'administration du système de droit criminel. Nous y reviendrons.

Le Barreau du Québec (1987) définit quant à lui la négociation de plaidoyer comme « une pratique selon laquelle la poursuite et la défense négocient entre elles la détermination d'une affaire pénale » (cité dans Gravel, 1991 : 7). Perras (1979-80 : 58-59) reconnaît lui aussi cette visée, mais va un peu plus loin en indiquant que c'est une « procédure par laquelle un avocat compétent et éclairé discute ouvertement de la preuve [...] en vue de parvenir à un résultat qui servira raisonnablement à l'avancement de l'administration de la justice » (cité dans Stuart et Delisle, 2010 : 727; notre traduction). Ces définitions peuvent être interprétées de la même façon. Elles indiquent que la négociation sur un plaidoyer de culpabilité est une pratique où les parties impliquées entreront en contact afin de voir (négocier, marchander, communiquer) les options disponibles en vue de clore un dossier, que ce soit par le biais d'un plaidoyer de culpabilité ou par la tenue d'un procès.

La négociation de plaidoyer est définie par la Commission de réforme du droit du Canada (1975 : 50) comme étant « une entente en vertu de laquelle l'accusé consent à plaider coupable en échange de la promesse d'un avantage quelconque » (cité dans la Commission canadienne sur la détermination de la peine, 1987 : 446). À la lumière des négociations qui ont précédé l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité, l'accusé peut en fait en arriver à la conclusion qu'il s'en tire à bon compte s'il plaide coupable sur le champ, et ce sans passer par les formalités

(coûteuses, douteuses et incertaines) d'un procès devant un juge ou devant un juge accompagné d'un jury.

Plus d'une décennie s'est écoulée depuis cette dernière définition de la Commission de réforme du droit du Canada en 1975, et elle a depuis redéfini son angle d'approche quant à la négociation de plaidoyer en 1989. En effet, la Commission de réforme du droit du Canada (1989 : 4) conceptualise maintenant la négociation de plaidoyer comme étant toute « entente sur le plaidoyer [...] selon laquelle l'accusé accepte de plaider coupable, le poursuivant s'engageant en échange à adopter ou à ne pas adopter une ligne de conduite donnée » (Verdun-Jones et Tijerino, 2004 : 21). Ainsi, la Commission ne parle plus d'avantages quelconques dont bénéficieraient les justiciables à l'issue d'une négociation de plaidoyer, et ce possiblement dû aux critiques que la littérature associe à ces soi-disant avantages. Par contre, elle insiste dorénavant sur la tractation qui donne lieu au plaidoyer de culpabilité en la considérant comme un engagement du procureur de la Couronne à procéder d'une manière qui a été préalablement consentie par les parties⁸. En somme, cette définition illustre les résultats, et non les transactions issues de la négociation de plaidoyer et qui permettent l'aboutissement des résultats, soit les engagements (actions ou omissions) du procureur de la Couronne et l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité de la part des justiciables.

Poussant plus loin cette définition de la négociation de plaidoyer, dans son ouvrage qui traite de l'éthique légale et de la responsabilité professionnelle des avocats en droit criminel, Hutchinson (2006) évoque qu'elle est :

⁸ À cet égard, nous verrons que la jurisprudence reste plutôt critique vis-à-vis les procureurs de la Couronne qui ne se conforment pas aux engagements qu'ils ont conclus avec les avocats de la défense et les justiciables (les négociations de plaidoyers sont maintenant légitimées par la magistrature).

a process whereby inducements are exchanged for cooperation by both sides of the bargaining table: the prosecution secures a plea of guilty from a defendant, in exchange for providing some form of leniency in the charge and/or recommended sentence (Hutchinson, 2006 : 177).

La définition que nous fournit ici Hutchinson (2006) traite aussi de la coopération, des échanges ou de l'engagement même du procureur de la Couronne lors des négociations de plaidoyer. Ce qui devient intéressant dans cette définition, c'est qu'elle intègre le caractère incitateur des négociations par le biais de compromis (qui peuvent parfois s'avérer illusoires) de la part des procureurs de la Couronne en offrant un certain niveau de clémence afin d'amener (ou de contraindre) les justiciables à coopérer, c'est-à-dire à plaider coupable. Sur le plan pratique, Hutchinson va jusqu'à dire que :

The basic deal is that defendants give up the right to go to trial and the chance for an acquittal and the Crown forgoes the opportunity for a stiffer sentence in exchange for a lighter one, thereby obtaining convictions without lengthy, expensive or uncertain trials (Hutchinson, 2006 : 177-178).

Ces dernières définitions démontrent clairement les aspects de marchandages, de négociations, de relations de pouvoir entre procureurs impliqués au sein de ce processus de négociation de plaidoyer.

Comme le note Piccinato (2004 : 1), sur le plan pratique, la négociation de plaidoyer se manifeste par le biais de plusieurs types de discussions entre procureurs et justiciables, « dont celles sur les accusations, sur la procédure⁹, sur la peine ou sur les faits reprochés, ainsi que celles visant à restreindre le nombre de questions en litige afin d'accélérer les procédures ». L'auteure souligne ainsi les divers aspects que peuvent comprendre les discussions lors de la négociation de

⁹ Dans la littérature sur la négociation de plaidoyer au Canada, l'étude de Piccinato (2002) est à notre connaissance la seule indiquant que la négociation sur un plaidoyer de culpabilité peut comprendre des négociations en termes de procédures. Nous avons donc inclus cette dimension dans notre corpus littéraire.

plaidoyer, soit des discussions sur : 1) les procédures; 2) faits de la cause; 3) les accusations ou les charges, et; 4) les sentences ou les peines (Piccinato, 2004).

1.2.2. La relation omniprésente entre gravité de l'infraction et négociations

Devant la rareté et les lacunes de la littérature et des études empiriques sur « l'étendue, la nature et les conséquences de la négociation de plaidoyer au Canada » (Gravel, 1991 : 5), une recherche sur cette problématique a été entreprise par Gravel et Baril (1990) au Centre international de criminologie comparée de l'Université de Montréal. Conduite au Palais de Justice de Montréal, cette étude a été réalisée à l'aide de diverses techniques de recherche, dont : l'observation *in situ* dans les tribunaux, l'étude approfondie des dossiers de meurtre ayant fait l'objet d'une négociation de plaidoyer, des entretiens avec les principaux intéressés¹⁰ et l'analyse des statistiques judiciaires (Gravel, 1991). L'un des principaux résultats de cette recherche est discuté plus en profondeur par Gravel (1991). Ce principal constat peut se lire comme suit : « L'étude confirme en effet que la négociation de plaidoyer ne constitue pas une pratique uniforme : nous avons découvert deux façons bien différentes de négocier selon la gravité des accusations portées » (Gravel, 1991 : 6).

Par rapport à ces deux façons, Gravel (1991) insiste sur l'écart différentiel qui existe entre les négociations de plaidoyer dans les affaires mineures¹¹ et celles qui caractérisent les plus graves, ce que Gravel appelle « les affaires d'homicide ». Nous présentons ici les résultats qui traitent de la négociation dans les affaires mineures; les négociations entourant les affaires d'homicides seront traitées dans la prochaine section puisque ces actes sont assujettis à des peines minimales et se mériteront donc, dans le cadre de cette thèse, une attention toute particulière.

¹⁰ C'est-à-dire les procureurs de la Couronne, les avocats de la défense, les juges ainsi que les victimes et les accusés.

¹¹ Bien que quelques délits contre la personne aient pu être observés, plus particulièrement des voies de fait et des agressions sexuelles simples, la majorité des délits entrant dans cette catégorie de négociations d'affaires mineures concernent des délits contre les biens (Gravel, 1991 : 7).

1.2.2.1. Le déroulement des négociations pour affaires mineures

Les négociations des affaires mineures dont nous parle Gravel (1991) se déroulent habituellement d'une manière relativement expéditive. Elles sont effectuées tant à l'extérieur qu'à l'intérieur de la salle de cour, lors d'une pause, voire pendant le déroulement de l'audience. Règle générale, seuls les procureurs font partie de cet arène de la négociation et consultent avec les parties respectives en retour (lorsqu'ils vont chercher le pouls ou le consentement de l'accusé, de la victime et de sa famille, du policier, du juge en Chambre ou autres acteurs impliqués de près ou de loin par le dossier en question). Policiers, accusés et victimes ne sont qu'occasionnellement impliqués dans les négociations. S'il y a lieu, les procureurs peuvent décider de consulter les juges en Chambre. Inversement, ces juges peuvent eux-mêmes les convoquer afin de les informer de « la sentence qu'ils imposeraient à l'accusé dans l'éventualité où ce dernier déciderait de reconnaître sa culpabilité » (Ibid : 8).

Ce qui caractérise bien les négociations dans les affaires mineures, d'après Gravel (1991 : 8), c'est la promptitude avec laquelle des ententes sont conclues, ceci considérant, pour les cas d'infractions mineures, « [le] peu de controverse qui entoure les discussions »; « quelques minutes seulement, voire quelques secondes, suffisent aux deux parties pour en arriver à un accord ». Portant rarement sur la « nature de la peine » à imposer aux justiciables, les négociations sont la plupart du temps des propositions de sentences de la part des procureurs de la Couronne aux avocats de la défense et sont émises seulement après l'« examen sommaire des circonstances du délit » (Ibid : 8-9). C'est alors que les ententes et les suggestions communes sur la sentence englobent la plupart des négociations faites par les procureurs dans les affaires dites mineures. Bien qu'ils puissent suggérer la nature de la sentence à être imposée, les juges gardent quant à eux pleine discrétion sur le quantum du montant de l'amende, du nombre de mois ou d'années de

probation ou d’incarcération (Ibid : 9). Lors des négociations, dans les quelques cas où il y a des conflits explicites engendrés par des points de vue différents entre les deux parties, les concessions faites de part et d’autre de la table des négociations ne sont la plupart du temps que négligeables (Ibid : 9).

En somme, dans les affaires mineures, les accords issus des négociations de plaidoyer semblent relever « davantage d’un processus routinier que de calcul rationnel » et les compromis « ne constituent pas un élément nécessaire et essentiel de la [relation de pouvoir qui pourrait surgir entre les procureurs lors de la] négociation » (Gravel, 1991 : 9-10).

1.2.2.2. Les stratégies face aux possibles échecs des négociations

Si l’on a pu considérer le procès comme étant l’antithèse découlant de l’échec des négociations sur un plaidoyer, à savoir que ce procès entretient une relation directe avec les négociations lorsqu’aucune entente sur le plaidoyer n’a pu être conclue entre les parties, les données de Gravel (1991) autour des délits mineurs ne nous permettent pas de soutenir la même observation. Lors des négociations, devant le manque de compromis ou de concessions de la Couronne, la défense voit rarement le procès comme étant une option. À ce sujet, les résultats de recherche de Gravel (1991) indiquent que les avocats de la défense ont développé des stratégies leur permettant de pallier aux échecs issus des négociations qui concernent des délits de moindre gravité. Voici comment elle aborde le sujet :

il semble exceptionnel que l’avocat de la défense choisisse de faire le procès lorsqu’il y a échec des négociations. Nous avons en effet constaté que devant l’impossibilité d’en arriver à un accord avec son confrère, l’avocat de la défense fait face à deux éventualités : 1) faire enregistrer un plaidoyer de culpabilité par son client et, le cas échéant, faire ses [propos]

représentations sentencielles au juge; 2) remettre la cause [à un autre jour] et tenter de s'entendre ultérieurement avec un autre procureur¹² (Gravel, 1991 : 10).

Gravel (1991) souligne qu'inversement, les procureurs de la Couronne ont eux aussi appris à juguler le manque de collaboration de leur vis-à-vis dans les négociations qui mettent en cause des affaires mineures. Elle explique, en cas d'impasse, les trois scénarios de négociation possibles pour la détermination de la peine :

lorsque les négociations se trouvent dans une impasse, [...] la Couronne proposera à son collègue l'un des trois scénarios suivant : 1) que chacun fasse ses représentations sentencielles au juge, ce qui sous-entend qu'il ne protestera pas avec vigueur à la suggestion de sentence de son confrère; 2) que les deux parties laissent la sentence à la discrétion du juge; 3) que le juge soit consulté hors cour : ce dernier indique la sentence qu'il imposera si l'accusé accepte de reconnaître sa culpabilité (Gravel, 1991 : 10).

Règle générale, même si l'avocat de la défense est en mesure de jouer le jeu d'une manière stratégique en demandant un ajournement des procédures afin d'avoir la possibilité de négocier avec un autre procureur de la Couronne, Gravel (1991 : 10) a observé qu'il finit généralement par acquiescer « à l'une ou l'autre des suggestions qui lui sont faites par la poursuite et règle le dossier par un plaidoyer de culpabilité ». En tenant compte des ententes conclues avec le procureur de la Couronne (qu'il soit nouveau au dossier ou non), les justiciables, suivant les incitations de leurs avocats, plaident majoritairement coupables (Ibid : 11). En somme, Gravel (1991 : 11) souligne que « l'échec des négociations » dans les cas de délits mineurs « ne se traduit pas [...] par la tenue du procès », mais bien par l'une ou l'autre des issues mentionnées.

¹² Gravel (1991 : 10) précise qu'à « l'exception des causes particulièrement graves comme celles de meurtre et de causes spécifiques comme celles d'agression sexuelle, les procureurs de la Couronne ne suivent pas la cause du début jusqu'à la fin des procédures. La plupart des procureurs [de la Couronne] sont plutôt assignés à une salle d'audience et sont saisis du dossier à une étape particulière du processus ».

1.2.2.3. Les négociations des ententes négociées et conclues

Lorsqu'il y a réellement eu une conclusion au niveau des ententes entre les procureurs, nous pouvons certainement nous en tenir à une « réduction » dont bénéficient les justiciables, garantie par l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité de ces derniers. Mais de quelles réductions parle-t-on ? Gravel (1991) nous parle soit d'une réduction au niveau des accusations portées contre les justiciables, soit d'une réduction de la sévérité de la sentence en intervenant directement sur la nature ou le quantum (la durée) même de la sentence.

1.2.2.4. Les accusations : la réduction qualitative et quantitative des accusations

L'étude de Gravel (1991 : 11) met en lumière deux types de réduction qui s'effectuent sur les accusations : une « réduction quantitative » et une « réduction qualitative ». La réduction qualitative des accusations signifie que le procureur de la Couronne a accepté de négocier avec l'avocat de la défense sur l'enregistrement d'un « plaidoyer de culpabilité à une infraction de gravité moindre » que celle dont l'accusé était initialement accusé. Nous pouvons penser ici à ce glissement (qualitatif) d'un plaidoyer de voies de fait graves à voies de fait simples. L'autre optique de cette réduction qualitative (et que Gravel (1991) ne nous permet pas de cerner) serait cette distinction qualitative opérée en relation à la peine : réduire la peine « carcérale » à une peine « non carcérale ». L'auteure fait cependant remarquer que cette réduction qualitative des accusations à d'autres de moindre gravité « constitue une pratique inhabituelle de la poursuite » dans les causes les moins graves (Gravel, 1991 : 12). Reste à savoir si cette réduction qualitative sur le plan des accusations ou de la peine est une pratique caractérisée dans les cas plus graves lors des négociations. Nous pensons entre autres choses aux crimes les plus graves (le meurtre) ou autres crimes impliquant des peines minimales prévues par la loi.

En ce qui a trait à la réduction quantitative des accusations, elle est une pratique plus régulière dans les négociations qui impliquent des affaires mineures. Elle s'opère de façon à ce que le procureur de la Couronne retire ou élimine certaines accusations qui pèsent contre un justiciable en l'échange d'un plaidoyer de culpabilité (Gravel, 1991 : 11). Cette réduction quantitative a été observée à maintes reprises par Gravel avec « le couple d'accusations vol/possession illégale de biens volés » (Ibid : 11). En acceptant un plaidoyer de culpabilité sur la charge de vol, le procureur de la Couronne s'engage à retirer l'autre charge qui pèse contre le justiciable, soit celle de possession illégale de biens volés (Ibid : 11). La même situation peut se produire avec le couple d'accusations « conduite avec facultés affaiblies/refus de fournir un échantillon d'haleine »; l'avocat de la défense qui est à la recherche d'une concession possible « pourrait tenter d'obtenir le retrait sur un chef d'accusation en échange d'un plaidoyer de culpabilité sur l'autre » (Ericson et Baranek, 1982 : 114). Par contre, ces réductions quantitatives d'accusations soulèvent inévitablement trois considérations interreliées.

D'abord, ces réductions quantitatives d'accusations ne sont pas « négociées » comme il est entendu dans le sens fort du terme. Dans les cas mineurs, les réductions quantitatives « ne font qu'exceptionnellement l'objet de discussions » explicites entre la Couronne et la défense puisque, la plupart du temps, la défense ne fait aucune mention à la Couronne des chefs d'accusation pour lesquels l'accusé compte plaider coupable; chacun sachant très bien par expérience « quel chef sera retiré » (Gravel, 1991 : 12).

Ensuite, lors des négociations, lorsque la Couronne fait le tri des accusations énoncées dans l'acte de dénonciation et retire certaines d'entre elles, Gravel (1991 : 11) note qu'elle aurait éliminé les mêmes accusations à la venue d'un procès (Ibid : 11). Autrement dit :

Ces retraits d'accusation se produisent lorsque les chefs d'accusation se recoupent ou, en d'autres mots, lorsque l'un des chefs d'accusation se trouve inclus dans l'autre : un des chefs doit alors être retiré parce que l'accusé ne peut, légalement, être reconnu coupable des deux chefs simultanément, en raison de la règle de droit qui établit qu'un individu ne peut être puni qu'une seule fois pour une même action prohibée (Ibid : 11).

Ce qui devient important de noter ici c'est que lorsque les « chefs d'accusations se recoupent ou [...] lorsque l'un des chefs d'accusation se trouve inclus dans l'autre », tel que le couple d'accusations vol/possession illégales de biens volés par exemple¹³, le procureur de la Couronne n'a nul autre choix que de retirer l'une des deux accusations (Gravel, 1991 : 11). Les discussions se centrent principalement sur la question de savoir « laquelle des deux [charges] pourraient faire l'objet d'un plaidoyer de culpabilité (en supposant que les preuves sont là) plutôt que de savoir si oui ou non il y aura un retrait d'une charge » (Ericson et Baranek, 1982 : 114; notre traduction). La Couronne et la défense n'entretiennent dès lors aucune discussion autour de la question de savoir « si oui ou non il y aura retrait d'une charge » en vue d'un accord; l'un et l'autre sachant très bien « à l'avance ce que l'accord est (sera) et n'est pas (ne sera pas) » (Ibid : 114 et 116; notre traduction). Dans ces types de cas où il y a eu négociation sur un plaidoyer, Sudnow (1965) explique qu'« il n'y a pas "d'accord" du tout, mais seulement l'acceptation des procureurs de la pratique qui existe sur la manière dont les cas normaux de ce type sont normalement traités » (cité dans Ericson et Baranek, 1982 : 116; notre traduction).

Comme Erickson et Baranek (1982) l'ont observé dans leur étude, la réduction (quantitative) des charges ne doit pas être confondue avec une concession de la part des procureurs

¹³ Les couples d'accusations suivants sont aussi considérés comme étant des infractions qui se recoupent ou incluses : vol/introduction par effraction en vue de vol, conduite avec facultés affaiblies/taux d'alcool supérieur à 80 mg par 100 ml de sang ou autre semblable (Gravel, 1991; Ericson et Baranek, 1982). Autrement dit, une infraction incluse ou qui se recoupe pourrait être le meurtre et l'homicide involontaire coupable; on ne peut pas être reconnu coupable de ces deux chefs d'accusation, on ne peut être reconnu coupable que de l'un ou l'autre. Par contre, s'il s'agit de conduite avec facultés affaiblies et du refus de donner un échantillon d'haleine, ce sont deux chefs d'accusation bel et bien distincts. L'individu peut être condamné pour les deux chefs et recevoir une peine pour chacun des chefs. La même chose vaut pour le vol et la possession de drogue.

de la Couronne puisqu'ils ne réduisent pas le nombre de charges lorsque : a) il y a un problème au niveau de la preuve sur la charge la plus élevée, b) il n'y avait aucune preuve sur laquelle procéder, et c) les charges étaient négligeables en comparaison avec les charges auxquelles l'accusé a plaidé coupable (Ibid : 116; notre traduction). En accord avec les résultats de Gravel (1991), Ericson et Baranek indiquent que :

[...] étant donné le grand nombre d'éléments qui entrent en considération dans les décisions judiciaires [qui déterminent] la culpabilité ou l'innocence et la sentence (peine), il est difficile de dire si quelqu'un dans un cas particulier pourrait s'en être "tiré plus à la légère" en plaidant non coupable qu'en acceptant un accord sur un plaidoyer de culpabilité, ou vice versa (Ibid : 116; notre traduction).

Ainsi, même si Ericson et Baranek soulèvent que les "discussions" sur un plaidoyer ont pour effet d'en arriver (ou non) à un accord sur le plaidoyer, ces discussions ou tractations doivent être interprétées autrement qu'en termes « d'avantages ou d'un marché » pour l'accusé (1982 : 116; notre traduction). Comme l'indique Feeley (1979), « ce que les avocats de la défense sont en mesure d'obtenir pour leurs clients lors d'une transaction sur un plaidoyer de culpabilité ne peut habituellement pas dévier (s'écarter, déroger, différer) du tarif et (ou) du taux en vigueur qu'ils ont fixé avec les agents de contrôle judiciaire » (dans Ericson et Baranek, 1982 : 116; notre traduction). Ceci amène Ericson et Baranek à souligner que lorsqu'un accord particulièrement avantageux est obtenu, que ce soit pour la défense ou pour la poursuite, « le processus [de négociation] fonctionne d'une manière capricieuse et erratique comparativement à ce qui se passe [ou devrait se passer] en temps normal » (Ibid : 116; notre traduction). C'est-à-dire que les ententes issues des négociations sont encadrées par une quelconque jurisprudence implicite ou un barème informel qui délimite les négociations qui sont acceptables en termes de concessions, compromis, sentences ou autre. Considérant que le juge doit entériner les ententes ou accords issus des négociations et qu'il est lui aussi au courant de ce barème informel, un « accord particulièrement avantageux » serait

interprétable dans le sens que la négociation pourrait s'être éloignée de ce qui est acceptable en l'espèce et ainsi soulever un doute, dans la tête du juge, sur la crédibilité de la négociation.

1.2.2.5. La sentence

Évidemment, outre la qualité et la quantité des chefs d'accusation, la sentence est aussi considérée dans ces processus de négociation. Gravel (1991 : 12) précise même que « la sentence constitue l'enjeu principal des négociations ». Ericson et Baranek (1982 : 115; notre traduction) observent la même chose : « la structure juridique au Canada fait en sorte qu'il est plus important de négocier au niveau des sentences que des charges ». En considérant que les juges canadiens sont plus enclins à conférer aux justiciables des sentences concurrentes que consécutives, les négociations visant à réduire le nombre de charges sont en effet moins susceptibles de faire une différence dans la détermination de la peine. Comme l'expliquent Ericson et Baranek, « une condamnation [négociée] sur une accusation réduite peut encore impliquer la même peine qu'une condamnation [non-négociée] sur l'accusation initiale » (1982 : 115; notre traduction).

Bien qu'elle semble s'avérer être « l'enjeu principal » dans les négociations, du moins pour le justiciable, la sentence n'est pas pour autant un élément prépondérant lorsque les négociations impliquent des délits de moindre gravité (Gravel, 1991 : 12). En effet, Gravel (1991 : 12) indique que lors des négociations, lorsque la Couronne et la défense arrivent assez « rapidement à un règlement qui les satisfait »; ils ont habituellement la « même perception du dossier » et leurs « accords [...] résultent d'une estimation réaliste de ce que vaut un cas ». Deux justifications viennent appuyer cette cohérence, voire cette convergence entre procureurs.

Par la voie de l'expérience, les procureurs se sont construit des barèmes informels, ce qui leur permet d'estimer plus facilement une « peine méritée » devant « les caractéristiques du délit

et du délinquant type » ou devant le « *modus operandi* et [le] profil psycho-social » de l'accusé (Sudnow, 1965 dans Gravel, 1991 : 12).

Par ailleurs, la concordance des opinions des procureurs sur un cas précis est aussi basée sur ces « tarifs ou [...] barèmes sentenciers informels » qui se sont développés à partir de la « pratique quotidienne de chacun des intervenants » (Gravel, 1991 : 13). Autrement dit, plus un délit ou une infraction est traité dans un tribunal, plus « le tarif qui lui est rattaché est précis » (Ibid : 13). En réduisant la discrétion que les procureurs pourraient avoir sur la sentence lors des négociations, ces tarifs (barèmes) sentenciers informels font en sorte que des ententes sur la sentence commune à proposer au juge sont rapidement conclues. Ces ententes sur la sentence démontrent conséquemment qu'il y a une « certaine homogénéité dans les sentences imposées à la suite d'une négociation de plaidoyer » dans les affaires mineures, l'harmonisation¹⁴ des peines en droit criminel est maintenue par ce processus expéditif d'une négociation (Ibid : 13). Inversement, les délits ou infractions qui ne sont que rarement traités dans un tribunal font en sorte que ce tarif (barème) de sentence devient plus incertain, car « plus difficile à identifier pour l'ensemble des intervenants », ce qui augmente *ipso facto* la discrétion de la Couronne, mais aussi celle de la défense lors des négociations qui traitent de la sentence à imposer aux justiciables (Ibid).

En résumé, Gravel (1991) démontre que les tarifs (barèmes) sentenciers informels, le manque de discrétion du procureur de la Couronne pour la réduction des sentences et l'insuffisance de ressource dont dispose l'avocat de la défense afin « d'exercer une certaine pression sur le

¹⁴ L'harmonisation des peines est un principe de détermination de la peine qui renvoi à cette idée que « l'infliction de peines [soient] semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables » (art. 718.2 b) du C.Cr.).

procureur de la Couronne » sont tous des éléments contribuant au fait que la réduction des sentences se révèle être généralement négligeable dans les affaires mineures (Gravel, 1991 : 13).

1.2.3. Les influences prépondérantes dans le jeu des négociations

Comme son titre l'indique, cette sous-section traite des différents facteurs ou éléments prépondérants pouvant intervenir dans le marchandage qui prend forme entre les parties impliquées dans l'arène des négociations de plaidoyer. Ils peuvent soit se rapporter à des limites, des contraintes, des pressions ou à des ressources, des atouts, voire des possibilités d'action pour les procureurs ou autre. Nous en traitons ici.

1.2.3.1. La preuve

D'après Gravel (1991), la preuve est l'élément le plus prépondérant dans les négociations, car tout dépendamment de sa solidité, elle peut venir jouer de part et d'autre de la table des négociations. Elle peut soit venir augmenter les concessions que la Couronne serait prête à faire jusqu'au retrait des accusations ou l'arrêt des procédures, soit faire en sorte qu'il y ait de l'inflexibilité chez la Couronne à négocier devant la solidité de sa preuve.

Évidemment, une « forte preuve place la poursuite dans une position privilégiée pour négocier » avec l'avocat de la défense ou le justiciable (Gravel, 1991 : 20). En effet, avec une preuve solide, la poursuite peut à tout instant « invoquer la menace du procès et les conséquences dramatiques que cela pourrait signifier pour l'accusé afin de contraindre l'avocat de la défense à accepter l'offre qu'elle lui propose » (Ibid : 20). Devant cette preuve, Gravel explique que l'avocat de la défense n'a guère de recours face à ce que lui offre la Couronne, et ce « même s'il la trouve inappropriée » (Ibid : 21).

Par contre, lorsque les preuves contre un justiciable sont moins solides, et « s'il ne veut pas courir le risque du procès », le procureur de la Couronne, ayant perdu « sa position de force, est [alors] obligé de faire preuve de souplesse » avec l'avocat de la défense et ses demandes (Gravel, 1991 : 21). Ceci place donc l'avocat de la défense dans une position plus privilégiée dans les rapports de force qui s'installent avec le procureur de la Couronne lors des négociations¹⁵.

1.2.3.2. La gravité de l'infraction et le degré de culpabilité morale de l'accusé

En parlant généralement d'infractions graves dont fait partie l'homicide, Gravel (1991 : 21) fait remarquer que dans « l'esprit du législateur, tous les meurtriers doivent être traités de la même façon ». En contrepartie, leurs crimes, quant à eux, peuvent varier en gravité et par conséquent se mériter des traitements différentiels. Par ailleurs, la culpabilité morale des délinquants est toujours un élément important à considérer. Et à ce titre, le mobile de l'infraction est significatif. Ainsi, si les circonstances, la gravité de l'acte et la culpabilité morale du délinquant peuvent justifier des traitements différents, dans les mêmes circonstances, même gravité, même type de personnalité, les meurtres et leurs auteurs seront traités de la même manière.

C'est exactement ce que Gravel (1991 : 21) souligne lorsqu'elle observe que « dans la pratique quotidienne des tribunaux, certains meurtres *sont jugés subjectivement moins graves que d'autres, selon les circonstances qui ont mené au crime et les protagonistes en cause* » (nos soulignés). Cette affirmation nous renvoie aux circonstances (aggravantes ou atténuantes) qui entourent une infraction et qui feront notamment l'objet d'une évaluation pénale (c'est-à-dire la gravité non pas objective d'une infraction, mais bien celle subjective). Elle nous renvoie aussi au

¹⁵ Dans cette position face à la poursuite, Poirier (1986) note que l'avocat de la défense se retrouve devant un dilemme pouvant être à la fois éthique, personnel ou professionnel : il doit choisir entre le fait de « négocier ou non alors que la probabilité d'un acquittement lors d'un procès, quoique faible dans certains cas, demeure bien réelle » (cité dans Gravel, 1991 : 21).

degré de responsabilité de l'accusé par rapport aux événements en cause. En pratique, Gravel (1991 : 21) remarque que la Couronne et la défense en viennent habituellement à « comparer la gravité des affaires d'homicides entre elles : [...] il y a des affaires plus sympathiques que d'autres. Ainsi, certains meurtres, de l'avis de tous, méritent clémence ». Pour déterminer, évaluer ou estimer « la gravité [d'un] délit », Gravel (1991 : 21) nous fait comprendre que la compréhension du mobile (motif), celui qui est inhérent à une action ou omission non conforme aux attentes normatives du droit criminel, devient dès lors essentielle. Un mobile événementiel qualifié de « sordide » place le procureur de la Couronne dans une situation difficile lors des négociations puisque la particularité du mobile limite alors les compromis ou les concessions qu'il pourrait vouloir faire, « à moins que les risques d'acquittements ou de condamnations à une accusation moindre ne soient élevés » (Gravel, 1991 : 21-22). *A contrario*, avec un mobile événementiel qualifié de « justifiable »¹⁶, le procureur de la Couronne consentira plus aisément aux demandes de l'avocat de la défense quant à son désir de « diminuer les accusations [...] et par ricochet, [...] la sentence » (Gravel, 1991 : 22).

1.2.3.3. *La compétence professionnelle des avocats*

Naturellement, « l'expérience et l'habileté professionnelle » qu'ont acquis les procureurs au fil des années est un autre facteur qui pèse dans la balance des négociations et de leurs résultats subséquents (Gravel, 1991 : 24). En effet, Gravel (1991 : 24) illustre qu'un procureur de la Couronne ou un avocat de la défense peut devenir beaucoup plus accommodant et flexible lors des négociations, ne serait-ce qu'en anticipant par exemple la menace (implicite ou explicite) d'un

¹⁶ Ces motifs « justifiables » se réfèrent à ces individus qui ont posé des gestes sous l'emprise, par exemple, de la provocation, de la peur, de la colère. Lorsque tel est le cas, la Couronne s'assurera que l'individu n'a pas d'antécédents judiciaires, qu'il regrette son geste, qu'il éprouve des remords et qu'il a collaboré avec les autorités (Gravel, 1991 : 22).

procès devant un « adversaire professionnellement aguerri [qui], possédant très bien l’art de l’interrogatoire, du contre-interrogatoire et de la plaidoirie, [...] s’est établi avec les années une réputation de gagnant ». En somme, l’expérience, les savoirs accumulés et la réputation de « l’avocat le plus combatif et le plus compétent », place dès lors le procureur dans une position privilégiée par rapport aux néophytes, ce qui constitue – face à la menace d’un procès – « un atout dans le jeu » des négociations (Ibid : 24).

1.2.3.4. La couverture médiatique du dossier

L’exposition médiatique et l’attention que porte le public (l’opinion publique) sur un dossier en particulier sont d’autres éléments qui peuvent parfois limiter la discrétion du procureur de la Couronne quant au fait de négocier un plaidoyer de culpabilité ou non (Gravel, 1991 : 24). Dans les cas où il y a beaucoup d’attention de la part des médias et du public, la Couronne peut refuser toute négociation et ainsi « suivre la procédure officielle et faire le procès » afin de se protéger contre l’émergence de possibles attaques ou critiques externes (Ibid : 24). Comme l’indique Euvrard et Leclerc (2015 : 207), « la pression des médias et de l’opinion publique pousse le procureur à rendre des comptes en cas de sentence jugée « bonbon » et ces derniers ne veulent pas en être personnellement tenus responsables ». Si la Couronne prend par contre la décision de s’engager dans des négociations, elle sera désormais plus prudente et plus « stricte face aux demandes de l’accusé », ce qui vient dès lors limiter les concessions qu’elle serait prête à faire en temps normal (Ibid : 24).

Tout comme le souligne Grosman (1971), la couverture médiatique d’un dossier peut en arriver à limiter les compromis ou concessions acceptables de part et d’autre de la table des négociations. Dans le but d’éviter les attaques ou critiques d’une justice « négociée », la Couronne sera davantage sur ses gardes face aux négociations. Par contre, le fait de consigner des notes aux

dossiers par exemple et d'aller chercher le consentement des supérieurs sur les possibles ententes ou accords, est pratique courante. Le but est de rendre les transactions les plus transparentes possibles dans l'éventualité où l'on devait demander que lumière soit faite sur un dossier en particulier. La couverture médiatique ne bloque pas l'accès aux négociations; la Couronne peut être sur ses gardes, mais elle ne l'est pas nécessairement si elle valorise l'indépendance judiciaire.

Par ailleurs, Euvrard et Leclerc (2015 : 207) mettent aussi de l'avant l'envers de la situation, soit que « parfois, selon la cause, [la] visibilité [médiatique] peut susciter la sympathie du public et encourager alors le procureur à plus de concessions (toujours par crainte de la réprobation publique) ». C'est alors que la médiation d'une cause ne vient pas seulement limiter les négociations en termes de concessions et de compromis, mais aussi favoriser l'avocat de la défense et ses rapports de force (Euvrard et Leclerc, 2015).

1.2.3.5. Les relations interpersonnelles

Tel que l'ont fait remarquer les études qui problématisent la négociation de plaidoyer, de nombreux avocats, de part et d'autre de la table des négociations, semblent penser que les « relations cordiales » entre collègues ont pour effet de « favoriser les négociations » (Gravel, 1991 : 24). Grosman (1971 : 466) démontre empiriquement que « l'arrangement et le compromis par le truchement du plaidoyer de culpabilité » sont assujettis « à la fantaisie de l'échange de bon procédé [...] ou à l'instabilité des relations réciproques » entre procureurs. Le déroulement des négociations en vue d'obtenir un plaidoyer de culpabilité est en effet influencé par les « rapports de confiance et [les] liens étroits [qui existent ou non] entre les intervenants du système judiciaire » (Commission canadienne sur la détermination de la peine, 1988 : 40).

Comparativement à un bon nombre d'études réalisées sur la négociation de plaidoyer, celle de Grosman (1971 : 444) est plus particulièrement importante pour nous puisqu'elle décrit plus spécifiquement ce système d'échanges réciproques au niveau du pouvoir de discrétion de la Couronne et des pratiques hors procès dont fait partie la négociation sur un plaidoyer de culpabilité. Elle met à jour cette dynamique relationnelle qui règne entre procureurs là où les peines minimales ne sont pas impliquées dans les négociations.

En s'inspirant du « phénomène social de la formation des groupes » pour comprendre et mieux cerner les liens qui se forment entre les procureurs à l'intérieur du système juridique et du dispositif de la poursuite criminelle, Grosman souligne que :

Des liens sociaux se nouent au sein de la communauté légale quand des services sont rendus et que le bénéficiaire en exprime sa gratitude, le cas échéant, en rendant à son tour les mêmes services. Si ce même bénéficiaire se prête subséquemment à des échanges analogues, cela indique chez lui un sentiment d'appréciation qui engendre d'autres échanges, et c'est ainsi que s'établit le lien social entre les deux. *La notion de confiance est à l'origine de tout échange de services ou de faveurs et elle en est le moteur.* La continuité des rapports basés sur la confiance [...] réunit [la Couronne et la défense] dans un nouveau cercle de relations sociales (Grosman, 1971 : 439; nos soulignés).

C'est alors cette « réciprocité des échanges » basée sur la confiance entre acteurs (procureurs) qui assure un bon déroulement continu, progressif et évolutif « des engagements réciproques et de l'interrelation de leurs actions respectives »¹⁷ (Grosman, 1971 : 440). Considérant que les relations réciproques entretenues entre procureurs sont « normalisées selon des règles acceptées et respectées de part et d'autre », elles ne sont « assujetties à aucune mesure

¹⁷ L'auteur note que « les relations d'échange ou de confiance réciproque » n'apparaissent pas du jour au lendemain, mais qu'elles « évoluent selon un processus lent » qui débute par l'expérimentation (Grosman, 1971 : 440). La confiance qu'un procureur confèrera à autrui et les risques qui y sont associés sont minimes dans cette phase; l'appréciation en termes de réciprocité des services ou faveurs construit la confiance (Ibid). Autrement dit, « l'accroissement graduel des échanges de services réciproques s'accompagne parallèlement de l'accroissement de la confiance mutuelle » (Ibid : 440).

de contrainte externe » puisqu'elles s'exercent « selon une gamme de rapports mutuels dénués de tout formalisme » (Grosman, 1971 : 440).

1.2.3.6. La dynamique des pourparlers ou des tractions entre procureurs

Comme nous l'avons indiqué, cette idée de la réciprocité¹⁸ – basée en grande partie sur la confiance – semble être un des éléments les plus prépondérants dans cette relation entre les procureurs. La poursuite entretient des « relations réciproques avec les avocats disposés à donner en retour », pas avec ceux qui lui paraissent indifférents à l'égard de la réciprocité (Grosman, 1971 : 447). D'après Phillips (1964 dans Grosman, 1971 : 447), les pratiques liées à la négociation sont basées sur un système d'échanges réciproques – observable lors de la divulgation de la preuve, de la négociation sur un plaidoyer, du désistement ou du sursis des procédures ou autre – et constituent en soi des « formules constructives » des acteurs du système de droit criminel afin de favoriser les « visées administratives [des tribunaux] relativement à la disposition des causes ». Pour ainsi pallier aux lacunes managériales et aux imperfections du système de droit criminel¹⁹, la réciprocité entre les procureurs permet la collaboration et la mise en œuvre de pratiques hors procès qui s'avèrent fort efficaces; les procès deviennent dès lors moins nombreux dans la « vie quotidienne de la justice criminelle en Amérique du Nord » (Ibid : 447-448). Dans un tel contexte, ce n'est qu'en dernier recours que les accusés risquent le procès. Quant aux avocats, ils se montrent

¹⁸ Idée de réciprocité qui n'est pas sans rappeler celle que soulignait Marcel Mauss dans ses écrits sur le don et le contre-don, soit ces « rocs humains sur lesquels sont bâties nos sociétés » (Mauss, 1923-1924 : 8). Il explique dans ses études que « [d]ans les choses échangées [...] il y a une vertu qui force les dons à circuler, à être donnés, à être rendus » (Ibid : 57). Il élabore davantage en indiquant que « [s]i on donne les choses et les rend, c'est parce qu'on se donne et se rend « des respects » – nous disons encore « des politesses ». Mais aussi c'est qu'on se donne en donnant, et, si on se donne, c'est qu'on se « doit » – soi et son bien – aux autres » (Ibid : 66). En somme, il énonce que « [l]a poursuite brutale des fins de l'individu est nuisible aux fins et à la paix de l'ensemble, au rythme de son travail et de ses joies et – par l'effet en retour – à l'individu lui-même » (Ibid : 100).

¹⁹ En ce qui a trait aux lacunes managériales et aux imperfections du système, nous pouvons faire référence ici à la surcharge des tribunaux, à l'impossibilité de mettre en œuvre un procès pour chacune des causes criminelles qui entrent dans les mailles du système et aux ressources limitées des acteurs judiciaires.

plus ouverts dans la négociation afin de favoriser, par des arrangements qui leur sont « plus ou moins avantageux », une résolution de conflit moins coûteuse que le procès en termes de temps et de ressources (Ibid : 448-449). Ceci dit, les conflits demeurent possibles, qu'il y ait collaboration entre procureurs ou non.

Pour analyser cette « zone stratégique » d'interaction entre les procureurs, où le but est d'arriver à un compromis lors des négociations, Grosman (1971b : 455) utilise la « théorie du jeu » qui lui permet de « synthétiser les problèmes sociaux et de faire l'analyse du comportement à la lumière des réponses révélatrices des sujets qui se débattent dans des situations de conflits ». Deux « distinctions fondamentales » se dessinent à l'aide de cette théorie : « les jeux dits à "somme zéro" et à "somme non zéro" » (Grosman, 1971 : 455). Le jeu à « somme zéro » fait référence au fait que l'un des procureurs perd tandis que l'autre gagne; évoquant ainsi cet aspect du procès, que ce soit le procureur de la Couronne ou l'avocat de la défense, l'un des deux l'emporte sur la partie adverse (Grosman, 1971 : 455). Inversement, le jeu à « somme non zéro » renvoie à cette idée du « jeu du marchandage » entre procureurs, « [l]es deux peuvent gagner, les deux peuvent perdre, ou l'un perd pendant que l'autre gagne, [...] les gains ou les pertes ne sont pas nécessairement en parts égales » (Grosman, 1971 : 455). Autrement dit et comme le décrit Grosman (1971b), ce jeu à « somme non zéro » équivaut à maints égards aux conflits d'intérêts puisque les négociations ouvrent la voie à l'intégration ou à la coopération entre procureurs même si ces derniers ont certains intérêts (objectifs) qui sont purement opposés. Dans le but d'en arriver à une entente, les procureurs marchandent, font des concessions de part et d'autre dans ce jeu d'interaction, d'intégration, et ce « grâce à la formule coopérative » (Grosman, 1971 : 455). Dans cette arène du jeu « somme non zéro », tout comme dans celle du conflit d'intérêt, tous ont intérêt à coopérer, ne

serait-ce que minimalement, afin d'en retirer des avantages (par exemple, pour la Couronne, sécuriser un plaidoyer et pour la défense, recevoir une concession pour son client).

Considérant que les « résultats ou [les] avantages » du marchandage sont tributaires de la qualité de la coopération et des échanges (actions ou omissions) réciproques entre procureurs, Grosman (1971b : 455) démontre que des opportunités de négociations peuvent prendre place lorsque « les résultats de leurs ententes ont un caractère [plus] bénéfique et continu » que le fait de s'engager dans un procès. Ainsi, la « communication et [les] ouvertures » à la négociation sont accentuées lorsqu'il y a coopération mutuelle entre les procureurs. L'auteur note à cet effet que :

Dès que les motivations ont été établies de part et d'autre, et ont été clairement définies sous l'impulsion des avantages dont l'anticipation a pour effet d'atténuer le risque ou le coût de l'opération, les intéressés auront vite fait de reconnaître que la coopération, comme fondement de leur action respective, constitue une formule d'ajustement plus appropriée (Grosman, 1971 : 456).

Pour l'avocat de la défense, ces « relations réciproques ou à base de coopération » lui permettent d'en obtenir davantage de la part du procureur de la Couronne; devant la communication et les ouvertures sur une cause en question, il peut : évaluer ses chances en procès ou les risques qui y sont associés « sans s'exposer à la perte d'un procès », obtenir plus aisément des « remises » ou « compter sur la bienveillance du procureur [de la Couronne] pour conclure des plaidoyers de culpabilité sur des offenses plus légères », ou encore économiser ses ressources en termes de temps et d'argent (Grosman 1971b : 456). Du point de vue de la Couronne, les relations réciproques à base de coopération lui permettent d'atteindre des « résultats plus positifs » (Ibid : 456) puisqu'elles font en sorte d'éviter que les parties s'engagent dans plusieurs procès et les risques qui leur sont associés (c'est-à-dire, les incertitudes au niveau de la condamnation). Subséquemment, la Couronne « assure la bonne gouvernance de l'institution [et] l'écoulement des

causes » par l'efficacité d'une négociation prompte avec un avocat de la défense vu d'un bon œil (Ibid : 456).

Le tout démontre très bien que le procureur de la Couronne est celui qui reçoit la plupart du temps des demandes de services de la part de l'avocat de la défense, ce dernier lui concédant ainsi, par ricochet, un « certain prestige et [...] une certaine supériorité de leurs rapports communs » (Grosman, 1971 : 456). Concernant le pouvoir dans ce système d'échanges réciproques au sein de l'appareil judiciaire, Blau (1964 : 22) remarque que « l'individu qui détient les atouts dont les autres ont besoin, sans pour autant être tributaire des leurs, exerce sa domination sur les autres en les gratifiant de ce dont ils ont besoin, et peut donc compter sur leurs bons offices » (cité dans Grosman, 1971 : 446). Considérant que ce sont les avocats de la défense qui demandent majoritairement des services à la poursuite dans ce système d'échanges réciproques, il se présente alors en état de sujétion à l'égard de cette supériorité que prend le procureur de la Couronne (Ibid : 446 et 456). L'intensité de ce système d'échanges réciproques dépend entièrement du pouvoir discrétionnaire de la poursuite étant donné son « rôle d'expert et sa puissance » (Ibid : 456).

Le système du droit criminel légitime et accorde une place importante aux négociations entre procureurs où « la divulgation [de la preuve] et les options permises » sont discutées dans le but non pas d'éviter un procès, mais d'y avoir recours en dernière instance (Grosman, 1971 : 457). Sans dire pour autant que la Couronne a un pouvoir absolu lors des négociations, il n'en demeure pas moins qu'elle doit aussi, tout comme la défense, mettre « à profit une source de compromis [afin] de conserver le système des relations réciproques » (Ibid : 457). C'est pour cette raison que Grosman (1971b : 457) souligne que l'avocat de la défense apprend vite comment se comporter face à ce vis-à-vis de façon à ce qu'il puisse continuer de bénéficier de cette « flexibilité qui entoure les diverses options facilitant le règlement de la cause ».

Nous avons vu dans cette section comment fonctionne plus concrètement ce dispositif de négociation et ce qu'il implique, notamment dans les affaires mineures où aucune peine minimale n'est prévue. Nous avons aussi mis sur table les différentes rationalités et stratégies des procureurs afin de négocier, de même que les éléments et facteurs qui en viennent à influencer les négociations. Il nous faut encore couvrir ce que la littérature peut nous apprendre sur la présence de peines minimales dans ces processus de négociation. La prochaine section se penche sur cette question.

1.3. Les peines minimales et les négociations

Dans ce qui suit, nous nous tournons vers les recherches qui se sont plus spécifiquement penchées sur l'impact des peines minimales dans la pratique de négocier sur un plaidoyer de culpabilité. Nous voulons voir, dans ce cadre, ce que la littérature peut nous apprendre sur ce que peuvent signifier, pour la dynamique des négociations, l'augmentation récente et notoire du nombre de peines minimales prévues dans le droit criminel canadien.

Dans l'optique d'anticiper les effets de ces nouvelles vagues de peines minimales au Canada, la recherche de Martin (2001) établit des liens avec la situation des États-Unis, notamment en ce qui a trait à la manière par laquelle les procureurs de la Couronne utilisent la menace que représentent les peines minimales pour « recruter » des informateurs²⁰ au sein du système de droit criminel. Martin (2001) montre en effet comment les procureurs de la Couronne utilisent les peines minimales comme levier afin d'extraire des informations en échange de peines réduites. Pour Martin (2001), l'imposition d'une peine moins contraignante – qu'elle soit minimale ou non – en l'échange d'un plaidoyer de culpabilité lors des négociations, impliquent des avantages qui sont bien concrets pour les accusés.

Lorsque l'infraction du justiciable est passible d'une peine minimale, l'accusé a alors le choix de soit s'engager dans un procès risqué où il peut être condamné à une peine minimale d'emprisonnement, soit de plaider coupable à une infraction qui ne serait pas passible d'une peine minimale. Mise de l'avant lors des négociations, la possibilité d'éviter une peine minimale devient clairement un incitatif qui peut amener l'accusé à plaider coupable (Martin, 2001). Ulmer et al.

²⁰ Aux fins de cet exposé, le point de focalisation de notre argumentation sera davantage axé sur les constats généraux que Martin (2001) a identifiés sur les effets qu'ont les peines minimales dans les négociations et pour le système de droit criminel.

(2007) observent à cet effet que le pouvoir discrétionnaire des procureurs de la Couronne est ainsi utilisé comme un outil de persuasion qui consiste à menacer l'avocat de la défense de poursuivre l'accusé pour les infractions initiales sujettes aux peines minimales si celui-ci refuse toute entente sur le plaidoyer. Lors des négociations sur un plaidoyer de culpabilité, cet outil permettrait ainsi d'obtenir des aveux de culpabilité chez l'accusé qui autrement persisterait à plaider non coupable. De là, Martin (2001) indique que (la peur de) l'emprisonnement que prévoit la peine minimale est un élément utile permettant à la Couronne de convaincre les avocats de la défense et les accusés de négocier sur un plaidoyer de culpabilité.

Martin (2001) explique que les procureurs de la Couronne qui souvent ne peuvent se permettre un nombre illimité de procès controversés, ont besoin d'outils susceptibles d'encourager l'accusé à plaider coupable. Les peines minimales permettent à la Couronne d'obtenir des condamnations qui leur auraient été plus difficiles autrement, mais aussi de réduire leurs incertitudes quant à l'issue d'un éventuel procès (Ulmer et al., 2007). Ce procédé « pervers » de l'utilisation des peines minimales dans le but d'obtenir des plaidoyers de culpabilité, précisent Ulmer et al. (2007), permet de faire en sorte que les cas se déplacent rapidement à travers le système de droit criminel. Ce faisant, les procureurs s'assurent par ailleurs de la certitude d'une conviction. Pour Martin (2001) : 517; notre traduction), « la résolution rapide et efficace des cas et des charges est essentielle à [la] légitimité » du système du droit criminel, car elle démontre que justice est promptement rendue. D'ailleurs, poursuit-elle, « l'histoire suggère que tout ce qui promet de livrer ce résultat [dans le système] est favorablement accueilli » (Ibid : 517).

Le tout peut faire en sorte que les dispositifs particuliers des poursuites criminelles au sein desquels sont utilisées les peines minimales et les incitations aux plaidoyers de culpabilité aient « des conséquences involontaires [et ainsi] gravement préjudiciables » pour l'accusé, mais aussi

pour le système de droit criminel au sens large (Martin, 2001 : 518; notre traduction). Considérant que la menace inhérente aux peines minimales accentuera les négociations sur un plaidoyer de culpabilité, Martin (2001) est d'avis qu'elle augmentera aussi le nombre de personnes qui, ne voulant pas courir le risque de recevoir une peine minimale d'emprisonnement, plaideront coupable à des infractions qu'ils n'ont pas nécessairement commises. Lesdites peines minimales induisent ainsi des distorsions considérables dans le système du droit criminel, la plus grave et funeste étant la condamnation d'un « innocent pour un crime qu'il n'a pas commis » (Ibid, 518; notre traduction). C'est alors, pour cette auteure, « l'échec du système de droit criminel » (Ibid : 518; notre traduction). Bien que les peines minimales semblent servir les intérêts de plusieurs, elles augmentent aussi le risque d'injustice, « le côté obscur [...] est que certains de ces plaidoyers de culpabilité sont soutirés à des accusés réellement innocents » (Ibid : 514; notre traduction).

Cette assertion que certains innocents seraient enclins à plaider coupable devant les avantages qu'ils retirent des négociations, ne serait-ce que par le fait d'éviter l'incertitude que peut représenter le procès en termes de condamnation (verdict), le cas échéant, de la détermination de la peine, n'est pas nouvelle. L'observation était valide bien avant l'augmentation du nombre de peines minimales dans le droit criminel canadien. En revanche, par rapport à ce problème déjà existant, on peut sans doute considérer les peines minimales comme un « facteur aggravant ». Elles viennent effectivement accentuer le problème en ce qu'elles représentent, pour la poursuite, plus de certitude dans la détermination de la peine. Autrement dit, l'accusé dit innocent aura plus tendance à négocier une sentence réduite avec la Couronne lorsqu'il sait exactement ce à quoi s'attendre s'il est condamné par l'entremise d'un procès. Il ne peut pas en effet compter sur la clémence du juge ni même, à ce stade, sur celle du procureur de la Couronne dans sa recommandation au juge. Deux options raisonnables s'ouvrent ici : l'accusé peut soit risquer le

procès et espérer ne pas être reconnu coupable, soit accepter ce que lui propose la Couronne lors des négociations.

En réduisant ainsi l'incertitude pour la Couronne quant à l'issue d'un dossier comportant des minimums, les accusés seront dès lors davantage portés à enregistrer un plaidoyer de culpabilité – à une sentence réduite, si l'occasion se présente – que d'aller à procès pour tenter de « battre » le minimum. Toutes choses étant égales dans ce dispositif de négociation, les peines minimales accentuent ce paradoxe pour l'accusé (procès versus négociier) et augmentent du même coup la certitude chez la Couronne par la réduction de ses incertitudes au niveau de la condamnation et de la détermination de la peine.

Mais pourquoi les accusés seraient plus tentés d'accepter de négocier que de battre le minimum par un acquittement au procès ? Deux scénarios peuvent être ici considérés. Si l'accusé (ou la défense) pense pouvoir être acquitté, il peut tenter sa chance au procès puisqu'il n'a rien à perdre. Ce raisonnement peut aussi être effectué par l'accusé (ou la défense) devant le manque de concession de la part de la Couronne. Si l'accusé (ou la défense) est convaincu d'être condamné au procès, plutôt que d'espérer la clémence d'un juge, il tentera davantage d'aller chercher cette clémence dans les négociations avec la Couronne. L'idée ici, c'est ce transfert de l'espoir de clémence, de celle du juge à celle de la Couronne. Pour le dire en d'autres termes, c'est ce transfert du pouvoir de discernement du juge en matière de détermination de la peine du juge aux procureurs de la Couronne.

À partir des évidences tirées de la situation des États-Unis, Martin (2001) suggère qu'il y aura plus d'erreurs judiciaires si la tendance d'une plus grande utilisation de peines minimales se poursuit au Canada. Par contre, il importe ici de nuancer cette idée d'erreur judiciaire. Pour nous, une erreur judiciaire correspond plutôt à la condamnation d'une personne innocente qui a maintenu

son plaidoyer de non culpabilité tout au long des procédures; l'erreur judiciaire est entièrement indépendante de la manière de plaider d'un accusé. Par exemple, si une personne est déclarée coupable d'avoir fait un crime alors qu'elle ne l'a pas fait, c'est une erreur judiciaire. Ce à quoi fait référence Martin (2001) lorsqu'elle parle d'erreur judiciaire correspondrait plutôt pour nous à une forme d'injustice. Nous croyons effectivement, en ce sens, que les peines minimales augmenteront en effet les injustices dans le système du droit criminel. Certains accusés, après avoir été reconnus coupables par l'entremise d'un procès ou à la suite d'une négociation (qui implique une concession sur la sentence ou non) risquent aussi d'écoper de peines disproportionnées. Cette idée d'injustice rejoint d'ailleurs ce que Martin (2001) indique lorsqu'elle souligne qu'un « régime de détermination de la peine qui repose en grande partie sur des peines minimales peut être gravement préjudiciable à un système de droit criminel *juste* » (Martin, 2001 : 518; notre traduction et nos soulignées).

En ce qui a trait plus particulièrement au rôle que peuvent venir jouer les peines minimales lors des négociations sur un plaidoyer de culpabilité, l'objectif du rapport de Meredith et al. (1994 : vii; notre traduction) était « d'assembler et d'analyser plusieurs des données²¹ concernant l'application et l'efficacité de l'article 85 du *Code criminel* du Canada » (C. Cr.); cet article avait pour but d'imposer une peine minimale d'un an d'incarcération – obligatoire et consécutive (non concurrente) – aux délinquants reconnus coupables d'avoir utilisé une arme à feu dans la commission d'une infraction (Meredith et al., 1994, paraphrasés dans Roberts, 2005 : 10).

Les résultats de l'étude de Meredith et al. (1994 : vii) démontrent que ces chefs d'accusation faisaient fréquemment l'objet d'une négociation sur un plaidoyer par les procureurs.

²¹ Plusieurs sources d'informations ont été utilisées afin de conduire cette recherche, entre autres, des entretiens téléphoniques avec des procureurs de la Couronne et des juges (Meredith et al, 1994).

Les auteurs précisent qu'environ « la moitié aux deux tiers des accusations » portées en vertu de l'article 85 du C. Cr. ont été « suspendues, retirées ou rejetées », et ce notamment en l'échange d'un plaidoyer de culpabilité lors des négociations (Ibid : ix; notre traduction). D'autant plus, ils notent que « cette proportion élevée a été observée en dépit des directives politiques explicites de plusieurs provinces exigeant aux procureurs de la Couronne de poursuivre vigoureusement ces cas », mais aussi de « réduire la fréquence avec laquelle les charges portées en vertu de l'article 85 du C. Cr. font l'objet de négociations sur le plaidoyer » (Meredith et al., 1994 : viii-ix; notre traduction). Cette décision de poursuivre ou non un accusé sous l'article 85 du C. Cr. relève de la compétence du procureur de la Couronne et plus souvent qu'autrement, ce dernier mettait à l'écart ce chef d'accusation assujéti d'une peine minimale d'un an en l'échange d'un plaidoyer de culpabilité. L'avantage est bien apparent : l'accusé évite (au moins) un an d'incarcération. Autrement dit, les données empiriques issues de cette étude démontraient que cette peine minimale (associée à cet article du Code) entraînait majoritairement « la suspension ou le retrait des accusations, ou encore une négociation de plaidoyer en vue de faire modifier les chefs d'accusation parce que les avocats du ministère public [la] jugent » trop sévère (Meredith et al., 1994, paraphrasés dans Raaflaub, 2006 : 3).

Le tout devient encore plus apparent quand Meredith et al. (1994) démontrent que lorsque les procureurs de la Couronne s'engagent dans un procès avec l'article 85 du C. Cr., « la probabilité d'une condamnation [est] plus faible » (paraphrasés dans Roberts, 2005 : 10). En somme, « les PMO (peines minimales obligatoires) ne donnent pas nécessairement lieu à des sanctions fermes et uniformes et peuvent produire des effets accessoires » ou des conséquences non anticipées lorsqu'elles font partie intégrante des négociations sur un plaidoyer de culpabilité (Meredith et al., 1994 paraphrasés dans Raaflaub, 2006 : 3).

Ces études montrent bien quels types de « jeux » de négociations les peines minimales viennent favoriser au sein du système de droit criminel. Elles montrent en effet comment les acteurs en arrivent à « jouer » sur le caractère infaillible des sentences minimalement obligatoires en continuant d'administrer, de l'interne, l'applicabilité des peines minimales dans ce « jeu » de la négociation de plaidoyers.

1.3.1. Négociations et peines minimales : les affaires d'homicides

La deuxième partie de l'étude de Gravel (1991 : 14) – étude mentionnée dans la deuxième section du présent chapitre – traite des négociations dans les affaires d'homicides incluant « meurtre au premier degré, meurtre au deuxième degré, homicide involontaire coupable et négligence criminelle causant la mort ». La pertinence de cette partie de l'étude de Gravel (1991) s'observe en relation avec les chefs d'accusation assujettis à une peine minimale, en l'occurrence le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré. Comme l'explique Gravel :

Pour les infractions de meurtre, la peine minimale obligatoire prévue au Code criminel [du Canada] est l'emprisonnement à perpétuité. L'accusé est admissible à une libération conditionnelle après au moins 25 ans de détention lorsqu'il s'agit d'un meurtre au premier degré, et au moins 10 ans lorsqu'il s'agit d'un meurtre au second degré. Toutefois, dans ce dernier cas, le juge possède la liberté d'augmenter le délai préalable à la libération conditionnelle à au plus 25 ans, si des circonstances exceptionnelles le justifient. Quant aux infractions d'homicide involontaire et de négligence criminelle, elles sont également passibles de l'emprisonnement à perpétuité, mais il s'agit d'une peine maximale : aucune peine minimale n'est prévue pour ces deux infractions (Gravel, 1991 : 15).

1.3.1.1. Le déroulement des négociations

Gravel (1991 : 15) note que le marchandage entre procureurs dans le but d'en arriver à un compromis et à « un éventuel plaidoyer de culpabilité » de l'inculpé est beaucoup plus laborieux

dans les affaires d'homicide – « propositions et contre-propositions se succèdent avant d'en arriver à un [possible] accord ».

Toujours dans ce « procédé transactionnel » où l'inculpé n'enregistrera un plaidoyer de culpabilité que s'il y obtient certaines « concessions » de la part du procureur de la Couronne, Gravel (1991 : 16) fait remarquer que dans les affaires d'homicides, les négociations sont « avant tout gouvernées par le rapport de force existant entre les deux parties ». La validité de la preuve devient donc l'élément le plus prépondérant dans cette relation de pouvoir. De par la menace omniprésente du procès que fait régner les procureurs de la Couronne, mais aussi, du point de vue des avocats de la défense, devant l'imprévisibilité et le manque de constance dans les décisions rendues par les jurys²², ces derniers privilégient davantage un plaidoyer de culpabilité qu'une lutte publique visant à contester les accusations (Gravel, 1991).

Il est important de noter, comme le fait Gravel (1991), que dans le cas d'homicides et de peines minimales d'emprisonnement à perpétuité, « [d]ès le départ, cette situation (peine minimale) déséquilibre le rapport de forces en faveur de la poursuite » (Gravel, 1991 : 16). Un choix s'impose alors à l'avocat de la défense et à l'accusé :

risquer le procès, lequel peut se terminer à un extrême par un acquittement et à l'autre extrême par une condamnation à l'accusation originale et l'emprisonnement à perpétuité, ou plaider coupable à une infraction moindre et se voir imposer une sentence moindre. Devant une telle alternative, certains individus sont tentés, malgré les possibilités réelles d'acquittement, de renoncer à un procès qui pourrait se terminer par une condamnation (Gravel, 1991 : 16).

²² À noter ici que la grande majorité des procès pour les affaires d'homicides sont des procès aux assises, c'est-à-dire qu'elles se déroulent devant le juge et le jury.

Sur les compromis ou les accords obtenus par des concessions mutuelles de part et d'autre de la table des négociations, les résultats de recherche auxquels arrive Gravel (1991) se rangent en faveur de la réduction de l'accusation et des suggestions communes de sentence.

1.3.1.2. Les négociations et les compromis sur les accusations

À la lumière de la distinction fondamentale que nous avons déjà effectuée sur la réduction quantitative et la réduction qualitative des accusations, dans les cas d'homicides (meurtre au 1^{er} et 2^e degré), lorsqu'il y a des peines minimales ou uniques impliquées dans les négociations sur un plaidoyer, une réduction qualitative²³ des accusations s'impose d'abord et avant tout pour que les accusés puissent « bénéficier d'une éventuelle réduction de sentence » (Gravel, 1991 : 18). En effet, c'est au niveau de cette réduction qualitative des accusations que l'avocat de la défense et son client trouveront le meilleur compte au niveau de la sentence. Par exemple, un individu accusé de meurtre au 1^{er} et 2^e degré sera ainsi « favorisé » ou s'exposera à des conséquences moins lourdes s'il accepte de plaider coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable ou de négligence criminelle causant la mort²⁴ (Gravel, 1991). Dans de telles circonstances où il y a eu réduction qualitative des accusations initiales de meurtre, l'étude de Gravel (1991 : 18) démontre que les « sentences [...] imposées aux accusés s'étendent d'un sursis de sentence [...] à l'emprisonnement pour une période de 22 ans », et ce avec une éligibilité aux libérations

²³ Nous ne considérons pas comme étant pertinente ou « révélatrice » pour les visées de notre étude une réduction qualitative de l'accusation de meurtre au premier degré à celle de meurtre au deuxième degré. Ce ne serait là que de réduire une accusation ayant une peine minimale de 25 ans (c.-à-d. meurtre au premier degré) à une autre ayant elle aussi une peine minimale de 25 ans (c.-à-d. meurtre au deuxième degré). Le seul bénéfice que peut en retirer l'accusé tient au fait qu'il devient éligible plus rapidement à la libération conditionnelle, qui, elle aussi, dicte que l'accusé doit avoir purgé obligatoirement – par exemple – « *au moins* 18 ans de détention » (meurtre au deuxième degré) au lieu d'avoir à purger obligatoirement « *au moins* 25 ans de détention » (meurtre au premier degré). Cette libération conditionnelle renfermant à nos yeux les mêmes modalités qu'une peine minimale.

²⁴ Ces deux chefs d'accusations, rappelons-le, n'étant pas assujettis à des peines minimales.

conditionnelles beaucoup plus tôt. La peine d'emprisonnement à perpétuité – soit cette peine dite unique – est ainsi évitée.

Une mise en garde est faite dans le texte de Gravel (1991 : 19) à l'égard de la « justesse des accusations portées par [...] la Couronne dans les dossiers de meurtre ». Si l'accusation initiale du procureur de la Couronne contre un accusé est « plus grave que la preuve en sa possession ne lui permet de le faire », Gravel (1991 : 19) indique que la réduction qualitative des accusations lors des négociations ne serait qu'un « bénéfice illusoire pour l'accusé ». Est-ce à dire que dans les affaires majeures où les accusés sont visés par des peines minimales d'emprisonnement, les procureurs de la Couronne utilisent de leur discrétion pour « gonfler » l'acte de dénonciation et ainsi faciliter les négociations subséquentes en vue d'un plaidoyer de culpabilité ? Les procureurs de la Couronne utilisent-ils cette stratégie liée à la surcharge des accusations afin d'en arriver à ce résultat ? Comme le souligne Gravel (1991 : 19), dans les affaires d'homicide impliquant une peine minimale, si l'alternative est la tenue d'un procès, les procureurs et les accusés « préfèrent souvent l'assurance d'un résultat mitoyen prenant la forme d'un plaidoyer de culpabilité à une accusation [qualitativement] réduite ». Ainsi, les procureurs de la Couronne (ré)utilisent-ils ces stratégies déjà en place afin de juguler à l'écart les peines minimales lors des négociations ? Ont-ils développé d'autres stratégies pour en arriver à l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité ? Ces questions resteront pour le moment ouvertes et trouveront réponse dans l'analyse de notre empirie.

1.3.1.3. Les négociations et les recommandations conjointes sur sentence

Bien que cette réduction qualitative des accusations semble aller de soi à première vue, il faut encore que les procureurs s'entendent sur la sentence à proposer au président du tribunal (Gravel, 1991 : 19). Comme le note Gravel (1991 : 19), le procureur de la Couronne peut acquiescer à la réduction de l'accusation, mais imposer ses propres limites en ce qui a trait au

quantum de la sentence à recommander au juge; toujours devant cette omniprésence de la menace de la poursuite d'aller en procès, l'avocat de la défense peut acquiescer à cette demande de recommandation conjointe « même s'il estime que la sentence est beaucoup trop sévère ».

Par contre, cette condition sur la sentence n'est pas toujours présente : les désaccords peuvent avoir comme résultat qu'aucune recommandation conjointe de sentence ne soit faite au juge; des accords peuvent être fixés sur les limites raisonnables du quantum de sentence à recommander (individuellement) au juge; le procureur de la Couronne peut décider de refuser toute recommandation conjointe sur la sentence au juge tout en « assurant [à l'avocat de la défense] qu'il n'exigerait pas une peine sévère lors des représentations sentencielles », ou le cas échéant, de ne pas s'opposer aux recommandations du rapport présentenciel si celui-ci est « favorable à l'accusé » (Gravel, 1991 : 20).

Pour clore cette partie, et ainsi laisser place à notre cadre théorique de recherche, nous réitérons les questions que cette recherche tente d'explorer. Lors des négociations, les procureurs conservent-ils une marge de manœuvre en relation à aux peines minimales ? Ont-ils développé des stratégies pour regagner cette marge de manœuvre? Tentent-ils de résister à l'application des peines minimales en acceptant, par exemple, de négocier un accord ou une entente qui réduirait par ricochet la sentence sous le minimum prescrit par la loi ? Cherchent-ils davantage à contraindre les accusés à plaider coupable à une charge ou infraction réduite ? Quels sont, lors des négociations, les impacts des peines minimales sur la dynamique relationnelle entre procureurs ? Voici donc les questions mises de l'avant par nos objectifs de recherche, questions que nous tenterons d'explorer à partir de l'ancrage théorique présenté dans la dernière section de ce premier chapitre.

1.4. Le contexte théorique : l'analyse stratégique de Crozier et Friedberg (1977)

Nous présentons dans ce qui suit les prémisses de la perspective théorique que nous avons privilégiée afin d'analyser l'angle que notre problématique de recherche tente de mettre au jour. Nous rappelons au lecteur que notre problématique de recherche cherche à connaître un autre point de vue que celui des juges sur l'implication des peines minimales pour le système du droit criminel, soit le point de vue des procureurs quant aux enjeux de ces peines pour le déroulement des négociations sur un plaidoyer de culpabilité.

Notre perspective théorique s'est basée sur l'analyse stratégique présente dans l'ouvrage classique de Crozier et Friedberg (1977) intitulé *L'acteur et le système*. Sous la forme d'une agglomération de concepts-clés, le tout nous permettra de mettre cette théorie en pratique et d'ainsi justifier son adéquation vis-à-vis les objectifs que poursuit notre recherche empirique. D'une manière succincte, l'analyse stratégique que nous proposent ces deux auteurs traite de la manœuvre, de l'autonomie, des rapports au pouvoir, des ressources, des rationalités, des stratégies dont les acteurs disposent lorsqu'ils sont engagés dans une action collective. Dans l'optique de cette recherche, comment perçoit-on ces éléments si l'on considère que les procureurs engagés dans cette action collective mise de l'avant par le système de droit criminel négocient entre eux afin de poursuivre leurs objectifs ?

Avant même d'entrer dans la théorie inhérente à l'analyse stratégique, nous débutons en illustrant comment le modèle proposé par Crozier et Friedberg (1977) se démarque des autres modèles sociologiques plus classiques.

1.4.1. Le modèle inductif d'une sociologie des organisations

La sociologie des organisations – dite non-déterministe – de Crozier et Friedberg (1977) est construite à partir d'une démarche inductive qui entre en opposition avec la démarche déductive des modèles classiques dont ceux de Weber, Taylor et du structuro-fonctionnalisme.

Comme le propose Weber avec son modèle des relations de pouvoir, le pouvoir est concentré dans les mains de cette minorité de dirigeants – hiérarchiquement supérieurs – qui imposent les règles et inhibent toutes les stratégies individuelles que pourraient développer les acteurs. Pour Crozier et Friedberg (1977 : 96), l'acteur reste dans le système « un agent libre qui garde dans toutes ses activités [...] sa capacité de calcul et de choix, c'est-à-dire sa capacité d'élaborer des stratégies » afin de négocier sa place dans le système. Autrement dit, « l'acteur est un agent autonome, capable de calcul et de manipulation et qui s'adapte et invente en fonction des circonstances et des mouvements de ses partenaires » (Ibid, 43).

Taylor quant à lui propose un modèle rationnel et efficace où l'organisation et son mode de gestion sont aptes à produire chez l'acteur un comportement prédéterminé et parfaitement prévisible. L'acteur est davantage vu comme une pièce mécanique – non humaine – parmi tant d'autres qui contribuent au fonctionnement global de l'organisation. Ainsi, ce modèle ne tient pas compte de cette complexité humaine et conflictuelle inhérente aux objectifs des acteurs en termes de rapports de force, de pouvoir et de domination. Crozier et Friedberg (1977 : 157) dénoncent donc une « perspective étroitement économique et technique qui voit dans l'efficacité des organisations une simple fonction de l'adéquation plus ou moins optimale de leurs structures aux caractéristiques traitées comme objectives » (Ibid : 157).

Enfin, le modèle structuro-fonctionnaliste propose que les acteurs impliqués dans une organisation intériorisent et se conforment aux rôles, aux attentes et aux valeurs de l'organisation, et que cette « socialisation » fait en sorte qu'ils coopèrent ensemble au fonctionnement global de l'organisation en question. Crozier et Friedberg (1977 : 98) soulignent que le modèle structuro-fonctionnaliste se heurte à une « conceptualisation trop rationnelle [et idéalisée] de rôles articulés les uns sur les autres par un *deus ex machina* dans un tout cohérent ».

En somme, les modèles classiques de Weber, Taylor et du structuro-fonctionnaliste sont pour plusieurs considérés désuets puisqu'ils ne problématisent pas comme suffisamment centrale cette complexité humaine liée aux acteurs sociaux engagés dans une action collective, notamment les rapports de force ou de pouvoir, la domination, la coopération, le conflit, l'autonomie, les stratégies, les rationalités, les objectifs ou autres. Pour Crozier et Friedberg (1977 : 388), l'acteur en arrive à « découvrir, avec la marge de liberté dont il dispose, sa véritable responsabilité » dans l'organisation ou le système. Ils insistent :

Les acteurs relativement autonomes, avec leurs ressources et capacités particulières, ont créé, inventé, institué [des solutions spécifiques] pour résoudre les problèmes posés par l'action collective et, notamment, le plus fondamental de ceux-ci, celui de leur coopération en vue de l'accomplissement d'objectifs communs, malgré leurs orientations divergentes (Ibid, 13).

1.4.2. L'analyse stratégique : l'action collective et l'organisation

La question centrale qui est soulevée au cœur de cette perspective est la suivante: « à quelles conditions et au prix de quelles contraintes l'action collective, c'est-à-dire l'action organisée des hommes est-elle possible ? » (Crozier et Friedberg, 1977 : 13). Il ne s'agira pas, pour nous ici, de faire un résumé-synthèse de l'ouvrage de Crozier et Friedberg (1977), mais plutôt de développer une réflexion sur ce que ce modèle d'analyse stratégique peut nous offrir pour une meilleure compréhension de l'influence des peines minimales sur les négociations de plaidoyer de

culpabilité²⁵. Pour amorcer la discussion, Crozier et Friedberg (1977 : 17) mentionnent d'abord et avant tout que « [a]ction collective et organisation sont complémentaires. Ce sont les deux faces indissociables d'un même problème : celui de la structuration des champs à l'intérieur desquels l'action, toute action, se développe ». L'action collective des acteurs sociaux et l'organisation (système) comme telle doivent donc coexister, sans quoi elles perdent leurs significations respectives. Sans l'action collective, l'organisation ou le système perd en quelque sorte son statut d'institution, mais aussi sa capacité de se (re)produire lui-même; sans l'organisation ou le système, l'action collective établit plus difficilement les objectifs communs qui la guident et risque de devenir chaotique dû au manque de coopération entre acteurs sociaux.

1.4.2.1. Marge de liberté, objectifs et stratégies des acteurs

Si toute action collective à l'intérieur d'une organisation sous-tend un certain niveau de coopération, les auteurs diront qu'elle ne « repose [que] sur un minimum d'intégration des comportements des individus ou groupes, bref, des acteurs concernés » (Crozier et Friedberg, 1977 : 18). Outre cette intégration de libertés individuelles imposées (contraintes) par le système, et considérant qu'il n'y a pas de systèmes « entièrement réglés ou contrôlés », les acteurs sociaux « [...] disposent d'une marge de liberté qu'ils utilisent de façon stratégique [à la fois] dans leurs interactions avec les autres », mais aussi afin de « battre le système » (Ibid, 25 et 36). Considérant cette marge de liberté comme étant le « résultat [...] ou l'acte » d'une négociation ou d'un marchandage avec l'organisation, l'acteur doit donc être perçu comme étant « un agent autonome qui est capable de calcul et de manipulation et qui s'adapte et invente en fonction des circonstances et des mouvements de ses partenaires » (Ibid, 13 et 37-38).

²⁵ C'est-à-dire les stratégies individuelles « développées » par les acteurs sociaux engagés dans une action collective.

Ce minimum de coopération mis de l'avant par les objectifs (partagés) encadrés dans l'action collective soulève le fait que les acteurs développent des stratégies individuelles afin de poursuivre leurs propres objectifs (Crozier et Friedberg, 1977 : 18). N'ayant « que rarement des objectifs clairs et encore moins [...] cohérents²⁶ », les comportements (actifs ou non) des acteurs sont tous stratégiques puisqu'ils évoquent une certaine rationalité favorable à la saisie d'opportunités : « la saisie d'opportunités en vue d'améliorer sa situation (stratégie offensive); et [...] le maintien et l'élargissement de sa marge de liberté, donc de sa capacité d'agir (stratégie défensive) » (Ibid, 47-48). En somme, « la réflexion en termes de stratégie oblige à chercher [...] la rationalité de l'acteur et à comprendre le construit organisationnel dans le vécu des acteurs », c'est-à-dire les solutions (stratégies) des acteurs par rapport à l'action collective (Ibid, 49). L'organisation devient le « royaume des relations de pouvoirs, de l'influence, du marchandage, et du calcul » où « l'acteur se saisit des opportunités » (Ibid, 38).

Comment cette marge de liberté, ces objectifs et ces stratégies des acteurs sociaux deviennent-ils interprétables dans le cadre de notre recherche ? En nous appuyant sur les écrits de Crozier et Friedberg (1977), il nous est permis d'émettre l'hypothèse que devant le minimum d'intégration des libertés individuelles contraintes par le système du droit criminel, les procureurs gardent un certain degré de liberté qu'ils utilisent de manière stratégique contre les autres acteurs sociaux, mais aussi contre le système lui-même afin de le « battre » dans la mise en œuvre de leurs propres objectifs. Les procureurs sont des acteurs qui manipulent, marchandent ou négocient avec d'autres acteurs du système afin de mener à terme leurs propres objectifs ou les objectifs qui leur sont communs, voire imposés. En ayant la capacité circonstancielle de s'adapter et d'inventer

²⁶ Les auteurs soulignent que les acteurs sociaux ont des objectifs « multiples, plus ou moins ambigus, plus ou moins explicites, plus ou moins contradictoires » (Crozier et Friedberg, 1977 : 47).

devant les "pas" de leurs partenaires ou adversaires, les procureurs sont des êtres rationnels et stratégiques puisqu'ils peuvent soit saisir les opportunités qui s'offrent à eux afin d'augmenter leur situation d'imprévisibilité face aux autres, soit défendre leur marge de manœuvre ou de liberté d'agir dans le but de la maintenir ou de l'augmenter. En se penchant dès lors sur les points de vue et le vécu des procureurs, les solutions et les rationalités (c'est-à-dire les construits organisationnels) qu'ils ont développées dans leur tâche d'administrer le système du droit criminel, c'est-à-dire devant les problèmes posés par l'action collective dans ledit système, d'après cette sociologie, les actions des procureurs deviennent désormais observables par une réflexion systématique en termes de stratégies.

1.4.2.2. Autonomie et pouvoir : zone d'incertitudes pour les acteurs

Considérant que cette préservation de la marge de liberté amène les acteurs à développer des stratégies individuelles afin de poursuivre leurs propres visées, Crozier et Friedberg (1977) soulignent que l'autonomie implique du pouvoir. Dans l'analyse stratégique, le pouvoir est conçu « en tant que médiation commune des stratégies divergentes (ou objectifs divergents) [faisant de lui] le mécanisme central et inéluctable de régulation de l'ensemble » de l'action collective (Ibid, 25). Le pouvoir ne s'attribue pas puisqu'il est une « relation d'échange [...] réciproque, mais où les termes de l'échange sont plus favorables à l'une des parties en présence. C'est un rapport de force, dont l'un peut retirer davantage que l'autre, mais où, également, l'un n'est jamais totalement démuné face à l'autre » (Ibid, 59). Autrement dit, le pouvoir est une relation réciproque et déséquilibrée compte tenu des « possibilités d'actions » – atouts et ressources prévisibles ou non – dont chacun des acteurs dispose dans le but d'avoir une plus grande marge de liberté ou d'action (Ibid, 59). De ce fait, le pouvoir des acteurs est « ainsi fonction de l'ampleur de la zone d'incertitude que l'imprévisibilité de son propre comportement lui permet de contrôler face à ses

partenaires » (Ibid, 61). Bien que les acteurs n'aient pas les mêmes « capacités stratégiques », le pouvoir que détient un acteur dans une zone d'incertitude pertinente devient source d'incertitude à la fois pour chacun des partenaires ou adversaires, mais aussi pour l'organisation elle-même (Ibid, 65). De cette incertitude, de cette imprévisibilité relative, naît ou émerge le pouvoir.

L'autonomie et le pouvoir deviennent ici des concepts importants si l'on considère la pratique couramment effectuée de négocier sur un plaidoyer en droit criminel. En effet, l'autonomie des procureurs est possible grâce aux relations de pouvoirs entre eux lors des négociations et, inversement, ce pouvoir est aussi possible grâce à l'autonomie qu'ils ont dans leur tâche d'administrer le système du droit criminel. Nous pouvons donc retirer de cette idée que les procureurs de la Couronne, contrairement à ce qu'évoque la littérature, ne sont pas nécessairement – en tout temps et partout – en position de supériorité. L'incertitude peut encore être mobilisée par les avocats de la défense à travers les stratégies qu'ils mettent en place afin de poursuivre leurs objectifs. La défense n'est dès lors pas nécessairement en position d'assujettissement face à la Couronne. C'est du moins une hypothèse que la théorie nous permet ici de mettre de l'avant et de tester dans l'analyse de notre empirie.

D'après Crozier et Friedberg (1977), le pouvoir devient donc l'intermédiaire par lequel un accord entre deux parties – de part et d'autre de la table des négociations – peut être atteignable dans cette visée de l'action collective. Autrement dit, le pouvoir en arrive à concilier les stratégies ou objectifs divergents entre procureurs afin de maintenir en état d'homéostasie le fonctionnement de la « machine » et de ses dispositifs, c'est-à-dire le système du droit criminel et l'action collective de son administration. En effet, lors des négociations, bien que les relations de pouvoir présentes entre les procureurs ne soient pas forcément si inégalitaires et déséquilibrées qu'elles peuvent le sembler *a priori*, l'un des vis-à-vis aura sans doute des possibilités d'actions (atouts ou ressources)

plus grandes. C'est ici qu'entre en ligne de compte les qualités individuelles, mais davantage les structures sous-jacentes aux rôles respectifs que jouent Couronne et défense lorsqu'ils s'affrontent dans l'action collective.

D'une part, l'imprévisibilité due aux capacités stratégiques de certains procureurs aptes à contrôler la prévisibilité de son comportement augmentera certainement sa marge de manœuvre face à son adversaire. Ce dernier peut, s'il en a les moyens, se sortir de cette situation d'infériorité s'il détient une possibilité d'action qui est à son tour dite imprévisible. C'est cette autonomie, ce pouvoir, ces relations de pouvoir, ces possibilités d'actions qui (re)produisent des zones d'incertitudes pour les autres procureurs de même que pour le système lui-même; en n'ayant pas les mêmes capacités stratégiques, les procureurs qui maîtrisent une zone d'incertitude particulièrement pertinente vis-à-vis leurs propres objectifs, dont celle de négocier sur un plaidoyer et d'éviter le procès, sont une source d'incertitude et d'imprévisibilité pour les autres procureurs (comme par ailleurs pour le système).

Par contre, l'imprévisibilité de la Couronne face à la défense (ou vice-versa) puise davantage source dans les rôles respectifs que joue chacun d'eux dans cette action collective de « négocier » sa place lors des négociations. Autrement dit, cette action de négocier sur un plaidoyer de culpabilité comprend des structures sous-jacentes à chacun de ces deux acteurs, et ces structures propres à l'un est une source d'incertitude pour l'autre. Étant donné que les objectifs propres de la Couronne ne sont certainement pas les mêmes que ceux de la défense et vice versa, les stratégies qu'ils développeront afin de poursuivre leurs visées restent en partie imprévisibles advenant les interactions et les affrontements lors des négociations.

Ajoutons à cela l'implication de l'élément peine minimale. Advenant une condamnation, la première idée qui nous vient à l'esprit n'est pas celle de l'incertitude, mais bien celle de la

certitude de la peine. Autrement dit, la peine minimale introduit de la certitude au niveau de la Couronne là où il n'y en avait pas, mais aussi pour la défense si ses stratégies en vue de négocier échouent en cours de route. La question qu'on doit maintenant se poser est la suivante : est-ce que les acteurs, plus spécifiquement les avocats de la défense, peuvent recréer une quelconque incertitude et ainsi retrouver un certain pouvoir dans la négociation ? Autrement formulée, la question est de savoir si lors des négociations et dans un champ d'action limité par la présence de peines minimales, les acteurs sont capables de recréer de l'incertitude ou de l'imprévisibilité chez leur vis-à-vis et si oui, comment, via quelles stratégies? Lors des négociations, la peine minimale diminue-t-elle vraiment la marge de liberté des procureurs ou la configure-t-elle autrement?

1.4.2.3. La structuration des champs d'action : zones d'incertitude organisationnelles

Dans l'analyse stratégique, les contraintes de l'organisation envers l'action collective « structurent, délimitent [et rendent possible] le champ d'exercices des relations de pouvoir entre les membres d'une organisation (action collective), et définissent ainsi les conditions auxquelles ceux-ci peuvent négocier les uns avec les autres » (Crozier et Friedberg, 1977 : 66). De ce fait, les structures et les règles constitutives qui « gouvernent le fonctionnement [...] d'une organisation déterminent [en quelque sorte] les lieux où des relations de pouvoir pourront se développer » dans la poursuite d'objectifs communs et d'objectifs propres (aux acteurs) (Ibid, 66-67). En somme, même si elles (en)cadrent un certain niveau de certitude par l'intégration minimale des comportements, les structures et les règles de l'organisation « créent et circonscrivent » des zones d'incertitude organisationnelles que les acteurs sociaux et leurs stratégies tenteront de contrôler (Ibid, 67). La question est donc pour nous celle de savoir quelles formes elles prennent pour les acteurs impliqués dans les négociations de plaidoyer de culpabilité.

La négociation entre en parfaite adéquation avec les solutions ou rationalités de l'action collective dont traitent Crozier et Friedberg (1977 : 13) lorsqu'ils indiquent que « [l]es acteurs ont créé, inventé, institué [des solutions dont la négociation] pour résoudre les problèmes posés par l'action collective ». En structurant les champs d'action où les relations de pouvoirs peuvent prendre place, le système de droit criminel accepte la négociation de plaider entre acteurs comme vecteur « de [...] coopération en vue de l'accomplissement d'objectifs communs, malgré leurs orientations divergentes » (Ibid, 13). Le système ouvre donc la porte aux stratégies individuelles que les acteurs (procureurs) pourraient développer afin de contrôler davantage cette zone d'incertitude organisationnelle malgré le caractère obligatoire des peines minimales.

1.4.2.4. Le jeu social et le changement

Considérant que les acteurs sont « autonomes » et que leur « conduite (stratégique) constitue la mise en œuvre d'une marge de liberté, si minime soit-elle » dans le phénomène organisationnel, Crozier et Friedberg (1977 : 97) problématisent le tout sous la logique du « concept de jeu » – ce qui n'est pas sans faire écho aux analyses de Grosman présentées plus haut. De ce fait, intégration minimale des comportements, marge de liberté, possibilités d'action, contraintes, poursuite des objectifs individuels et communs, stratégies individuelles, autonomie et pouvoir, relations de pouvoir, coopération ou autre réfèrent toutes à ce concept du jeu. Les auteurs soulignent à ce titre que le « jeu est l'instrument que les hommes ont élaboré » pour concilier la liberté et la contrainte afin de « régler leur coopération » dans l'action collective (Ibid, 97). Ce jeu est un construit humain et le résultat qu'il « produit [...] sera le résultat commun recherché par l'organisation » (Ibid, 98).

En ce sens, le changement est un autre concept important qui fait partie intégrante de l'analyse stratégique que présentent Crozier et Friedberg (1977). On peut le comprendre comme

le résultat d'un « processus d'apprentissage collectif » où les acteurs « inventent et fixent de nouvelles façons de jouer le jeu social de la coopération et du conflit »; le changement permet « d'instituer [ou de recréer] de nouveaux construits d'action collective qui créent et expriment à la fois une nouvelle structuration du ou des champs » (Ibid, 30).

La négociation est une forme de jeu créé par les normes constitutives du système et pour lequel les procureurs ont élaboré – au fil du temps – des structures additionnelles, des règles, des rationalités et des stratégies qui lui sont constitutives. En conciliant les contraintes imposées par le système et les libertés individuelles permettant une coopération pour résoudre les problèmes de l'action collective, la pratique de négocier sur un plaidoyer entre en parfaite adéquation avec les résultats communs recherchés par le système du droit criminel. La question est celle de savoir comment les peines minimales affectent ce construit humain, comment modifient-elles les règles du jeu et permettent-elles l'élaboration de nouvelles rationalités ou stratégies ? En d'autres termes, quels changements entraînent les peines minimales dans le jeu de négociation, quelles zones d'incertitude organisationnelle créent-elles au-delà de leur certitude ? Comment se structure et se restructure le champ des négociations devant le développement des peines minimales ?

La dynamique stratégique mise de l'avant par Crozier et Friedberg (1977) nous outille donc à saisir, par le biais des procureurs, le (nouveau) jeu qui se met en place devant le changement apporté par les peines minimales lors des négociations sur un plaidoyer dans le système.

Dans le prochain chapitre, chapitre méthodologique, nous présentons les fondements de l'approche qualitative que nous avons privilégiée pour travailler le matériel empirique qui nous permettra de mieux comprendre l'impact des peines minimales sur le plaidoyer de culpabilité, voire de répondre à certaines des questions que nous avons soulevées au cours du présent chapitre et d'en faire émerger d'autres susceptibles de contribuer à l'avancement des connaissances.

Chapitre 2 :

Méthodologie

Le présent chapitre traite principalement de la question de l'adéquation de nos choix méthodologiques par rapport à nos objectifs de recherche. Ce chapitre est divisé en trois sections.

Nous abordons d'abord, dans la première section, la question de savoir en quoi notre méthodologie de recherche qualitative est cohérente par rapport au problème que pose l'adéquation entre nos objectifs de recherche, nos matériaux empiriques, et leur traitement analytique. Cette première partie permettant en outre de comprendre en quoi notre recherche peut être considérée comme une recherche qualitative et exploratoire.

Dans la deuxième section de ce chapitre, nous présentons ensuite la constitution de notre assise empirique. Nous y traiterons du choix de notre méthode de recherche, l'entretien de type semi-directif, technique de recherche qui nous a permis d'entrer en contact avec les procureurs et de connaître leur point de vue sur la question soulevée. Nous aborderons en outre le recrutement des participants, le déroulement de nos entretiens de recherche, sans oublier cette question de l'échantillonnage.

Nous illustrons enfin, dans la troisième section, comment la méthode d'analyse que nous avons prônée comme procédé analytique, soit l'analyse de contenu au sens large, permet de dégager des données empiriques des résultats de recherche. Nous terminons cette section et ce chapitre en énumérant, d'une part, les étapes inhérentes à l'analyse de contenu tant verticale qu'horizontale ou transversale, et en présentant d'autre part nos catégories d'analyses.

2.1. La méthodologie qualitative et ses justifications

En ce qui a trait à nos choix méthodologiques, il faut d'abord et avant tout tenter de répondre à la question suivante : en quoi la méthodologie qualitative s'avère adéquate pour construire et analyser notre assise empirique ? Après avoir répondu à cette question, nous pourrons

davantage indiquer la nature même de notre recherche et le type d'observation qu'elle compte faire sur le terrain.

2.1.1. Les objectifs et la problématique de recherche

Comme le faisait remarquer Albarello (2003 : 58), l'opposition entre méthodologie quantitative et qualitative, bien qu'elle persiste encore aujourd'hui en sciences sociales, est désuète : « il n'existe pas d'exclusivité entre l'approche qualitative et l'approche quantitative, mais au contraire les deux courants méthodologiques se complètent et s'enrichissent mutuellement ». Distinguer les deux approches demeure important, mais de les opposer ou de les mettre en tension l'une par rapport à l'autre, voire de les placer l'une « contre » l'autre, ne dessert pas les intérêts de la connaissance scientifique. Considérant qu'un objet de recherche peut être exploré par plusieurs angles théoriques et approches méthodologiques, ce sont les objectifs sous-jacents et propres à chaque recherche qui viennent éclairer le chercheur sur les stratégies méthodologiques à privilégier dans chaque cas. Tout comme le soulignait Pires (1995 : 71), « théoriquement parlant, c'est donc une réflexion, d'une part, sur les objectifs de la recherche et, d'autre part, sur le sens et les dimensions du problème qui doit nous orienter dans le choix de l'approche méthodologique ». En effet, « tout se passe comme si l'objet ou le problème avait un mot à dire au chercheur sur les options épistémologiques, théoriques et méthodologiques possibles pour mieux l'approcher » (Pires, 1997a : 24).

Nos objectifs de recherche et les dimensions du problème traité, lesquels découlent de notre question de départ et de la revue de la littérature réalisée au premier chapitre, nous amènent à porter notre attention au sens que les acteurs donnent eux-mêmes à leurs pratiques. Une méthode qualitative, plus spécifiquement, le recours à des entretiens qualitatifs, nous paraît ainsi une approche adéquate et tout à fait susceptible de nous permettre d'atteindre nos objectifs.

Ainsi, notre recherche est qualitative dans le sens que nos objectifs de recherche veulent tenter d'explorer si, du point de vue des acteurs, les peines minimales affectent (ou non) ce dispositif des négociations sur un plaidoyer de culpabilité. Nous osons ainsi croire que ce vécu et ces expériences des procureurs les amènent à être les mieux placés pour se positionner à l'égard de cette question liée à l'implication des peines minimales, soit ce qu'elle représente pour eux, mais aussi ce qu'ils croient qu'elle représente pour leur vis-à-vis.

2.1.2. L'exploration empirique

Deslauriers et Kérisit (1997 : 88) indiquent que la recherche qualitative est souvent « utilisée pour décrire une situation sociale circonscrite (recherche descriptive) ou explorer certaines questions (recherche exploratoire) ». L'objectif général de notre recherche étant de mieux comprendre et de cerner les attributions de sens que les procureurs ont à l'égard de ce qu'ils perçoivent être les implications des peines minimales dans le processus de négociation sur un plaidoyer de culpabilité. Notre problématique et les objectifs qui y sont rattachés nous amènent à vouloir explorer une nouvelle facette d'un sujet bien exploré par la littérature, soit la négociation sur un plaidoyer de culpabilité. Cet élément des peines minimales, beaucoup moins exploré quant à lui, nous permet de concevoir notre recherche comme une recherche exploratoire. Il s'agira pour nous de considérer cette nouvelle variable afin d'explorer dans quelle mesure elle affecte les négociations. Devant les connaissances empiriques que la littérature nous offre à l'égard de la négociation sur un plaidoyer de culpabilité, nous sommes intéressé à connaître ce que les peines minimales modifient dans la pratique des procureurs (Couronne et de la défense).

En somme, pour notre étude exploratoire, compte tenu de ses visées, de ses objectifs et de la manière par laquelle elle tente d'éclairer un problème, la méthode qualitative nous paraît appropriée et susceptible de nous permettre de bien « décrire ou [...] d'explorer certains aspects

de la réalité » des procureurs qui reste encore à ce jour inconnu (Pires, 1997a : 73). Broustau et Le Cam (2012 : 5) soulèvent aussi ce caractère exploratoire d'une recherche en :

[Elle] fait émerger des dimensions auxquelles on n'avait pas songé au départ, et qui peuvent s'avérer d'une grande richesse pour la compréhension de l'objet à l'étude. Ces nouvelles données [...] nous font découvrir des aspects inattendus de l'univers des autres. C'est d'ailleurs en grande partie à cela que doivent servir les enquêtes de terrain et il s'agit également d'une des conditions qui permet de produire des ethnographies d'une plus grande richesse.

En s'armant d'une approche qualitative et exploratoire, cette recherche tente de d' « expliquer ou [de] fournir des preuves empiriques » durables vis-à-vis notre objet à l'étude, de contribuer « à faire avancer les connaissances » (Pires, 1997a : 73), et de servir de tremplin pour « des recherches explicatives [et descriptives] plus poussées » (Deslauriers et Kérisit, 1997 : 88).

2.2. L'entretien qualitatif comme technique de recherche

Nous traitons ici de la technique des entretiens de recherche (au sens large) sous un angle épistémologique pour ainsi illustrer comment les modalités de l'entretien semi-directif viennent justifier l'opérationnalisation de ce choix en fonction de nos objectifs de recherche.

En activant les « processus fondamentaux de communication et d'interaction humaine », l'entretien de recherche est considéré comme étant une « interaction limitée et spécialisée, conduite dans un but spécifique et centrée sur un sujet particulier » (Van Campenhoudt et Quivy, 2011 : 170 ; Deslauriers, 1991 : 33). Bertaux (1997) le considère comme une technique de recherche fiable pour l'observation des « mondes sociaux », des « catégories de situation » et des « trajectoires mentales » (Bertaux, 1997 : 13-16 cité dans Pires, 2004 : 8). Ainsi, l'entretien s'avère pertinent vis-à-vis nos objectifs de recherche puisqu'il permet d'observer les mondes sociaux qui se sont construits « autour d'une activité spécifique » (Bertaux, 1997 : 15 cité dans Pires, 2004 : 8). Dans notre cas, il s'agit de ce qui s'est (re)construit par les procureurs lorsqu'ils observent ce

qu'est l'implication des peines minimales lors des négociations. Ainsi, l'entretien convient particulièrement aux objectifs de notre étude puisqu'il nous permet, d'une part, « l'analyse [du] problème précis » soulevé par notre objet de recherche et, d'autre part, « l'analyse du sens que les acteurs donnent à leurs pratiques et aux événements auxquels ils sont confrontés » (Van Campenhoudt et Quivy, 2011 : 172).

Poupart (1997) attire néanmoins notre attention sur une ambiguïté liée à l'usage de l'entretien comme technique de recherche, et ce, à deux niveaux. D'une part, les entretiens comptent sur la capacité du chercheur intervieweur « d'entrer en relation avec les autres » pour ainsi avoir accès aux réalités sociales des interviewés. D'autre part, les entretiens révèlent que les réalités sociales sont laborieusement appréhendables du fait que les échanges sont transférés par le « jeu et les enjeux des interactions sociales » qui prennent formes dans cette relation, mais aussi par le biais « du jeu complexe des multiples interprétations auxquelles les discours donnent lieu » (Poupart, 1997 : 173).

Indépendamment de ces limites, Poupart (1997 : 173) reconnaît que l'entretien de type qualitatif reste une occasion pour le chercheur « d'interroger les acteurs et de les utiliser en tant que ressource pour la compréhension des réalités sociales ». Selon lui, il existe trois arguments qui sont couramment utilisés dans les recherches en sciences sociales pour justifier l'usage de l'entretien de recherche, soit : l'argument épistémologique, méthodologique et éthico-politique. Pour nous, seuls les arguments épistémologiques et méthodologiques peuvent être mobilisés pour justifier l'utilisation des entretiens de recherche.

Les arguments épistémologiques et méthodologiques que nous empruntons à Poupart (1997 : 175; Poupart, 1993) nous permettent de voir l'entretien comme une méthode fondamentale afin d'explorer et de « rendre compte [en profondeur] du point de vue des acteurs sociaux et d'en

tenir compte pour comprendre et interpréter leurs réalités ». Avec un matériel discursif issu des entretiens de recherche, nous serons donc plus apte à comprendre et à ainsi interpréter les conduites ou expériences selon la perspective des procureurs et du « sens²⁷ qu’eux-mêmes confèrent à leurs actions » (Poupart, 1997 : 175 ; Poupart, 1993). Sur cet élément, on peut vouloir saisir les points de vue (perspectives, sens ou autre) que les procureurs ont (re)construits à l’égard de notre objet d’étude (Poupart, 1997 : 175). Cette méthode fait partie des méthodes qui permettent de « recueillir des informations sur les structures et le fonctionnement d’un groupe [ou] d’une institution », soit les procureurs et le système de droit (Ibid : 181).

L’entretien de type semi-directif est une technique de recherche qui, pour les objectifs de notre recherche, représente de nombreux avantages. D’une part, la « souplesse et la faible directivité [...] permet de récolter les témoignages et les interprétations des interlocuteurs en respectant leurs propres cadres de références : leur langage et leurs catégories mentales » (Van Campenhoudt et Quivy, 2011 : 172). D’autre part, Van Campenhoudt et Quivy (2011 : 172) notent que l’entretien permet d’atteindre un « degré de profondeur des éléments d’analyse ».

Pour clore cette section, nous avons quelques mots à dire quant à l’avantage que comporte la semi-directivité d’un entretien de recherche. Comme Poupart (1997 : 185) le mentionne, même « [à] 65 ans d’intervalle, Palmer (1928) et Bourdieu (1993) estiment de leur côté que l’intervieweur doit faire un compromis entre la non-directivité et d’une certaine orientation à donner à l’entretien en fonction de l’objet étudier ».

²⁷ Poupart (1997 : 175) souligne que l’entretien est « l’un des meilleurs moyens pour saisir le sens que les acteurs donnent à leurs conduites (les comportements ne parlant pas d’eux-mêmes), la façon dont ils se représentent le monde et la façon dont ils vivent leur situation, les acteurs étant vus comme les mieux placés pour en parler ».

2.2.1. Le caractère semi-directif de l'entretien

C'est ici qu'entre en ligne de compte l'entretien semi-directif puisqu'elle entrecoupe un certain niveau d'inflexibilité-flexibilité entre la dichotomie entretien non-directif et entretien standardisé ou structuré. Comme Deslauriers le mentionne si bien :

En recherche qualitative, on recourt plus rarement à l'entrevue standardisée [ou structurée] du style question-réponse. On se sert plutôt des entrevues semi-dirigées avec un guide d'entrevue comportant un certain nombre de questions principales qui servent de grands points de repère ; l'interviewer peut aller au-delà des questions posées, en même temps qu'il s'assure d'obtenir à peu près les mêmes renseignements des différentes personnes interrogées. (Deslauriers, 1991 : 36)

Pires (2004 : 29) explique que l'entretien semi-directif se « distingue seulement par son déroulement préconstruit ou semi-structuré », c'est-à-dire qu'il « n'est ni entièrement ouvert, ni canalisé par un grand nombre de questions précises » (Van Campenhoudt et Quivy, 2011).

Une des considérations sous-jacentes quant à l'utilisation de l'entretien semi-directif comme technique de recherche est, pour nous, de « laisser venir l'interviewé [par lui-même] afin que celui-ci puisse parler ouvertement, dans les mots qu'il souhaite et dans l'ordre qui lui convient » (Van Campenhoudt et Quivy, 2011 : 171). En réserve, nous avons eu la chance de poser quelques questions²⁸ (sous-consignes) de recherche ou « questions-guides, [aussi] relativement ouvertes, à propos desquelles il [était] impératif » pour nous de recevoir des informations (Van Campenhoudt et Quivy, 2011 : 171). Van Campenhoudt et Quivy (2011 : 171) associent à ces sous-consignes deux objectifs spécifiques soit, d'une part, « recentrer l'entretien sur les objectifs » de la recherche chaque fois que l'interviewé s'en écarte et, d'autre part, de « poser les questions

²⁸ À noter que ces sous-consignes ou questions de recherche n'ont pas été posées dans l'ordre, le but étant de laisser libre voie à la spontanéité de la parole des interviewés.

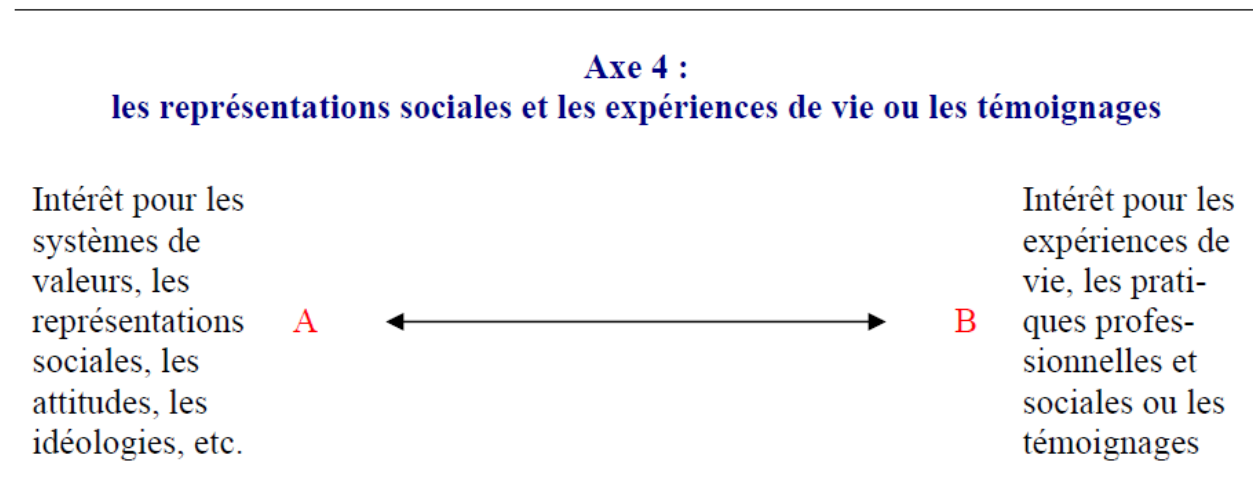
auxquelles l'interviewé ne vient pas par lui-même, au moment le plus approprié et de manière aussi naturelle que possible ».

2.3. L'échantillonnage : le qualitatif et ses lettres

En ce qui a trait à la construction de l'échantillon de recherche, il importe de spécifier comment la notion « d'échantillon » est appliquée à notre recherche. Pour reprendre les propos de Pires (1997b : 7), l'échantillon « désigne le résultat de n'importe quelle opération visant à constituer le corpus empirique ». À l'égard du qualitatif et du quantitatif, soit ces « deux grandes manières de produire des données ou des preuves empiriques », nous pouvons dire que notre échantillon est construit en considérant que le traitement de nos données est effectué d'une manière qualitative (Pires, 1997b : 9). Pour les recherches qualitatives, une « distinction clé » quant au type de catégories d'échantillonnage peut être faite entre « l'échantillonnage par cas unique » et « l'échantillonnage par cas multiples » (Pires, 1997b : 10). En ce qui a trait à la catégorie d'échantillonnage adéquate à l'égard de l'équation ou de la relation entre objet à l'étude et corpus empirique, elle se pose plus particulièrement au niveau de l'échantillonnage par cas multiples puisque nous avons interviewé cinq avocats de la défense et cinq procureurs de la Couronne.

Comme souligné par Pires (1997b : 61), les recherches qualitatives qui font usage de ce type d'échantillonnage « prennent deux formes : celle des entrevues avec plusieurs individus et celle des "études collectives de cas" ». Dans notre cas, la forme d'échantillonnage ne peut être nulle autre que celle de faire des entretiens avec plusieurs individus. Le texte de Pires (1997b : 61) commande alors que l'on positionne notre recherche sur « l'axe des finalités théorico-méthodologiques » des représentations sociales et des expériences de vies, axe qui « caractérise plus particulièrement les recherches par entrevues ». Voici l'axe auquel se réfère Pires (1997b) :

Figure 1. Axe des représentations sociales et des expériences de vies ou les témoignages



Une lecture attentive des deux groupes (A et B) et leurs différences nous permettent de nous positionner assez facilement. Le groupe « A » vise davantage à « appréhender et rendre compte des systèmes de valeurs, de normes, de représentations, de symboles propres à une culture ou à une sous-culture » (Michelat, 1975 : 230 cité dans Pires, 1997b : 61). Nous pouvons donc recueillir des informations ou données pertinentes par l’entremise des « idéologies ou attitudes qu’ont des individus » sans que ceux-ci aient une « connaissance spécifique » ou sans qu’ils n’aient « vécu une expérience particulière » (Ibid : 61-62). Pour une étude qui aurait comme objectif de déterminer le pouls de l’opinion publique quant à la clémence/sévérité du droit criminel, le groupe « A » serait pertinent puisqu’il « suffit d’appartenir à une société possédant ce type d’institution » pour être en mesure d’en dégager un sens (Michelat, 1975 : 232 cité dans Pires, 1997b : 61-62).

Notre recherche se superpose sur le groupe « B » puisqu’il semble précisément attribuable aux expériences ou pratiques professionnelles. Pires (1997b : 63) note que les recherches du groupe « B » s’intéressent « moins à ce que l’interlocuteur croit qu’à ce qu’il sait, ou croit savoir, pour l’avoir directement vécu ou observé ». Autrement dit, l’individu est conçu comme étant un :

[...] un informateur au sens strict du terme : on a besoin de lui pour obtenir certains renseignements sur l'objet. Il s'agit alors de connaître son point de vue sur le déroulement des faits ou le fonctionnement d'une institution ou le saisir à travers sa propre expérience ; de rendre compte de ses [...] perceptions sur une expérience vécue ; d'avoir accès aux valeurs d'un groupe [...] qu'il connaît à titre d'informateur clé, etc. (Pires, 1997b : 62-63).

2.3.1. L'échantillon par homogénéisation

Après avoir survolé minutieusement chacun des types d'échantillon possible dans la classification d'échantillonnage par cas multiples, « l'échantillon par homogénéisation » (Bertaux, 1980 : 205 cité dans Pires 1997b : 71) est celui que nous avons utilisé comme méthode d'échantillonnage. En parfaite adéquation avec l'échantillon par homogénéisation, notre recherche s'est proposée d'étudier deux « groupe[s] relativement homogène[s] », chacun étant « organisé par le même ensemble de rapports sociostructurels », soit celui présent dans le système du droit criminel (Bertaux, 1980 : 205 cité dans Pires 1997b : 71).

Notre recherche est exploratoire dans le sens qu'elle n'a pas tenté de « donner un portrait global [...] à l'intérieur d'un groupe restreint et homogène d'individus » (Ibid : 65), mais bien de réaliser certaines observations exploratoires qui pourront ensuite être reprises et poussées plus loin par d'autres chercheurs. Ainsi, la diversification interne n'étant atteignable par le simple fait de conduire quelques entretiens auprès « d'informateurs les plus divers possible dans le groupe afin de maximiser l'étude extensive du groupe choisi » (Ibid : 67). Par ailleurs, à la demande expresse de tous les procureurs de la Couronne rencontrés, nous avons pris la décision de ne pas faire mention ni du sexe, de l'âge, du lieu ou de l'affiliation institutionnelle (qu'elle soit privée ou publique, municipale, provinciale ou fédérale) ou de tout autre détail (données démographiques) qui pourrait mener à l'identification des participants à l'étude. Pour des raisons d'uniformité, cette même règle s'applique aux avocats de la défense.

Bien que nous ayons réalisé peu d'entretiens et en dépit du caractère exploratoire de cette recherche, nous avons été en mesure d'observer une certaine répétition dans les propos et représentations obtenus. Cette répétition s'observe lorsque des entretiens « n'apportent plus d'information suffisamment nouvelle ou différente pour justifier une augmentation du matériel empirique » (Pires, 1997b : 65 et 67). Nous nous sommes aperçus de ces redondances après la conduite de 3 ou 4 entretiens dans chacun de nos échantillons ; les mêmes arguments, thèmes, rationalités, stratégies ou autres revenaient. Ceci dit, nous nous devons de rester prudent. Il n'est pas question ici de prétendre à la généralisation de nos observations « à l'ensemble de l'univers de travail (population) auquel le groupe analysé [Couronne ou défense] appartient (généralisation empirico-analytique) » (Ibid : 68). Nous pouvons toutefois observer des tendances fortes et une certaine cohérence, voire une constance, dans la manière dont les acteurs conçoivent l'influence des peines minimales sur les négociations de plaidoyer de culpabilité.

2.3.2. Recrutement des participants

Afin de pouvoir recruter des procureurs de la Couronne et des avocats de la défense et les inviter à bien vouloir faire partie de notre étude, nous avons initialement envoyé une invitation personnalisée par courriel. Elle s'est avérée extrêmement efficace et fructueuse pour recruter des avocats de la défense, mais moins pour les procureurs de la Couronne, la raison étant que les adresses courriel des avocats de la défense sont davantage disponibles en ligne, sur leur site web ou ceux de leur employeur.

Par le biais d'une recherche internet effectuée afin de pouvoir trouver des sites web de firmes ou cabinets d'avocats de la défense, nous avons retrouvé les adresses courriels de plusieurs avocats de la défense expérimentés en droit criminel. Nous avons envoyé une cinquantaine d'invitations aléatoires par courriels. La sélection des participants a été faite par ce simple principe

du premier arrivé, premier servi. Autrement dit, compte tenu du fait que l'envoi de courriels s'est fait de façon aléatoire, le choix de nos participants s'est aussi fait aléatoirement puisque les premiers avocats de la défense qui ont répondu à notre invitation ont été ceux avec qui nous avons pris rendez-vous afin de conduire l'entretien. Le recrutement des avocats de la défense et les entretiens réalisés auprès d'eux se sont déroulés sur une période de 7 mois. Tous les entretiens ont été enregistrés électroniquement. Ils sont d'une durée moyenne de 69 minutes. Nous disposons d'un total de 347 minutes d'entretiens pour la défense.

En ce qui a trait au recrutement des procureurs de la Couronne, il s'est étendu sur une période de 15 mois. Étant donné que les procureurs de la Couronne sont des fonctionnaires fédéraux ou provinciaux, nous avons cru bon de procéder par la voie officielle en envoyant une lettre formelle aux gouvernements de l'Ontario²⁹ et du Québec³⁰, demandant leur autorisation pour entrer en contact avec des procureurs de la Couronne et obtenir leur collaboration en termes de recrutement. Cette lettre d'invitation et toutes les communications subséquentes avec ces deux entités ont traité de sujets variés qui portaient sur notre étude et ses objectifs, sur l'anonymat et la confidentialité. Ces correspondances ont même été jusqu'à inclure des exemples de questions présentes dans notre guide d'entretien. Auprès de ces deux provinces, toutes nos démarches ont échouées. Nos demandes ont été refusées. Un représentant du Ministère du Procureur général de l'Ontario nous a indiqué par courriel les raisons pour lesquelles le gouvernement se devait de rejeter notre demande, et un haut gestionnaire du Directeur des poursuites criminelles et pénales (DPCP) du Québec nous a téléphoné pour nous communiquer les raisons qui ont motivé le refus. Une demande officielle a aussi été faite au Service des poursuites pénales et criminelles du Canada

²⁹ Le ministère du procureur général de l'Ontario

³⁰ Le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec

(SPPC) qui par l'entremise d'un haut gestionnaire l'a également refusée. Les raisons les plus souvent invoquées sont les suivantes : le pouvoir discrétionnaire de la Couronne est un sujet qui est sensible, notamment dans les négociations sur un plaidoyer de culpabilité ; la peine minimale est minimale jusque dans ses conséquences, aucun procureur de la Couronne ne devrait utiliser de son pouvoir discrétionnaire afin de déroger du minimal prévu par la loi.

Entre cette demande que nous avons faite aux deux gouvernements et au SPPC et leurs réponses subséquentes, quelques 250 courriels ont été envoyés à des procureurs de la Couronne fédéraux ou provinciaux partout au Canada, avec une plus grande concentration dans l'est du Canada. Cette liste de courriel a été construite par l'entremise de plusieurs sources. Le site web *Canadian Law List* a été utilisé puisqu'il est un outil web permettant aux utilisateurs de faire une recherche pour retrouver le nom et les coordonnées des procureurs pratiquant au Canada. Le site web du Services d'annuaires gouvernementaux électroniques (SAGE) a lui aussi été utilisé puisqu'il contient des informations sur les fonctionnaires fédéraux. Enfin, nous avons téléphoné et envoyé des courriels aux doyens, vice-doyens et doyens adjoints de la Section de common law et la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa afin d'ajouter à notre liste des procureurs de la Couronne affiliés – de près ou de loin – à l'université (par exemple, professeurs de tous les rangs, invités, conférenciers ou connaissances de la Faculté, etc.).

Pour l'essentiel, ces démarches n'ont rien donné, sinon quelques retours de procureurs ayant pris la peine de nous communiquer leur décision de ne pas participer à l'étude, tantôt pour des raisons personnelles, tantôt professionnelles ou pour d'autres raisons plus administratives (notamment le fait de ne pas avoir reçu l'autorisation d'un supérieur).

Deux personnes-ressources nous ont néanmoins mis en contact avec deux procureurs de la Couronne qui, après avoir reçu l'approbation de leur supérieur, ont accepté de bien vouloir

participer dans notre étude. Puis, avec l'aide de sites web des gouvernements des provinces de l'Atlantique, nous avons aléatoirement appelé divers bureaux régionaux du Cabinet du procureur général afin de voir s'il y avait des intéressés. La participation de trois autres procureurs de la Couronne a ainsi pu être assurée. Ils ont eux aussi reçu l'approbation d'un supérieur. Les procureurs ont été interviewés à divers endroits, selon leurs préférences, souvent à leur bureau. D'autres ont été interviewés par téléphone. Les cinq entretiens, d'une durée moyenne 115 minutes, ont été enregistrés. Un total de 576 minutes d'enregistrements a été recueilli chez la Couronne.

En somme, pour l'analyse, nous disposions d'un peu plus de 920 minutes d'enregistrements et autour de 450 pages de transcriptions (verbatim).

2.3.3. Déroulement des entretiens

Le jour même de l'entretien, nous avons rappelé aux participants l'objet de notre étude, ses objectifs, et nous avons développé davantage sur cette garantie d'anonymat que nous offrons aux participants. Dans l'analyse, chaque référence faite à un ou à l'autre des procureurs sera faite par l'entremise de pseudonymes (par exemple, procureur de la Couronne ou avocat de la défense, suivi d'un identifiant numérique) que l'on retrouve sous la colonne « Participants » dans le tableau qui suit. Il indique aussi les années d'expérience, la langue dans laquelle l'entretien a été conduit ainsi que sa durée.

Tableau 1. Description des échantillons de recherche

Participants	Années d'expériences	Langue	Durée (minutes)
Avocat de la défense 1	16	Anglais	66
Avocat de la défense 2	4	Anglais	70
Avocat de la défense 3	8	Français	85
Avocat de la défense 4	5	Anglais	68
Avocat de la défense 5	38	Anglais	58
Procureur de la Couronne 1	23	Français	185
Procureur de la Couronne 2	20	Français	95

Procureur de la Couronne 3	28	Français	106
Procureur de la Couronne 4	20	Français	116
Procureur de la Couronne 5	16	Français	74

Nous tenons à souligner que les procureurs de la Couronne que nous avons rencontrés ne partageaient aucunement la réticence manifestée par les différents gouvernements qui ont rejeté notre demande. Tout comme les avocats de la défense, ils ont explicitement applaudi l'initiative de notre recherche et la problématique qu'elle tente d'explorer, indiquant du même coup qu'une recherche qui traite des peines minimales et de leurs implications pour le système du droit criminel est sujet d'actualité fort intéressant. En somme, les procureurs étaient tous ravis de pouvoir prendre part à notre étude, ce qui s'est répercuté par le flux des conversations et communications, des relances et de la richesse des matériaux recueillis lors des entretiens.

2.4. Méthode d'analyse des données : l'analyse de contenu

Dans cette toute dernière section, nous présentons l'analyse de contenu au sens large. Nous énumérons aussi les grandes étapes que nous avons suivies pour travailler notre matériel empirique, étapes qui nous ont permis de dégager des données les résultats de recherche. Comme l'indique Albarello (2003 : 79), l'analyse qualitative des données recueillies permet de « rompre avec le sens commun, d'opérer les ruptures nécessaires et d'aller au-delà du discours et de l'opinion exprimée pour interpréter et reconstruire scientifiquement la réalité ». En effet, nous optons pour une analyse de contenu au sens large puisqu'elle regroupe les logiques inhérentes à d'autres types d'analyses de sorte que les matériaux soient analysés systématiquement. Pour Albarello, l'analyse de contenu réfère à :

[...] un ensemble de techniques de recherche permettant de décrire tout contenu de communication en vue de l'interpréter. Elle repose sur le principe de l'inférence : on part du discours et on en déduit de manière logique des connaissances sur l'émetteur du message ou sur l'environnement (Albarello, 2003 : 80).

L'analyse de contenu au sens large fait en sorte que la lecture des matériaux « est réalisée en fonction des objectifs de la recherche » de façon à ce que le contenu manifeste relié à la problématique soit par la suite interprété d'une manière systématique et la plus objective possible. Nous présentons ici les étapes que nous avons suivies pour analyser nos matériaux.

2.4.1. La retranscription et les premières lectures

La première étape de notre analyse a été la retranscription des entretiens. Quelques lectures de chacun de nos entretiens de recherche ont suivi. Cette étape nous a permis de nous imprégner davantage des discours, contenus et communications (manifestes ou non) présentes dans chacun des entretiens. Le tout nous a permis de dégager, d'une manière inductive, des thèmes centraux ou les éléments récurrents dans les discours, voire de constats « généraux » de recherche.

2.4.2. L'analyse verticale et les rubriques inductives significatives

Nous avons enchaîné avec l'analyse verticale de chacun des entretiens, paragraphe par paragraphe, phrase par phrase. Il importe de spécifier que nous avons effectué deux analyses verticales, une pour notre échantillon avocat de la défense et une pour notre échantillon procureur de la Couronne. Nous avons ainsi codé les énoncés des discours sous des rubriques significatives que nous avons créées tout au long de l'analyse.

Comme le dit Albarello (2003 : 81), le travail de catégorisation consiste d'abord à classer sous « une rubrique significative [...] les éléments du discours de même nature, du même ordre, ou du même registre ». Voici un exemple avec un extrait du discours d'un avocat de la défense qui parle du rôle de la Couronne : « they give effect to the spirit of the federal legislation by not doing in end around [...]. So we see in the administration on the Crown's part, there respecting it and being, in keeping fairly inflexible, in terms of deviate ». Cet extrait d'entretien aurait ainsi été

codé sous trois rubriques significatives distinctes, dont : « Couronne applique la volonté du législateur », « Couronne respecte la volonté du législateur », « Couronne est inflexible et ne dévie pas du minimum ». Après ce premier découpage de notre matériel empirique, plus d'une centaine de rubriques ont été identifiées avec des extraits significatifs du côté de l'échantillon avocat de la défense. Le même scénario s'est produit avec l'échantillon procureurs de la Couronne.

2.4.3. Le regroupement des rubriques en catégories d'analyses

Nous avons été en mesure de développer nos catégories d'analyse par l'agencement de rubriques similaires. Pour reprendre l'exemple ci-dessus, la rubrique « Couronne applique la volonté du législateur » et la rubrique « Couronne respecte la volonté du législateur » ont été regroupées ensemble – avec d'autres rubriques similaires – dans cette catégorie d'analyse que nous avons nommée « La Couronne et le législateur ».

Ce travail nous a d'ailleurs permis de constater que les catégories d'analyses qui ont émergé du côté des avocats la défense et du côté des procureurs de la Couronne étaient similaires, sans pour autant être les mêmes. Nous avons donc pris la décision de combiner la grille d'analyse des avocats de la défense avec celle des procureurs de la Couronne.

2.4.4. L'analyse horizontale et les points de divergences

Ce travail nous a permis d'analyser horizontalement notre corpus empirique sous une seule et unique grille d'analyse comportant les mêmes catégories (Tableau 2, ci-dessous). C'est ainsi qu'un travail d'analyse à l'intérieur d'une seule et unique catégorie nous a permis d'identifier un fil conducteur par les convergences des discours entre les deux groupes. Comme le souligne Albarello (2003 : 82), cette étape permet de « travailler sur le sens des attitudes exprimées », c'est-à-dire sur « ce qui est dit au sein de chaque catégorie ». Nous avons aussi pris soin d'identifier les

points de divergence ou les points de vue les plus marginaux à l'intérieur même d'un groupe (Couronne ou défense) ou entre les deux groupes (procureurs). Ces divergences et ces points de vue marginaux ont été repris lors de l'écriture de l'analyse de manière à ce que celle-ci soit la plus transparente et objective possible.

Cette grille d'analyse nous a permis d'analyser notre empirie verticalement (chaque groupe) de même qu'horizontalement (entre les groupes). Les trois grands titres dans la première colonne du tableau nous ont permis de séparer notre analyse en trois sections lesquelles sont reprises dans le prochain chapitre.

Tableau 2. Grille d'analyse : les catégories et leurs définitions

Titre	Catégories d'analyse	Définitions
Points de vue	Opinions face aux peines minimales - Pour ou contre - La Couronne et le législateur	Les points de vue, les attitudes, les opinions face aux peines minimales législatives; la Couronne représente le procureur général; l'état d'âme de la Couronne...
	Limites au principe de proportionnalité et d'individualisation des peines	Les peines minimales limitent la capacité du droit criminel d'analyser le contexte, les circonstances et la situation; elles sont des solutions simplistes; dissociation des deux optiques de la proportionnalité...
Impacts	Dynamique relationnelle	La confiance, respect, professionnalisme, et la crédibilité des acteurs à la base des négociations; l'effritement des relations devant le manque d'ouverture de la Couronne; la défense devient plus défensive...
	La portée (réduite) des négociations	Les négociations sont moins efficaces; la portée des négociations; la rigidité des négociations; l'ouverture des négociations; l'inflexibilité des négociations et de la Couronne...
	Augmentation de la tenue de procès	Les peines minimales se répercutent ailleurs dans le système; plus de procès; plus de contestations au niveau des accusations; procès sans risque devant le manque d'incitatif; tenter sa chance en procès pour être acquitté...
	Probabilité raisonnable de condamnation	La probabilité raisonnable de condamnation peut apporter la Couronne à négocier, la force ou la faiblesse de la cause de la Couronne; l'avocat persuade que la cause n'est pas claire...
	Optiques de la proportionnalité - Gravité de l'infraction - Culpabilité morale de l'accusé	La peine ne doit pas privilégier une seule optique de la proportionnalité; peines disproportionnées; objectivité de l'acte; subjectivité de l'accusé...
Stratégies de contrôle	Infraction de type hybride	La procédure et le nouveau choix...
	Infraction moindre et incluse	Une peine (minimale) moindre et incluse...
	Nature de l'infraction*	Une infraction autre sans peine minimale...
	Avis de récidive	Le dépôt de l'avis de récidive augmente la peine...
	Requête en vertu de la Charte	Discréditer la preuve pour abus de procédures...
	Délais déraisonnables*	Peine mitigée pour éviter que le dossier tombe...
	Nouveaux faits ou éléments de preuve*	L'évaluation ou la progression d'une enquête...

Nb. Les stratégies marquées d'un astérisque ont seulement été soulevées dans un des deux groupes.

Chapitre 3 :
Analyse

Au cœur des trois sections qui forment ce chapitre analytique, le sens des propos tenus par les procureurs sera dégagé de manière à ce qu'on puisse voir comment ils se représentent l'implication des peines minimales dans les négociations. En nous référant à nos catégories d'analyses (présentées au chapitre précédent), nous contextualisons d'abord rapidement ce que pensent les procureurs des peines minimales (première section) pour ensuite faire place aux impacts qu'ont ces peines dans leurs pratiques (deuxième section). Les stratégies mises en œuvre par les procureurs nous permettront enfin de répondre à cette question de savoir comment et par quelles stratégies les procureurs en arrivent à contrôler, réduire ou neutraliser les possibles impacts des peines minimales lors de la négociation sur un plaidoyer de culpabilité (troisième section).

3.1. Les peines minimales

Afin de marquer ce point de départ analytique, nous amorçons avec un extrait d'un avocat de la défense qui soulève déjà plusieurs points d'analyse.

[...] we've always had mandatory minimums, that's nothing new. Mandatory minimums used to be for the most part, capital punishment. Hundreds of years ago, we had way too many crimes that were punishable by death and it didn't matter what the circumstance of any individual was, if they committed the crime it was punishable by capital punishment, usually that was what was prescribed. And I think to a large degree, thankfully, that is something that we've left to the past. We don't execute people any longer, but we continue to take this approach that certain crimes are so heinous that automatically they attract a certain form of penalty, totally disabusing ourselves of what the circumstances of that individual, their background, all these different factors, to me it's crazy to ignore that, it really takes the human out of a necessarily human process. (Avocat de la défense 2)

Cet extrait montre que nous avons encore cette tendance à prendre une approche (sur)répressive à l'égard de certaines catégories de comportements non conformes aux attentes normatives du droit criminel, catégories de comportement que « nous » considérons comme étant si odieuses qu'elles s'attirent automatiquement certaine forme de punition. Nous parlons ici, comme il sera question plus tard dans ce chapitre, des crimes liés aux drogues, à la conduite avec facultés affaiblies, aux armes à feu, ainsi qu'aux crimes de nature sexuelle. D'autre part, les peines minimales enlèvent cette capacité cognitive (voire humaine) du droit criminel d'analyser en profondeur, non pas cette « objectivité », mais bien cette complexité « subjective » du passage à l'acte. L'attribution « automatique » d'un certain type de peine en provenance du législateur bloque ainsi cette faculté du système à observer un dossier avec des lunettes qui lui permettent en temps normal d'appliquer une peine que les acteurs peuvent considérer juste (proportionnalité entre crime et peine), appropriée et adaptée (aux circonstances et à la situation de l'individu). En résumé, cet extrait de l'avocat de la défense démontre qu'il y a encore aujourd'hui certains comportements considérés comme étant si répugnants – notamment par cette opinion publique répressive qu'évoque souvent le législateur – que « nous » considérons qu'il est

nécessaire de réduire le pouvoir de discernement des tribunaux (juges) pour augmenter la certitude de la peine dans la détermination de la peine.

Les interprétations possibles par l'analyse de cet extrait démontrent donc comment nous avons construit et balisé cette toute première section afin de montrer comment s'est dessiné le portrait empiriquement. Il sera d'abord question des points de vue et des attitudes qu'ont les procureurs à l'égard des peines minimales législatives. Ensuite, les limites qu'imposent les peines minimales dans le système de droit criminel seront traitées de façon à ce qu'on puisse voir leurs répercussions sur les objectifs et principes fondamentaux en matière de détermination de la peine. Enfin, il sera rapidement question de mettre sur table les diverses interprétations faites des récits des procureurs sur ce qu'ils conçoivent être les rationalités du système politique (exécutif et législatif) inhérentes à cette tendance d'introduire davantage de peines minimales dans le droit criminel canadien.

3.1.1. La perspectives des procureurs face aux peines minimales

Même si certains avocats de la défense indiquent que les peines minimales peuvent être « appropriées dans certaines circonstances, [...] appropriées dans un lot de circonstances » (Avocats de la défense 1, notre traduction) et que pour d'autres « elles servent un bon rôle en théorie et non en pratique » (Avocat de la défense 4, notre traduction), ils sont néanmoins tous catégoriquement contre ce type de peines.

Les opinions du côté de la Couronne seront plus nuancées que celles émises par la défense. En effet, même si la plupart des procureurs de la Couronne rejoignent la défense et se disent contre les peines minimales, certains, comme nous le verrons, voient ces peines d'un bon œil.

Le point de vue plus dominant est par contre à l'effet que les peines minimales sont trop fermes. À cet égard, les propos tenus par les procureurs de la Couronne suivants illustrent bien le point de vue dominant :

Non, je ne suis pas vraiment en faveur des peines minimales [...] je trouve qu'il ne devrait pas en avoir, je trouve que le législateur devrait donner des maximums oui, mais au niveau des peines minimales, ce n'est pas vraiment quelque chose avec lequel j'aime travailler, bon. [...] Je ne suis pas en faveur de ça parce que [...] ça enlève de la discrétion, plus principalement au tribunal. (Procureur de la Couronne 2)

[...] l'attitude qu'on a par rapport, je vous dirais à un niveau personnel, il y a beaucoup de procureurs qui ne sont pas d'accord avec les peines minimales obligatoires, je n'ai pas fait de sondage scientifique là-dessus, mais juste en discussion comme ça avec des collègues. C'est sûr que dans certains cas les peines minimales obligatoires sont problématiques et puis ça nuit, ça ne fait pas l'affaire nécessairement des procureurs de la Couronne dans leur pratique. (Procureur de la Couronne 1)

Pour certains procureurs, les peines minimales peuvent par contre être considérées acceptables dans certaines circonstances reliées aux catégories d'infractions. Le prochain procureur de la Couronne se réfère en particulier aux infractions de nature sexuelle.

Bien moi je trouve que c'est une bonne chose. Je veux dire, il y a des désavantages dont je peux vous parler plus tard, mais l'avantage, c'est certainement la réflexion de... je veux dire, [c'est la réflexion] des tribunaux ou du Parlement d'imposer des peines de prison à certains crimes. Moi je fais beaucoup, beaucoup de poursuites d'agressions sexuelles, donc moi je vois ça quand même d'une façon assez positive. [...] oui y'en a de plus en plus de peines minimales, mais il faut regarder dans quel genre de crime. Je veux dire, les peines minimales s'appliquent dans les crimes causés envers les enfants, il y a eu aucune question, tout crime envers les enfants il y a une peine minimale. Je pense qu'en tant que société, c'est quelque chose [...] tu fais des agressions sexuelles contre les enfants, des abus contre les enfants, tu vas en prison. Je ne dis pas que ça fonctionne de les emprisonner, mais dans ma *job*, c'est ça à quoi il faut penser. (Procureur de la Couronne 5)

Ce point de vue du procureur de la Couronne 5 est toutefois marginal dans notre échantillon. Règle générale, les procureurs de la Couronne sont plutôt contre les peines minimales. Il existe néanmoins un « malaise institutionnalisé » chez les procureurs de la Couronne qui les amènent à être conservateurs à l'idée de dénoncer ouvertement les peines minimales législatives, malaise qui, bien entendu, ne se retrouve pas chez les avocats de la défense.

En effet, dans leurs pratiques, plusieurs procureurs de la Couronne acceptent de respecter les peines minimales et de se soumettre ainsi à la volonté du législateur. En tant que substituts du procureur général, ils se considèrent tenus d'appliquer la loi indépendamment de ce qu'ils croient personnellement être « justes » ou « injustes ». Le rôle qu'ils habitent comme procureur de la Couronne vient ainsi mettre en suspens ou entre parenthèses ces valeurs du système de droit qui ne sont pas considérées par les peines minimales, mais sont aussi mises en suspens les valeurs plus personnelles qui animent normalement ces acteurs à l'extérieur de leur rôle, en tant qu'individu ou citoyen ordinaire. La mise entre parenthèses de ces valeurs fondamentales pour l'individu n'est pas sans créer de malaise ou une certaine ambivalence chez les procureurs de la Couronne. Comme l'indique l'un d'entre eux, les peines minimales, « sur le plan professionnel, [on n'est] pas censé avoir d'état d'âme là-dessus » (Procureur de la Couronne 1).

Pour les procureurs, cette réticence face aux peines minimales est donc liée à cette idée législative de venir limiter la capacité du droit criminel d'administrer les cas conformément aux objectifs et principes de détermination de la peine, notamment ceux relatifs à la proportionnalité de la peine et à son individualisation.

3.1.2. Limites au principe de proportionnalité et d'individualisation des peines

Les avocats de la défense, tout comme les procureurs de la Couronne, sont d'avis que lorsque les peines minimales gagnent en popularité, c'est le principe de proportionnalité qui écope surtout. Or, ce principe doit normalement guider l'imposition d'une peine dite juste et appropriée. Rappelons qu'en vertu de l'article 718.2 du *Code criminel* du Canada, un principe fondamental de la détermination de la peine établit en effet que la peine doit être « proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (L.R.C. (1985), ch. C-46). Formulé par

un des procureurs de la Couronne, l'extrait qui suit résume bien l'importance de la proportionnalité comme principe de justice fondamentale en droit criminel.

Dans une décision de la Cour suprême du Canada qui s'appelle *Ipeelee*, le juge Lebel, au paragraphe 37, [...] a dit que la proportionnalité c'est un principe de justice fondamentale. Dans cette décision-là, le juge Lebel [...] pour la première fois de l'histoire de la Cour suprême du Canada, a dit que la proportionnalité c'était un principe de justice fondamentale, donc un principe constitutionnel plus important [...] dans la hiérarchie des sources du droit. (Procureur de la Couronne 1)

Dans cette décision *Ipeelee*, le juge Lebel de la Cour suprême du Canada (CSC) établit l'importance du concept de la proportionnalité de la manière suivante :

Le principe fondamental de la détermination de la peine – la proportionnalité – est intimement lié à son objectif essentiel – le maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'imposition de sanctions justes. Quel que soit le poids qu'un juge souhaite accorder aux différents objectifs et aux autres principes énoncés dans le Code, la peine qu'il inflige doit respecter le principe fondamental de proportionnalité. La proportionnalité représente la condition *sine qua non* d'une sanction juste. Premièrement, la reconnaissance de ce principe garantit que la peine reflète la gravité de l'infraction et crée ainsi un lien étroit avec l'objectif de dénonciation. [...] Deuxièmement, le principe de proportionnalité garantit que la peine n'excède pas ce qui est approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant. En ce sens, il joue un rôle restrictif et assure la justice de la peine envers le délinquant. En droit pénal canadien, une sanction juste prend en compte les deux optiques de la proportionnalité [soit la gravité « objective » et culpabilité « subjective »] et n'en privilégie aucune par rapport à l'autre. (*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 43)

Comment les procureurs en viennent-ils à conclure que les peines minimales réduisent la portée du principe de proportionnalité en droit criminel ? Plusieurs éléments de réponse sont ressortis de notre empirie. Nous les résumons comme suit : les peines minimales limitent la capacité du droit criminel de tenir compte des circonstances particulières du passage à l'acte. Elles font en sorte de dénaturer le phénomène humain du passage à l'acte en raison de l'accent qui est maintenant placé sur la commission de l'infraction, les gestes posés. Pour le dire autrement, les considérations relatives à la gravité de l'infraction et à la responsabilité du délinquant ne viennent plus justifier, dans aucun cas, une peine moins sévère que le minimum prévu par la loi. Ces considérations propres à la proportionnalité peuvent encore justifier des peines plus sévères que le

minimum, mais pas des peines moins sévères. Or, dans certaines circonstances, le risque est de se retrouver devant des cas où le minimum est lui-même disproportionnellement sévère par rapport à la gravité de l'infraction et à la culpabilité morale de l'infracteur.

On voit ici qu'en escamotant le principe de proportionnalité, les peines minimales affectent en même temps ce « rôle restrictif » que peut jouer ce même principe en matière de modération lorsque les circonstances le justifient. En considérant les propos du juge Lebel et pour faire lien avec ce qui va suivre, on peut dire que les peines minimales semblent en effet ne considérer que la commission de l'infraction, sans considération pour les circonstances à l'intérieure desquelles elle a été commise. C'est ce qu'observe ici le prochain avocat de la défense :

To the extent that we have more mandatory minimum sentences, we simply have more measured discretionary “proportionate” sentences necessarily. Ironically, the very definition... principle upon which sentencing is based in the Criminal code, the priority principle of sentencing is proportionality, is the ones that suffers the most under a regime that possess mandatory minimum sentences because it “cookie cuts” people in half when they shouldn't be. (Avocat de la défense 1)

Comme le souligne cet avocat, les peines minimales emboîtent ou « coupent en deux » les gens ayant passé à l'acte. Autrement dit, ces peines limitent le droit dans la différenciation qu'il fait à la fois de l'acte répréhensible et des circonstances de l'individu qui s'y livre. En concentrant l'optique du droit criminel sur la stricte commission de l'infraction, sans considération pour les circonstances et la personnalité du délinquant, les peines minimales viennent « enlever [...] le facteur humain dans l'équation de [la] sentence » (Procureur de la Couronne 3). La mise à l'écart de l'analyse du facteur humain, c'est-à-dire le contexte et les circonstances uniques qui caractérisent à la fois le passage à l'acte et l'individu lui-même, affecte aussi le principe d'individualisation de la peine. Le juge Lebel traite de ce principe en ces termes :

Malgré les contraintes imposées par le principe de proportionnalité, les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la peine.

Sous réserve des dispositions législatives particulières dont la conformité à la Charte a été reconnue, le prononcé d'une peine appropriée reste un processus fortement individualisé. Les juges chargés d'imposer les peines doivent disposer d'une latitude suffisante pour les adapter aux circonstances de l'infraction et à la situation du contrevenant en cause. (*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 43)

Les peines minimales bloquent non seulement la proportionnalité, mais aussi le rôle de la magistrature d'individualiser la peine aux circonstances qui sont étroitement liées à l'infraction de même qu'à la situation de l'accusé. Les avocats de la défense expliquent :

You know justice should be equal, but it doesn't necessarily contemplate being applied in a uniform fashion way because we have different cultures, we have different people, we have different socio-economic realities that can be motivators [to crime]... That's what I see as being the big problem [with mandatory minimum sentences] is [that we are] trying to create this kind of "cookie cutter" approach to justice. We are human beings, we're so varied and we have so many different experiences to sit back and say look "one size fits all, you break the law you get this". This is very artificial and I will almost say contrived approach to human existence. So that's my problem with it. (Avocat de la défense 2)

[...] en imposant des peines minimales obligatoires, on enlève les objectifs d'imposition de la peine du Code criminel qui sont d'imposer une sentence appropriée pour la personne qui est devant le système de justice, de faire en sorte que la peine [...] reflète le crime en question, les circonstances de l'individu et de faire en sorte que la peine soit appropriée afin de punir et [d'aussi] réhabiliter la personne accusée. (Avocat de la défense 3)

En délaissant l'analyse des facteurs humains sous-jacents au passage à l'acte dans le processus de la détermination de la peine, notamment les différentes cultures, réalités socio-économiques et expériences de vies, les peines minimales, du point de vue des avocats de la défense, font en sorte de limiter les objectifs et principes en matière de détermination de la peine. Ainsi, ces types de peines enlèvent au système de droit criminel et à ses administrateurs la capacité d'analyser au cas par cas et en profondeur un dossier de façon à ce que la peine soit proportionnelle (juste) à la gravité du crime commis et individualisée (adaptée) au justiciable. Comme l'explique cet avocat, dans le prochain extrait, elles font par ailleurs en sorte de limiter les autres objectifs et principes en matière de réhabilitation :

[...] you could end up having your client do a whole lot of rehabilitative steps to address addiction issues, to address psychological issues, to give back educationally all these

positive things that would be encouraged, and while those who still be laudable and useful to the person in a general way, they would be absolutely deaf to the court right, the court would be deaf. So that's a big effect, that's the biggest effect I think [with mandatory minimum sentences], it's the lack of being able to do creative things which benefits both the offender and society because of the "cookie cutter" nature of the minimum sentence, that's the biggest effect. (Avocat de la défense 1)

Pour cet avocat de la défense, la magistrature devient sourde aux visées des autres théories modernes de la peine. Le point de vue de la défense en termes d'individualisation de la peine ainsi qu'au manque qui est placé sur la réhabilitation rejoint celui de la Couronne. En effet, la radicalité de cette approche simpliste du « tout ou rien » ferme les yeux sur une panoplie d'autres éléments normalement considérés importants en matière de droit criminel. C'est du moins le point de vue qui ressort de nos entretiens avec les procureurs de la Couronne.

[...] les peines minimales, malheureusement, ne reconnaissent pas les situations exceptionnelles. [...] Ce n'est pas dans tous les cas [que la peine minimale n'est pas adaptée], dans certains cas j'aurais visé au moins le minimum prescrit ou peut-être même plus. Des fois il faut taper dur, mais ce n'est pas dans tous les cas. C'est ça le problème avec les peines minimales, c'est une solution [pour] tous les autres, mais ce n'est pas vrai que tous les autres méritent le même assaisonnement. (Procureur de la Couronne 3)

[...] dans certaines instances, c'est sûr que les peines minimales font en sorte de restreindre la créativité des juges, les sentences qu'ils peuvent imposer et aussi les options qui sont ouvertes [...]. Il faut reconnaître que ce n'est pas toutes les infractions qui méritent... qui sont commise par un individu qui font en sorte qu'il devrait avoir la même peine. (Procureur de la Couronne 4)

Pour ces procureurs de la Couronne, la peine minimale, à bien des égards, fait défaut. Elle se présente comme une solution simpliste et appliquée d'une manière trop généralisée à tous ceux et celles qui ont « l'audace » de commettre l'infraction visée par ce type de sanction. Pour ces individus, le contexte et les circonstances entourant l'acte, de même que la précarité de leur situation, n'importent plus. Comme l'expliquent les avocats de la défense, avec une approche législative qui fait défaut, mais aussi en augmentant les provisions dans le Code où il y a des peines minimales, le risque d'injustice ne fait qu'augmenter.

I think the jewel of our common law system is the ability to fashion appropriate sentences to the individual circumstances of the offense and the offender which are never identical [...] and sentences are just and fair when they are proportionate [...]. That means that you're going to miss that... that some time, you're going to miss-calibrate that when you apply minimum sentences to an exceptional case for which the minimum is too severe. [...] I think society as a whole loses by the failure to impose sentences that are precisely proportionate to the specific facts of the case of the individual offender. [...] Obviously, the accused loses too when the sentence is one that is disproportionately high, right? (Avocat de la défense 1)

Donc, si on impose une peine de 30 jours de prison pour quelqu'un qui mériterait d'avoir une absolution d'après les circonstances en l'espèce [...], ma position à cet égard-là, je crois que c'est une grave injustice pour tout le système de justice canadien et surtout majoritairement pour les juges qui sont payés à gros salaire pour pouvoir faire ces déterminations-là, et non les élus qui sont au Parlement. Encore là, très clairement, ils [les élus] ne sont pas là pour ça. (Avocat de la défense 3)

En discutant autour de ce principe de proportionnalité et d'individualisation des peines, systématiquement contrecarré par l'imposition législative de peines minimales, le risque d'injustice augmente dans le système du droit criminel. Les procureurs partagent donc cette même idée à l'effet que l'imposition législative de peines minimales augmente la rigidité du système, limite ses capacités à orienter un individu vers « la » peine qu'il mérite réellement. « De plus en plus, il va y avoir de la rigidité dans le système », nous dit-on, « de plus en plus, on va avoir de l'injustice » (Procureur de la Couronne 3). Un avocat de la défense partage cette même idée en d'autres termes : « chaque fois qu'il y a moins de discrétion dans un système qui traite différents individus dans différentes circonstances [...] le risque d'atteindre des injustices augmente » (Avocat de la défense 3).

Pour les procureurs, l'imposition d'une peine minimale n'est pas simplement fait par l'application de ce type de peine dans le système judiciaire. Elle est aussi faite, au sens large, par cette ingérence du système législatif dans la sentence du droit. Comment les procureurs conçoivent-ils alors la raison d'être de ces mesures et leur effet restrictif sur le pouvoir

discrétionnaire des tribunaux ? La thèse d'une stratégie gouvernementale populiste est mise de l'avant par l'empirie. Nous présentons que brièvement ces arguments développés par les acteurs.

Les procureurs perçoivent la peine minimale comme une ingérence du politique dans le droit. Autrement dit, la peine minimale obligatoire permet au politique de prédéterminer la peine et de pallier ainsi aux insatisfactions du législateur ou de l'opinion publique vis-à-vis l'exercice du pouvoir judiciaire dans la détermination de la nature et de la durée minimale des peines. En effet, cette méfiance politique ou ce manque de confiance caractérisé par l'ingérence du politique dans la sentence du droit révèle une toute autre facette de l'énigme traitée. Nous faisons référence ici à cette stratégie politique qui, en s'appropriant de cette tension qui (co-) existe entre l'opinion publique dite répressive et le système du droit criminel, instrumentalise le droit criminel par l'instauration de peines minimales; tout est fait dans le but de séduire cet électorat punitif et gagner ainsi en popularité en créant l'impression que justice est maintenant plus sévèrement rendue. Le système de droit criminel est instrumentalisé à des fins populistes aux dépens de l'indépendance qu'on accorde au système judiciaire dans la séparation des pouvoirs que prévoit la Constitution canadienne, nous dit-on les procureurs.

Les deux prochaines sections vont tenter de montrer l'incidence des peines minimales sur la pratique quotidienne des procureurs et les stratégies qu'ils mettent en œuvre pour contrôler de l'intérieur l'applicabilité de ces peines. Autrement dit, cette réflexion en termes de stratégies lorsque négociations et peines minimales vont de pairs nous a permis de voir les rationalités des acteurs dans cette action collective du fonctionnement du droit criminel.

3.2. L'incidence des peines minimales sur la pratique des procureurs

Nous nous penchons ici sur les incidences des peines minimales dans les pratiques quotidiennes des procureurs, notamment celles liées à la négociation. Il sera d'abord question de montrer comment les peines minimales viennent « bouleverser » cette relation tant documentée de la dynamique relationnelle entre procureurs, pour ensuite illustrer comment ce bouleversement est attribuable à cette (nouvelle) rigidité des négociations. Cette position « privilégiée » que détiennent les procureurs de la Couronne face à la défense avec les peines minimales, de même que l'inflexibilité relative des procureurs de la Couronne devant la possibilité de déroger des minimums dans certains cas, diminue la portée des négociations. Les procureurs nous diront qu'en diminuant la portée des négociations, les peines minimales auront des répercussions ailleurs dans le système, notamment par l'augmentation des procès. Nous ferons enfin le point sur comment et pourquoi la probabilité raisonnable de condamnation, la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant peuvent éventuellement amener les procureurs à négocier une entente qui mettrait à l'écart les chefs d'accusations contraints par les minimums. Comme nous le verrons, lors des négociations, ces trois variables viennent jouer sur le degré de flexibilité des procureurs.

3.2.1. La dynamique relationnelle entre procureurs

Sans pour autant bouleverser la dynamique relationnelle entre procureurs lors des négociations – soit celle qui présente que les négociations entre acteurs sont tributaires du niveau de confiance, de crédibilité, de professionnalisme et de respect mutuel entre vis-à-vis – les peines minimales peuvent entraîner des (nouvelles) tensions susceptibles d'effriter cette relation jusqu'à compromettre la qualité, voire la possibilité même de la négociation. Nous nous expliquons.

Un avocat de la défense qui est vu d'un bon œil par un procureur de la Couronne le restera, qu'il y ait peine minimale ou non. Deux extraits sont utilisés pour appuyer cette affirmation. Nous débutons avec l'extrait de la défense pour ensuite faire place à l'extrait de la Couronne.

If the Crown trusts me, they'll trust me whether we're negotiating a minimum sentence or not. [...] The worst they can say is, "my hands are tied." I say to them, "look, I understand we're now going to have a two week trial instead of a one hour plea. That's on your head because you can't move. I can move my client towards you, but I can't take them all the way. I can take them halfway. If you can get your instructions from the Crown attorney that you can go halfway, we can get a deal done here." Look, everyone understands. Inside the courtroom, that's the war room. Outside the courtroom, when I'm discussing things with Crown attorneys, it's very convivial. Friendly typically. Very few Crowns I don't get along with. I think most of them trust me. I trust most of them. (Avocat de la défense 5)

Bien écoute, moi je n'ai pas vu de différence au niveau des échanges de bons procédés, [...] de la confiance entre les avocats... les avocats doivent vivre avec les lois que le Parlement nous impose, ça ne change pas [pour autant] les relations interpersonnelles entre les avocats, ça ne change pas les relations de confiance entre les avocats et dans ce sens-là, ça ne change pas les façons de négocier parce que l'avocat que je *trustais* hier quand il y avait pas de peines minimales, je vais encore le *truster* aujourd'hui même s'il y a des peines minimales. Ça ne change rien. (Procureur de la Couronne 2)

Ces extraits démontrent bien cette idée que la « mutualité » reste encore prépondérante dans cette arène des négociations entre les procureurs. L'élément relationnel qui semble changer en raison de l'instauration des peines minimales, c'est cette « arme » dont dispose maintenant la Couronne en termes de discrétion, nous dit-on chez la défense : « [a]ll that's changed, is the Crown has a hammer. [...] The Crown has a hammer in his hands, right? The trust between counsels doesn't change. » (Avocat de la défense 5).

D'une part, la relation peut être affectée négativement ou effritée lorsqu'il y a un blocage au niveau de l'ouverture de discussions quant au fait de négocier des ententes qui ne feraient en sorte d'éviter l'imposition d'une peine minimale. D'autre part, dans ces cas où la Couronne joue dur et garde une position autoritaire en ne dérogeant pas du minimum dans les cas où elle pourrait,

on sent cette frustration qui grandit chez la défense. Les extraits suivants rejoignent bien comment les avocats de la défense représentent ces deux idées.

Sometimes you become frustrated where you are saying, “listen man, you could exercise your discretion and take a lesser charge because it is there for you to do. You are just being a jerk, right?” There’s that. If they play hardball with a mandatory minimum when there is any sort of basis upon which they could not... it can affect the dynamic of the relationship. That can [also] happen in non-discretion mandatory minimum where they just take a high position that whole time. “Why are we taking a ridiculous position like that?” I think it can have a negative effect on the relationship in certain circumstances. Most of the time, its “sorry man just have to do my job” and that’s everything. (Avocat de la défense 1)

C’est sûr que ça change [la dynamique] parce que s’il y a une peine minimale, tu négocies plus nécessairement de bonne foi... tu négocies toujours de bonne foi, mais c’est juste que tant et aussi longtemps que [...] la Couronne ne prend pas position pour enlever la peine minimale [...], il n’y a pas de négociations. (Avocat de la défense 3)

En ce qui a trait aux procureurs de la Couronne, ils sont aussi de l’avis que les peines minimales peuvent venir ternir les relations qu’ils entretiennent avec certains avocats de la défense. Comme l’indique ce procureur de la Couronne – qui semble jouer dur en gardant une position forte face à la peine minimale, les avocats de la défense deviennent plus « défensifs ».

Certainement. Ça l’a un effet [sur la dynamique]. Comme je disais plus tôt, tout le monde travaille plus fort [...] puis souvent on commence nos négociations en disant « bien, il y a une peine minimale, donc il n’y a pas grand-chose que je peux faire ». L’avocat de la défense est plus défensif, je veux dire, ça l’a un impact. (Procureur de la Couronne 5)

Cet extrait rejoint bien cette frustration que nous avons ressentie plus tôt chez la défense lorsqu’elle indiquait que les procureurs de la Couronne peuvent ne pas prendre position quant au fait d’enlever (ou non) la peine minimale lors des négociations. Pour ce prochain procureur de la Couronne, il n’en demeure pas moins qu’éventuellement, les négociations feront en sorte d’affecter négativement les relations entre procureurs.

[...] la défense va être beaucoup plus agressive dans leur approche avec la Couronne. Ils font des demandes de résolutions qui sont parfois déraisonnables pour passer [au-delà] évidemment de la peine minimale. Tu sais y prennent [une infraction] vraiment trop sérieuse puis ils essayent de la rendre à quelque chose qui n’est pas pertinent pour l’éviter. Des fois, [la peine minimale] peut endurcir les entretiens avec les avocats de la défense. Ça

peut devenir, jusqu'à un certain point [...], des relations tendues tu sais, [et ce même avec des avocats de la défense où tout se déroule] normalement ou autrement [à l'habitude]. [...] Pas dans tous les cas, mais il y a définitivement des [cas où les] avocats nous font ressentir leurs frustrations. [...] Il se peut que ces mêmes individus-là aient trouvé qu'on était dur et déraisonnable dans le passé aussi. Mais certainement le spectre d'une sentence minimale [...], les grosses peines comme ça, c'est tellement dur à la ligne que je peux comprendre la réaction [de certains d'entre eux]. (Procureur de la Couronne 3)

Ces extraits indiquent que la « dynamique relationnelle » entre les acteurs reste la même et n'est pas affectée par la peine minimale. Ce qui change avec les peines minimales, c'est cette « dynamique négociatrice » des procureurs dans la poursuite de leurs objectifs, et c'est elle qui vient éventuellement affecter la dynamique qui anime normalement les négociations. Les peines minimales n'enlèvent donc pas cette idée de la « mutualité » entre procureurs, mais la rigidité qu'elles imposent au niveau des négociations vient faire en sorte que cette « mutualité » s'effrite.

3.2.2. L'effet des minimums sur la flexibilité des négociations

En plus de réduire la capacité cognitive du droit criminel d'administrer son lot de cas conformément aux objectifs et principes en matière de détermination de la peine, il n'est pas surprenant que les procureurs nous disent que les peines minimales viennent à leur tour limiter la portée des négociations. Elles viennent non pas éliminer complètement les négociations – même si certains diront que oui – mais elles limitent dans une grande mesure la souplesse en termes d'échange, d'options et de solutions créatives. Les procureurs sont tous d'avis qu'en instaurant une quelconque rigidité dans les négociations, les peines minimales font en sorte qu'il y a (aura) une augmentation de la tenue de procès. « Qu'avons-nous à perdre ? » nous dit-on chez la défense.

Les avocats de la défense indiquent que lorsqu'il y a négociations, les peines minimales affectent négativement les négociations. Moins d'options peuvent être offertes ou attendues de part et d'autre de la table des négociations, car les peines minimales viennent réduire l'ouverture ou la capacité des procureurs de la Couronne à en arriver à une entente dans certains cas. En rendant

ainsi toutes négociations moins efficaces, l'incidence qu'ont les peines minimales sur cette pratique ne peut être qualifiée autrement que comme contraignante. Comme nous l'expliquent les avocats de la défense, si la peine « ne peut être moindre que » ou si elle « est au moins de », il est plus difficile pour la Couronne de justifier une entente en deçà du minimum prescrit par la loi.

The scope of negotiation is less, so there is less breath for negotiation and consideration of options. That is what it does. It just restricts the aperture of the ability to talk about stuff. It is still there but it is far, far, far, far less. (Avocat de la défense 1)

Il n'y a aucun aspect positif. Complètement négatif. Oui, [les peines minimales ont] 100% d'influence sur la négociation d'un plaidoyer parce qu'on commence à négocier au niveau de la peine. [...] La peine minimale est toujours plus ou moins supérieure à ce que la peine devrait être, donc en d'autres mots, ça nous met un plancher de négociations. [...] Ça limite énormément nos discussions, même que ça élimine pratiquement les négociations. (Avocat de la défense 3)

Quant aux procureurs de la Couronne, ils sont aussi d'avis que les peines minimales viennent complexifier les négociations. Le manque de compromis ou de concessions possibles rend plus difficile ce résultat tant recherché du règlement d'un dossier en temps opportun par l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité. Autrement dit, les peines minimales entraînent pour la Couronne une réduction des options disponibles, voire l'exclusion de celle qui dans certaines circonstances favoriserait une peine moindre. Comme l'indique ce procureur de la Couronne :

Ça rend la négociation plus difficile dans les cas où, si ce n'était pas de la peine minimale, l'individu aurait quelque chose de complètement moindre que la peine minimale. Quand un individu fait un geste tellement terrible qu'on sait tous qu'il va avoir au moins l'équivalent de la peine minimale, sinon plus, la peine minimale n'est pas un facteur de négociation à ce moment-là. (Procureur de la Couronne 2)

Encore là, c'est ça, il faut être créatif [pour négocier une entente autre que le minimum]. Il n'y a rien dans le Code qui permet de sursoir une peine minimale. Si l'infraction [...] vient avec une peine minimale, on est obligé de vivre avec. (Procureur de la Couronne 2)

Ce procureur de la Couronne démontre bien comment devient affectée la flexibilité des négociations qui autrement leur permettrait de s'adapter au cas par cas selon la gravité de l'acte et le niveau de culpabilité morale de l'individu, D'une part, les peines minimales réduisent les

ententes et accords possibles en vue d'un plaidoyer de culpabilité à une peine moindre que le minimum prescrit. D'autre part, les négociations peuvent devenir plus fermées à l'idée de recourir à des ententes ou accords possibles si les barèmes informels liés à la détermination de la peine sont plus ou moins équivalents aux minimums prévus dans la loi.

Les procureurs de la Couronne considèrent que les peines minimales affectent l'efficacité des négociations du fait que moins de dossiers sont et seront possiblement réglés par l'entremise de la négociation. Voyons comment ce procureur de la Couronne explique le tout.

Oui, ça vient limiter la négociation, c'est sûr. Mais je ne pense pas que la peine minimale obligatoire va faire en sorte que plus de gens plaident coupable, je ne suis pas sûr de faire le lien. Il y a peut-être des données statistiques qui démontrent ça, mais l'argument d'efficacité, de réduction de coûts pour une personne qui n'est pas représentée par avocat viendrait qu'il y ait une peine minimale obligatoire ou pas. [Est-ce que c'est un facteur qui vient affecter l'efficacité des négociations ?] Oui, parce qu'on ne peut pas descendre en bas de certains [minimums]... (Procureur de la Couronne 1)

En plus de complexifier et de diminuer la réussite des négociations, tout comme les autres négociations qui impliqueraient des peines considérées comme étant « sévères », comme l'explique l'extrait suivant, davantage de contestations auront lieu devant les tribunaux.

[...] lorsqu'il y a une peine minimale trop onéreuse, la défense aurait peut-être pu se dire, bien ce n'est pas utile de parler parce que mon gars fait face à juste trop de prison, donc il n'y a pas façon de plaider coupable, tu sais, on va aller de l'avant avec le procès, donc ça peut faire en sorte qu'on a des procès inutiles. Des procès où la Couronne a vraiment toutes les cartes, mais simplement parce que l'accusé, tu sais, ne peut même pas argumenter sa sentence. Il va aller au procès pour, disons... c'est un petit peu par désespoir, donc il n'y aura pas de plaidoyer de culpabilité possible. Il n'y a pas de place pour la Couronne à négocier un accord qui serait, disons comestible [pour] l'accusé. [...] il y a aussi l'autre bord où [...] ça nous enlève la possibilité de régler des problèmes puisque que tu sais l'accusé n'est pas capable d'avalier sa pilule [la peine]... elle est juste trop grosse. (Procureur de la Couronne 3)

Ce procureur de la Couronne est d'avis que le manque de compromis ou de concessions qui lui est possible de faire efface une partie intégrante du « bon » fonctionnement des négociations, soit l'incitatif d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité devant les avantages ou les

bénéfices qu'en retirent les accusés. C'est ainsi que les avocats de la défense et les accusés auront plus tendance à recourir au procès que d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité.

3.2.3. De l'inflexibilité des négociations à l'augmentation de la tenue de procès

Ainsi, devant la rigidité des négociations et l'inflexibilité relative de la Couronne, il est aisé de dire que la défense n'a que peu ou pas de discrétion dans la négociation. Ce qui devient intéressant ici, c'est que du point de vue des avocats, ils gardent une marge de manœuvre malgré cette situation d'infériorité face à la discrétion de la Couronne. Même si les peines minimales affectent leur capacité de négocier un dossier, l'option qui reste à la défense, c'est simplement de pousser les dossiers à procès. Cette situation extrêmement contraignante n'est pas nécessairement problématisée par certains avocats de la défense qui tiennent à maintenir malgré tout le discours d'un plein pouvoir discrétionnaire : « we have full discretion because we can always opt to have a trial » (Avocat de la défense 5). Mais dans les faits, lorsqu'une seule option subsiste, on peut difficilement parler de pouvoir discrétionnaire ou même d'*option*. Une seule option n'est pas une option, c'est une contrainte. C'est d'ailleurs sous cet angle que la plupart des avocats de la défense interviewés vont considérer leur situation :

En défense, on n'a pas nécessairement de discrétion, on est vraiment soumis à la Couronne. On n'a pas le choix, notre *job* c'est d'essayer de convaincre la Couronne qu'on a raison sur nos arguments. Je veux dire qu'on n'a pas de discrétion face à quoi que ce soit. La seule discrétion qu'on a, c'est d'accepter de plaider coupable ou pousser le dossier à procès. Ce sont les seuls choix qu'on a. Soit qu'on dit « on va acquiescer à ce que vous nous donnez... à ce que vous nous suggérez... on va prendre le plaidoyer pis on va aller devant le juge pis on va plaider sur la peine », ou on pousse à procès. C'est notre seule discrétion [...]. (Avocat de la défense 3)

Les avocats de la défense considèrent que leurs clients sont libres de pouvoir renoncer à leur droit d'aller en procès en acceptant de plaider coupable aux charges qui pèsent contre eux, mais que la plupart du temps, ils décident de pousser leurs dossiers à procès puisqu'ils « n'ont rien

à perdre ». Bref, comme l'explique cet avocat de la défense, il y a moins d'incitatifs pour l'accusé de prendre responsabilité et d'accepter de plaider coupable avant le procès.

I mean to me that's the big thing [with minimum sentences], is that, it gets rid of a lot of incentive [to plead guilty]. Nobody wants to go to jail, even people that committed the crime don't want to go to jail. What I mean by that is that there is any number of different types of offenders [...] or people accused of committing crimes. Some people are accused of committing crimes and are otherwise happy to accept the responsibility if they are going to be treated reasonably and with respect, but the problem becomes that even if people have committed offenses, they aren't so willing to necessarily resolve the matter [with a guilty plea] and fall on their sword and go to jail. (Avocat de la défense 2)

Ce sur quoi cet avocat insiste, c'est cette difficulté qu'ont les personnes qui assument ou sont prêtes à assumer la responsabilité de leurs actes par un plaidoyer de culpabilité lorsqu'elles considèrent ne pas être traitées adéquatement et avec respect. Les accusés auraient ainsi moins tendance à plaider coupable lorsqu'aucune forme de crédits ou de rabais sur sentence ne peut être allouée par la Couronne. En d'autres termes, il y a cette ambivalence chez les accusés de plaider coupable lors des négociations s'ils n'en retirent aucune forme d'avantage. En effet, ce manque d'incitatif (plaidoyer de culpabilité hâtif ou non) fait en sorte que de moins en moins d'avocats et d'accusés seront prêts à entrer en négociation. Règle générale, le procès s'impose puisqu'il ne comporte plus de risque.

Do you know why everybody, or almost everybody, argues their murder cases? Because of the mandatory minimum. You might as well, right? What's the worst that'll happen? [If] you're going to lose and get a mandatory minimum, at least you got a shot at beating it. Why not take the chance? That's the way people think, I mean, that's not a unique way for humans to analyze potential risks and payoffs, right? If there's a small percentage chance of a payoff and the risk is the same either way, why not take it. (Avocat de la défense 2)

C'est quoi son avantage de prendre responsabilité avant procès ? Il y en a zéro. Qu'il prenne un an maintenant où qu'il prenne un an après procès, il va avoir un an pareil. Donc il n'y a pas d'incitatif pour lui. Il est aussi bien de prendre ses chances d'aller en procès, espérer qu'un des témoins se plante, ou qu'il y en ait un qui ne se présente pas, ou qu'ils ne peuvent pas prouver tel élément ou qu'un juge rejette tel argument de preuve ou peu importe, ou qu'un juge aille de la sympathie pour lui ou *whatever* ce que ça pourrait être, pis là il gagne. Il a zéro. S'il perd, il a un an pareil. Donc c'est quoi son avantage à accepter responsabilité avant procès ? C'est [un procès sans risques] ça. [...] Un [autre] exemple, [la Couronne]

t'offre zéro jour puis [elle] t'offre 30 jours après procès, là tu as de quoi à perdre. Parce que si tu plaides coupable [et] tu acceptes responsabilité tu te sauves de prison, mais si tu fais un procès et tu perds tu vas en dedans pour 30 jours. Là faut que tu y penses comme il faut. (Avocat de la défense 3)

Les procureurs de la Couronne sont aussi unanimes à dire qu'en augmentant la complexité des négociations ou en diminuant les possibles concessions qui peuvent être faites lors des négociations, les peines minimales font en sorte que plus de défenses et d'accusés vont pousser et contester leurs accusations pour tenter d'avoir gain de cause.

[...] lorsque quelqu'un est accusé d'une infraction, que c'est la première fois de sa vie qui est devant un tribunal et ce qui lui pend au bout du nez, s'il est reconnu coupable, c'est quatre ans de prison, je peux vous dire que dans des circonstances comme celles-là, si le gars ou la fille a les moyens financiers de se défendre ou de faire ce qu'il peut pour avoir de l'aide juridique, il n'a absolument rien à perdre... à ce moment-là, il est mieux d'aller à son procès. Si j'étais son avocat de la défense, tu peux être sûr que c'est le conseil que je lui donnerais. Quand tu as une peine minimale de quatre ans, quand tu n'as pas de dossier criminel, je prends quatre ans par exemple dans un cas où quelqu'un aurait utilisé une arme à feu dans la commission d'une infraction... tu sais, quelque chose qui serait un bris d'arme à feu, normalement il vaudrait six mois, mais dès qu'il y a une arme de feu d'impliquer, même s'il n'a pas blessé personne, juste s'il y a une arme à feu d'impliquée, là, à ce moment-là, on parle de quatre ans de prison. Écoute, quand tu es pris à regarder à quatre ans de prison, qu'est-ce que tu veux faire ? Avaler ta pilule et allez en prison, ou tu veux prendre tes chances et courir la chance d'être acquitté ? Moi, si j'étais à la place de l'accusé, et que j'avais les moyens, tu peux être sûr que je me défendrais parce que tu n'as rien à perdre à ce moment-là. Donc ça, à ce moment-là, ça affecte la capacité de négocier le plaidoyer. (Procureur de la Couronne 2)

Ce que ce type de peine là va amener, ce sont des contestations au niveau de l'accusation parce que [...] l'accusé n'a rien à perdre et va donc tenter d'être acquitté. [Il] va peut-être tenter de bénéficier d'une faute technique dans le dossier de la Couronne du fait qu'une victime ne se présente pas, du fait que le témoignage n'est pas aussi clair qu'il aurait pu l'être et à ce moment-là il va être acquitté. Il prend sa chance alors qu'avant il aurait peut-être plaidé coupable puis il aurait eu un débat sur sentence ou une suggestion commune. (Procureur de la Couronne 1)

Qu'en est-il maintenant de ces cas où les négociations semblent pouvoir prendre place afin d'éviter ou de contourner l'applicabilité des peines minimales ? C'est ici qu'entrent en ligne de compte les différents scénarios et variables possibles pouvant amener la Couronne à (re)considérer les visées de sa poursuite, soit celles qui viennent rationaliser ses actions justifiant ainsi la mise en

œuvre d'une stratégie. Nous faisons ici référence à la probabilité raisonnable de condamnation ainsi qu'aux deux facettes indissociables de ce principe de proportionnalité, soit la gravité de l'infraction et la culpabilité morale de l'accusé.

3.2.4. Les scénarios du principe de la probabilité raisonnable de condamnation

Comme nous l'avons vu, la réduction de la portée des négociations se répercute au niveau de la tenue de procès. Les procureurs peuvent tout de même négocier pour écarter des chefs d'accusation qui comportent des peines minimales. Après tout, les études mentionnées au premier chapitre démontraient bien que l'application (théorique) des peines minimales n'est pas aussi rigide qu'on peut le penser (en pratique).

Comme le dicte le guide du Service des poursuites pénales du Canada (SPPC) en relation à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des procureurs de la Couronne, dans les dossiers où il y a des peines minimales, la probabilité raisonnable de condamnation et l'intérêt du public priment.

Conformément à la volonté du législateur, il sera généralement inapproprié que le procureur de la Couronne accepte un plaidoyer à une infraction moindre, arrête les procédures ou retire une accusation, si cela est fait dans le but d'éviter l'imposition d'une peine minimale obligatoire, lorsque la preuve justifie l'accusation initiale. (SPPC, Section 6.4 : 4).

Par contre, le guide du SPPC indique que « [d]ans des circonstances exceptionnelles, il peut être acceptable [pour le procureur de la Couronne] de s'écarter de ce principe [...] » (SPPC, Section 6.4 : 4). Trois scénarios sont énoncés dans le guide du SPPC :

S'il existe une probabilité raisonnable de condamnation de l'auteur de l'infraction entraînant une peine minimale obligatoire, l'accusation ne peut être retirée ou faire l'objet d'un arrêt de procédures aux termes d'une entente sur le plaidoyer que si le procureur fédéral en chef ou son délégué y consent. Le procureur fédéral en chef ne peut donner son consentement que si la justification du plaidoyer est consignée dans une note écrite qui démontre, à la satisfaction du procureur fédéral en chef, que le dénouement proposé serait dans l'intérêt public.

Dans le cas où l'arrêt des procédures, le retrait ou l'entente sur un plaidoyer à une infraction moindre est dû au fait qu'il n'y a pas de probabilité raisonnable de condamnation, un tel consentement n'est pas nécessaire. Dans ces cas, le procureur de la Couronne doit présenter une note écrite au procureur fédéral en chef ou à son délégué dans laquelle il explique sa décision et il doit veiller à ce que cette note soit consignée au dossier.

Dans des circonstances exceptionnelles, où il n'est pas possible d'obtenir un tel consentement, le procureur de la Couronne peut arrêter les procédures ou retirer l'accusation entraînant la peine minimale obligatoire ou accepter un plaidoyer pour une infraction moindre à l'égard d'une telle accusation. Dans de telles circonstances, le procureur de la Couronne doit par la suite, et ce, dès que possible, présenter au procureur fédéral en chef une note écrite dans laquelle il explique sa décision et les raisons pour lesquelles il n'était pas possible d'obtenir le consentement. Le procureur de la Couronne doit également veiller à ce que la note soit consignée au dossier. » (SPPC, Section 6.4 : 4, nos soulignées)

Le guide su SPPC prévoit que lorsqu'il y a une probabilité raisonnable de condamnation, le procureur de la Couronne peut soit arrêter les procédures, retirer les accusations portant des peines minimales ou négocier un plaidoyer de culpabilité à des infractions moindres.

Les procureurs de la Couronne que nous avons rencontrés sont unanimes à dire que ce principe de la probabilité raisonnable de condamnation est l'un des principes directeurs inhérents à l'orientation de leurs dossiers : « la première chose qu'on évalue dans un dossier, c'est la probabilité raisonnable de condamnation. [Il] faut faire cette détermination-là » (Procureur de la Couronne 4). Voyons comment ce prochain extrait bâtit davantage ce principe.

Nous, comme procureur, on ne peut pas amener un dossier devant le tribunal si on pense que le témoin ne pourra pas donner la version des faits. Si on est convaincu que le témoin ne pourra pas témoigner, il faut qu'on se pose la question : « est-ce que le dossier à une probabilité raisonnable de condamnation ? » Donc si j'en viens à la conclusion [...] qu'il n'y a pas de probabilité raisonnable de condamnation, ça ne serait pas éthique de ma part de continuer à négocier avec l'avocat de la défense parce que je n'ai pas de dossier. Comprenez-vous ? Si je sais qu'un témoin est mort, si je sais qu'un témoin n'est pas disponible, ça ce sont des choses bien évidentes, mais si par exemple je commence à avoir des doutes sur le témoignage [des témoins]... mon devoir de procureur à ce moment-là, c'est de me poser la question « est-ce que j'ai une probabilité raisonnable de condamnation », si j'en ai pas de probabilité raisonnable de condamnation, je ne peux pas obtenir une négociation... [Je ne peux pas] négocier quelque chose avec l'avocat de la défense parce que toutes les négociations doivent être basées sur le principe dont je peux procéder avec mon dossier et j'ai une probabilité raisonnable de condamnation. Si je

néocie en sachant que je n'ai pas de probabilité raisonnable de condamnation, [...] j'agis d'une manière non éthique. (Procureur de la Couronne 1)

Ce procureur de la Couronne explique bien que ce principe de probabilité raisonnable de condamnation est un critère important à prendre en compte dans la décision de poursuivre ou non avec la négociation. Imaginons deux scénarios pour représenter fidèlement ce principe du point de vue de la Couronne. Dans le premier scénario, comme l'indique l'extrait ci-dessus, le dossier est faible pour plusieurs raisons : manque de preuves, crédibilité des témoins ou autre. Ici, qu'il y ait une peine minimale ou non, la probabilité raisonnable de condamnation entraîne le procureur de la Couronne à se poser la question à savoir s'il y a matière pour poursuivre le justiciable. Dans l'éventualité où la Couronne juge que la probabilité raisonnable de condamnation fait défaut, elle va demander l'arrêt des procédures, retirer les accusations ou – comme nous le verrons plus loin – avoir plus tendance à négocier les chefs d'accusation avec des minimums par l'entremise d'un plaidoyer de culpabilité. Il serait non éthique et contre l'intérêt du public, du point de vue de la Couronne, de poursuivre l'individu sous les chefs dont il est accusé si la probabilité raisonnable de condamnation fait défaut. Dans le deuxième scénario, la probabilité raisonnable de condamnation est si forte qu'aucune manœuvre ne peut être effectuée par la Couronne. Si l'individu ne compte pas enregistrer un plaidoyer de culpabilité sur l'entièreté des accusations qui pèsent contre lui – peu importe la raison derrière son choix, le procès s'impose comme l'explique ce procureur de la Couronne.

Je pense que quand les avocats de la défense disent qu'on a le gros bout du bâton, ce serait un bon exemple. C'est-à-dire que s'il y a une preuve d'utilisation d'une arme à feu, la preuve est claire, elle n'est pas attaquable, et puis là la peine est de 4 ans parce qu'une infraction a été commise avec une arme à feu, on n'a pas de marge de négociations. [...] Donc ça, c'est précisément un exemple où effectivement la Couronne aurait le gros bout du bâton et il y aurait de l'inflexibilité [de négocier]. (Procureur de la Couronne 1)

Les causes claires où vraiment comme procureur je ne peux pas offrir rien d'autre sauf qu'est-ce qui est réel, le gars est accusé et il va aller au procès [et il va se dire] « je n'ai rien à perdre ». (Procureur de la Couronne 5)

En somme, ces deux scénarios illustrent les deux « extrémités » que peut prendre ce principe de la probabilité raisonnable de condamnation. Lorsque la probabilité raisonnable de condamnation est très faible, certains procureurs de la Couronne pourront se montrer plus flexibles et accepter de retirer certaines accusations ou même demander l'arrêt des procédures. Lorsque la probabilité raisonnable de condamnation est très forte, la Couronne peut alors prendre une attitude moins conciliante, exiger davantage sachant ou étant persuadée que tôt ou tard, que ce soit à l'issue des négociations ou à l'issue du procès, l'individu sera condamné.

Par contre, rien n'empêche la Couronne d'essayer de condamner quelqu'un avec un dossier où la probabilité raisonnable de condamnation est extrêmement faible, voire qu'elle fait défaut. Un seul de nos procureurs de la Couronne, en parlant de cette pratique de négocier au sens large, ne semblait pas préoccupé avec ces questions d'éthiques : « souvent on va faire ça aussi [négocier un plaidoyer de culpabilité] si on croit qu'il va être acquitté. [...] On aime mieux voir le gars être sur la probation pour deux ans que le voir marcher avec rien » (Procureur de la Couronne 5). Notons ici que cette observation n'est pas partagée par les autres procureurs de la Couronne. Autrement dit, elle ne semble pas véhiculer une rationalité qui laisse présager que le procureur de la Couronne l'utilisera pour justifier ses stratégies lorsqu'il négocie un dossier.

Ainsi, tout ce qui n'est pas considéré faisant partie de ces « extrémités » fait en sorte que le procureur de la Couronne conserve une certaine flexibilité, flexibilité qu'il peut ensuite utiliser pour négocier une entente qui aurait une sentence autre que la peine minimale. La probabilité raisonnable de condamnation peut et doit être vue comme étant un principe ou un concept relatif qui, à proprement parler, est ouvert aux interprétations possibles de part et d'autre de la table des négociations. C'est ce jeu des interprétations que font les procureurs qui forcera la main d'un des vis-à-vis à (re)considérer l'issue d'un dossier par la négociation.

Quant aux avocats de la défense, ils sont bien conscients des interprétations relatives à la probabilité raisonnable de condamnation. Même s'ils sont moins éloquents dans leur façon d'expliquer ce principe, il n'en demeure pas moins que les avocats de la défense connaissent très bien ce qu'implique ce principe en pratique, comme l'explique celui-ci.

I mean if there's a mandatory minimum in the Criminal Code, we know, and we tell the clients, "This is what you're facing." The Crown knows what the client's facing. If they have an especially strong case... You can draw a spectrum. The stronger the case, the less likely the Crown is to negotiate. Right? [...] If they've got a mandatory minimum and a very strong case, they're not going to talk to you about negotiation. You better come up with some miracle defense. The weaker the case, the more likely they're to negotiate and the more likely they'll look to an alternative to a mandatory minimum. They get a bite out of the apple. They don't get the whole apple, which is the maximum, but they get a bite. [The Crown would say] "[i]f this is not a bad guy, he'll never come back to the criminal justice system. If this is a repeat offender, we'll get him the next time when we have a stronger case". You look at that sliding scale, along that spectrum, and that's the way it works in their mind. That's the way we look at it too. You know the stronger the Crown's case, the more difficult it is for us to get the deal done. We have to convince the Crown there's a weakness, there's an Achilles' heel to that case. (Avocat de la défense 5)

Cet extrait illustre de manière non équivoque que les avocats de la défense sont au courant que la probabilité raisonnable de condamnation guide l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Couronne et c'est l'interprétation qu'ils font d'un dossier qui leur permet d'avoir une percée dans ce jeu des négociations. Pour les avocats de la défense, de même que pour les procureurs de la Couronne, toutes les situations qui se logent entre ces deux cas de figure ou « extrémités » représentent une incertitude, un certain pouvoir, une plus grande possibilité d'action.

Comme l'explique le prochain extrait, les procureurs de la Couronne sont majoritairement perçus par la défense comme étant honnêtes et ouverts d'esprits lorsqu'il y a des lacunes dans leurs dossiers, lacunes qui pourraient venir influencer l'issue d'un dossier.

Si [le] dossier [de la Couronne] est faible, il faut qu'il aille voir son boss... S'il a eu l'approbation [pour abandonner certains chefs], à ce moment-là, on peut négocier. Si tu prends un dossier de facultés affaiblies, j'en ai un présentement qui me vient en tête. J'ai rencontré la Couronne deux semaines passées, et la Couronne m'a dit « non je reconnais

qu'on va avoir de la difficulté à prouver tel et tel élément, donc dans les circonstances j'attends l'approbation de mon boss et on va peut-être [négocier]... si on ne fait pas telle et telle chose, est-ce que ton client serait potentiellement prêt à vouloir accepter telle et telle responsabilité ». [...] Mon expérience avec la grande majorité des Couronnes, c'est que quand elles vont percevoir certains aspects négatifs de leurs dossiers, ils ne sont pas gênés de l'admettre. (Avocat de la défense 3)

Les procureurs de la Couronne semblent assez ouverts quant au fait de reconnaître les problèmes ou les lacunes³¹ que comportent leurs preuves. Cette discussion permet donc aux procureurs de négocier un accord qui ne prendrait pas en considération la peine minimale, indépendamment de la stratégie qu'ils utiliseront pour faire ainsi.

S'ajoute à la probabilité raisonnable de condamnation ces deux facettes indissociables du principe de la proportionnalité, facettes qui peuvent amener les procureurs à considérer ou tenter de régler le dossier par l'entremise des négociations.

3.2.5. Les variables de la gravité de l'infraction et de la culpabilité morale de l'accusé

Cette flexibilité que retrouvent les procureurs au niveau de la probabilité raisonnable de condamnation devient aussi apparente lorsqu'ils évaluent la gravité de l'infraction et de la culpabilité morale de l'accusé. Ces deux optiques de la proportionnalité amènent les procureurs à réfléchir sur l'adéquation ou l'inadéquation de la peine minimale lorsqu'ils négocient entre eux. Elles peuvent donc être considérées du même ordre que la probabilité raisonnable de condamnation.

³¹ Aux termes de *Boucher contre La Reine*, la plus haute cour d'appel du pays vient de créer une jurisprudence quant au rôle du procureur de la Couronne de divulguer la totalité de la preuve. En encadrant l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont détient le procureur de la Couronne dans ce jeu lié à la divulgation stratégique d'une preuve ou d'un élément de preuve, la CSC indique que « [l]es procureurs sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste » (*Boucher c La Reine*, [1955] RCS 16 aux pp 23-24, notre traduction). En (re)considérant les propos de Crozier et Friedberg (1976), il n'est donc pas surprenant qu'un procureur de la Couronne soit plus honnête avec sa preuve face à un adversaire qu'il considère comme étant compétent ; ce dernier étant plus apte à démasquer les lacunes au niveau de la preuve lorsqu'il fait face à l'entièreté de la preuve.

Si l'acte est considéré « grave » ou si la culpabilité morale du justiciable est « élevé », la défense est au courant que la Couronne aura alors moins tendance à entrer en négociation et, par conséquent, aura moins tendance à négocier quelque chose qui ne ferait pas allusion au minimum prescrit. Dans le cas contraire, si la gravité de l'infraction ou le niveau de culpabilité morale de l'accusé semble « faible », des négociations peuvent davantage prendre place. En somme, les acteurs (procureurs) tentent ici d'éviter que la peine soit disproportionnée et ce résultat peut être obtenu par les stratégies qu'ils mettront en œuvre.

Comme l'indique cette défense, « the greater the moral blameworthiness [or the severity of their alleged offence], the greater the Crown's incentive to try and get a tougher sentence » (Avocat de la défense 5). Le prochain extrait illustre l'envers de la situation.

[...] let's say that I have a young guy and, let's choose the gun example, who seemingly was much closer to a non-criminogenic involved person who happen to have possession of the gun. It's still possible to consider maybe taking an alternative offense in rare circumstances, so I would try to build it up as far as I can to try to say, "[...] we all know it's grossly disproportionate or probably close to it", so can I find another offense which captures the gravity of the offense enough that the Crown isn't doing an injustice to the legislative mandate of the federal government [...]. (Avocat de la défense 1)

Tout comme la probabilité raisonnable de condamnation peut laisser présager de possibles ouvertures face aux négociations, la gravité de l'infraction (faible ou élevée) de même que la culpabilité morale de l'accusé (faible ou élevée) viennent mobilisables dans les rationalités des procureurs. Cette idée est aussi partagée par les procureurs de la Couronne.

Oui c'est possible [de négocier à la mise à l'écart de la peine minimale] dans des cas [d'agressions sexuelles] que je t'aie donné comme exemple, ça fait passer la peine minimale de douze mois à trois mois. La nature des gestes posés fait en sorte que oui je suis capable d'accepter un plaidoyer comme celui-là, il n'y a pas eu de pénétrations, c'était des attouchements [par-dessus les vêtements]. Mais si quelqu'un m'arrive « mon client va plaider coupable à une charge sommaire [pour éviter le minimum] » alors qu'il est accusé d'avoir violé deux femmes avec pénétration et il est accusé de violence physique, bien ça c'est différent. Il devra vivre avec la peine minimale. (Procureur de la Couronne 2)

Ce procureur de la Couronne explique bien le degré de tolérance qui peut caractériser un procureur par rapport à un acte en particulier et les circonstances qui l'entourent. Ce dernier extrait illustre comment les procureurs de la Couronne se représentent la gravité de l'acte et la culpabilité morale du justiciable, soit celui d'une agression sexuelle où la composante sexuelle est un attouchement versus celle qui a comme composantes pénétration et violence physique. Bien que les procureurs de la Couronne doivent prendre en considération d'autres éléments³² avant d'acquiescer de négocier une entente qui ferait fi du minimum, certains d'entre eux peuvent aussi se laisser guider par ces considérations relatives à l'ordre de la proportionnalité.

D'une part, l'acte peut être considéré comme grave aux yeux de la loi, mais la culpabilité morale se détermine en cour. C'est ici que les négociations peuvent prendre place pour que la peine soit juste, appropriée et adaptée. Dans le cas contraire, indépendamment du degré de culpabilité morale de l'accusé, si on prévoit une peine (minimale) pour un acte dans le Code et qu'elle est perçue comme étant disproportionnée par les procureurs, les négociations peuvent prendre place pour tenter de garder la sentence le plus près possible des barèmes sentenciers.

Ces considérations liées à la proportionnalité, mais aussi à la probabilité raisonnable de condamnation, ne sont pas nouvelles. Voici comment ce procureur de la Couronne précise sur quoi il s'appuie pour décider.

Je pense que dans ces choix [de négocier ou non], moi je suis guidé [...] d'abord par la Constitution [et la Charte] telle qu'elle est interprétée : l'article 12, l'article 7, [...] le juge Lebel qui nous dit que la peine [doit être] proportionnelle. Je suis guidé par les principes

³² Comme la littérature le suggère, d'autres considérations (professionnelles, personnelles et éthiques) sont à prendre en compte même dans les cas où négociations et peines minimales vont de pairs. Nous parlons, entre autres : de l'utilisation efficace et efficiente des ressources; éviter que certaines victimes aient à témoigner (re-victimisation); la médiation d'une cause; le poulx ou le consentement de la victime, le cas échéant, de sa famille à l'égard d'une possible négociation; l'âge de l'accusé; la nature des gestes posés; les antécédents judiciaires; les remords de l'accusé; le plaidoyer hâtif; de trouver des résultats raisonnables qui ne vont pas à l'encontre de l'intérêt du public et qui reflètent les barèmes de la juridiction et de la jurisprudence ou autre. Toutes ces considérations – maintenant secondaires lorsqu'ils y a des peines minimales – influencent le déroulement de négociation d'après les procureurs.

législatifs : l'article 718.1 et 718.2... [Les théories de la peine et la proportionnalité...] Exactement, puis les différents facteurs, je suis guidé par la jurisprudence, ensuite, est-ce qu'il y a des décisions de tribunaux dans la juridiction où je plaide qui ont considéré ces points-là... (Procureur de la Couronne 1)

La probabilité raisonnable de condamnation, jumelée aux variables de la gravité de l'infraction et de la culpabilité morale de l'accusé, illustrent bien les rationalités de certains procureurs à être ouverts à l'idée de négocier. Ce sont ces rationalités qui nous ont permis d'observer que les procureurs tentent, par la mise en œuvre de stratégies lors des négociations, de réguler l'action collective ou de retrouver cet équilibre en termes de sentence, soit celui de la proportionnalité et de l'individualisation des peines. En étant plus ouvert à l'idée de négocier l'exclusion des chefs d'accusation (peines minimales) lorsque la preuve risque de faire défaut et que la peine serait disproportionnée selon le contexte et les circonstances, les procureurs limitent l'ingérence politique dans le système judiciaire par la négociation. Ainsi, les procureurs ont une marge de manœuvre face à cette rigidité du système et des négociations instaurées par cette stratégie gouvernementale populiste.

3.3. Les stratégies de contrôle ou de réduction des impacts

Cette toute dernière section est particulièrement importante, car elle permet d'illustrer empiriquement les stratégies mises en œuvre par les procureurs pour contrôler, réduire ou neutraliser les impacts des peines minimales dans la négociation.

Mise en relation avec les précédentes, cette section de notre analyse illustre comment le droit criminel s'autorégule, notamment par la discrétion qui est délaissée aux procureurs dans les négociations.

Il importe de mettre quelques considérations empiriques sur table avant d'entrer dans le vif du sujet. Nous nuancions ici cette idée relative aux stratégies des procureurs : nouvelles stratégies ou l'extension de celles-ci ? La Couronne et la défense sont d'avis qu'ils s'adaptent aux changements apportés par les peines minimales. Et c'est cette adaptation qui ne fait que stimuler, amplifier, accentuer, voire rendre plus concrète les stratégies que les acteurs adoptent pour mettre en œuvre leurs visées dans l'action collective. Pour eux, les stratégies ne sont qu'une simple extension de ce qui se passe dans les cas où les sentences sont jugées plus « dures ».

Plusieurs stratégies ont été identifiées par les observations que nous avons faites des récits des procureurs. Les voici : le choix de la Couronne qui lui permet d'opter pour une procédure par voie sommaire dans les infractions de type hybride; la réduction d'une infraction et donc d'une peine qui serait moindre et incluse; changer la nature d'une infraction pour avoir accès à une tout autre catégorie d'infractions (peines); éviter de déposer un avis de récidive et donc d'une peine augmentée; la requête en vertu de la Charte pour discréditer la preuve ou les procédures; éviter que les dossiers tombent pour délais déraisonnables, et; éviter que de nouveaux faits ou éléments

de preuve soient portés à la conscience de la Couronne quand l'enquête progresse. Nous les reprenons dans l'ordre dans ce qui suit.

3.3.1. L'infraction de type hybride : poursuivre par voie sommaire

Il faut noter d'abord et avant tout que le Code criminel énumère différentes catégories d'infractions criminelles qui déterminent en grande partie l'orientation ou l'intention derrière la poursuite. Trois catégories sont à considérer : 1) les actes criminels (poursuivis par mise en accusation, procédure complexe); 2) les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire (poursuivies à travers des règles plus sommaires, moins complexes); 3) les infractions mixtes (poursuivies soit par procédure sommaire, soit par mise en accusation, à la discrétion du procureur de la Couronne). Bien que chacune de ces catégories d'infractions criminelles dans le Code comporte des peines minimales, c'est sur la question des infractions mixtes que nous nous penchons davantage ici. Voici ce qu'indique le guide du SPPC à ce sujet :

Dans les cas d'infractions mixtes, la décision du mode de poursuite est à la discrétion du procureur de la Couronne : soit la voie sommaire, soit la mise en accusation. Ce pouvoir discrétionnaire donne au procureur de la Couronne la possibilité de tenir compte des faits particuliers de chaque affaire afin d'assurer que les intérêts de la justice, y compris l'intérêt que porte le public à l'application efficace du droit pénal, soient le mieux servis possible (SPPC, Section 3.10 : 3).

Il faut savoir qu'en droit criminel canadien, certaines infractions mixtes impliquent des peines minimales lorsque l'infraction est poursuivie par mise en accusation et n'en impliquent pas ou alors en impliquent de moins sévères lorsque poursuivies par voie sommaire. Pour les infractions mixtes, les stratégies des acteurs se mettent en œuvre autour de cette distinction.

Indéniablement, les avocats de la défense sont en mesure de jouer sur cette discrétion dont détiennent les procureurs de la Couronne en négociant le choix du mode de poursuite afin d'éviter que leurs clients fassent face à la peine minimale ou à la plus sévère des deux lorsqu'une infraction

mixte prévoit à la fois une peine minimale pour la mise en accusation et une peine minimale, moins sévère, par voie sommaire. Comme le souligne cet avocat de la défense, il va tenter de persuader le procureur de la Couronne d'opter pour une procédure sommaire – qui ne prévoit pas de peine minimale – pour éviter le minimum qui est prévu par cette procédure de mise en accusation.

[...] there may be a mandatory minimum if they choose to proceed by way of indictment in certain offences. If they proceed by way of summary conviction of offense, then [in certain cases] there's no mandatory minimum. How to get them to go one versus the other? Subject to negotiation, but ultimately it's up the absolute discretion of the Crown attorney. (Avocat de la défense 2)

Dans les négociations, que la demande soit faite par l'avocat de la défense ou qu'elle relève de l'initiative du procureur de la Couronne, « une façon de contourner l'application des peines minimales [dans les cas qui le justifient], c'est [alors] de procéder par voie sommaire » (Procureur de la Couronne 1). Encore faut-il que le procureur de la Couronne ait la possibilité d'ajuster les paramètres. À ce titre, et comme le souligne ici un procureur de la Couronne, procéder par voie sommaire est bel et bien une option envisageable pour :

[...] les cas les moins graves, la majorité des cas. Mais il y a toujours la possibilité de procéder par acte criminel [donc par mise en accusation] dans les cas les plus graves. Donc c'est vrai que ce n'est pas tant que les peines minimales ont donné plus de pouvoir au procureur de la Couronne, c'est qu'il y a quand même des façons parfois [...] de contourner l'application des peines minimales, et ça c'est une des façons. (Procureur de la Couronne 1)

L'avocat de la défense explique que l'une des méthodes pour tenter de s'écarter d'une peine minimale (ou d'une peine plus lourde) est de négocier avec la Couronne pour qu'elle replace la mire de la poursuite par voie sommaire. Confirmée comme réelle par la Couronne, cette méthode voulant limiter l'imposition d'une peine minimale exige que les procureurs de la Couronne

repositionnent l'orientation ou l'intention de la poursuite judiciaire. C'est ce qu'on appelle le « nouveau choix » en droit criminel³³.

Comme l'indique le guide du SPPC, « en général, dans les cas d'infractions mixtes, la Couronne devrait décider de procéder par voie sommaire ou par mise en accusation avant qu'on ne demande à l'accusé d'enregistrer son plaidoyer » (SPPC, Section 3.10 : 3). Le « nouveau choix » dont détient la Couronne lui permet donc de rediriger un dossier initialement poursuivi par mise en accusation vers une procédure sommaire, ou vice-versa. En ayant choisi de prime abord l'élection d'une procédure au détriment de l'autre dans l'acte de dénonciation, ce nouveau choix devient matière à négociation tant pour la défense que pour la Couronne.

Les avocats de la défense perçoivent que les procureurs de la Couronne peuvent utiliser de leur pouvoir en faveur de la mise en accusation ou en faveur de la voie sommaire et ce choix peut faire en sorte de changer drastiquement la conséquence (peine) réservée à l'accusé. Cette discrétion dont détient la Couronne est vu par certains avocats comme une arme. En étant la prérogative ultime de la Couronne d'opter ou non pour un « nouveau choix » lors des négociations, c'est la Couronne qui détermine le plancher de la peine ou les fourchettes des peines lors des négociations. C'est du moins le point de vue de la défense :

It's a real weapon that can be used by Crowns because it's a question whether they elect summary conviction or they elect indictment. That determines the floor of the sentence. This is being used on a daily basis in child pornography cases, firearms possession cases where we see most drastic mandatory minimums used. [...] If the Crown elects in a certain way, then the mandatory minimum floor changes significantly. They can hold that carrot out to get a plea (Avocat de la défense 5)

From the Crowns perspective, I supposed, their decision as to whether or not they choose to proceed with the greater mandatory minimum when they may have the discretion to consider the lesser mandatory minimum or one without, obviously their power is greater

³³ Le choix est « nouveau » au sens où il est lié à des modifications législatives récentes qui ont rattachées les peines minimales uniquement aux condamnations obtenues par mise en accusation, laissant aux tribunaux le soin d'exercer leur plein pouvoir discrétionnaire à l'égard des condamnations obtenues par voie sommaire.

in a sense it makes such a huge difference to the impact of the individual. So the Crown's discretion, when they're able to exercise it, is more powerful because it virtually determines what the sentence will be by selecting the charge and sticking with that, it boxes the accused in, and there is nothing he or she can say, by way of creating advocacy otherwise, they can make any difference. So they have the power in that sense. (Avocat de la défense 1)

Comme le dit bien ces deux avocats, dans les cas où la Couronne choisit de procéder par voie sommaire au lieu de la mise en accusation, le plancher de la peine peut diminuer de manière significative.

Cette « souplesse » que garde la Couronne est en quelque sorte une « soupape de sécurité » qui évite qu'une peine (minimale) disproportionnée soit imposée dans les cas où la gravité de l'infraction ou la culpabilité morale de l'accusé ferait en sorte qu'il ne « mériterait » pas l'infliction d'une punition dure. Un procureur de la Couronne explique :

Par exemple [...] j'en ai un [dossier] de même en ce moment, où on a accusé l'individu par voie de mise en accusation pour un attouchement de nature sexuelle sur une personne de moins de seize ans. Il est accusé par voie de mise en accusation, il n'a pas d'antécédents, il est rendu à presque soixante-dix ans, c'est la première fois de sa vie... la mise en accusation, dans ce cas-ci, comporte une peine minimale d'un an. Son avocat, pas plus tard que lundi, m'a demandé « serais-tu disposé à accepter un plaidoyer de culpabilité par voie sommaire vu que la peine minimale dans ce cas-là est de quatre-vingt-dix jours au lieu d'un an ? ». La nature des gestes posés dans ce dossier-là... je n'étais pas contre l'idée. J'en ai parlé aux policiers, ils ne sont pas contre l'idée. J'ai communiqué avec la famille de la victime et la victime et ils ne sont pas nécessairement contre ça eux non plus parce que de cette façon-là je n'aurai pas besoin de faire témoigner un enfant [de moins de seize ans] par rapport à l'infraction d'agression sexuelle par exemple. Donc il faut tenir compte de ça aussi, il faut tenir compte de ne pas (re)victimiser quelqu'un, il faut tenir compte de tous ces éléments-là. Est-ce que c'est possible ? Oui c'est possible. Dans des cas que je te donne comme exemple, ça fait passer la peine minimale de douze mois à trois mois. La nature des gestes posés fait en sorte que oui, je suis capable d'accepter un plaidoyer comme celui-là... il n'y a pas eu de pénétration, c'était des attouchements. (Procureur de la Couronne 2)

Opter pour un nouveau choix et faire passer la procédure de mise en accusation à une procédure par voie sommaire n'est pas réalisé dans le seul et unique but de contraindre ou d'inciter un accusé à plaider coupable aux gestes qu'il a commis. Dans ce cas-ci, il est aussi question d'épargner une victime de devoir témoigner au procès sur une agression sexuelle. Les procureurs

de la Couronne tiennent à cette idée que le changement de mode de poursuite est et doit être basé sur la preuve et les faits (et leur évolution) qui sont apportés à leur conscience tout au long du processus. Considérons l'exemple que nous fournit l'extrait suivant :

Le choix [du mode de poursuite] a été fait à un moment où il y avait certains éléments de preuve qui n'étaient pas présents et que tu réoptes à cause de la preuve nouvelle, ça c'est une chose. C'est tout à fait éthique. Si un avocat [de la défense] vient faire des représentations et dit « écoute, mon gars est retourné avec sa femme, ils ont suivi une thérapie, c'est sa première infraction, il éprouve du remord, les enfants sont avec la famille, madame est prête à témoigner ». Bon ça, c'est un cas où tu dis ok, est-ce que la réhabilitation devrait être l'objectif principal ? Bon là je dirais que ça, c'est [...] tout à fait une concession qui peut être faite. (Procureur de la Couronne 1)

Les extraits présentés jusqu'ici illustrent bien comment les procureurs peuvent en arriver à négocier une entente qui permettrait que l'accusé reçoive une peine (minimale) moindre. D'une part, l'accusé accepte de plaider coupable en l'échange d'un avantage en termes de sentence réduite. D'autre part, les procureurs préservent une certaine flexibilité qui leur permet d'au moins tenter de favoriser, dans la mesure du possible, une peine juste et adaptée à la gravité de l'acte et à la culpabilité morale de l'accusé.

3.3.2. Les infractions moindres et incluses : la réduction des chefs d'accusation

Une autre stratégie déployée par les procureurs pour négocier une entente qui mettrait à l'écart ces chefs d'accusation qui impliquent une peine minimale – ou les modes de poursuite qui impliquent les peines les plus lourdes – renvoie à cette idée de la réduction tant qualitative que quantitative des infractions.

Les avocats de la défense utilisent cette stratégie afin d'éliminer certaines charges sujettes aux peines minimales en l'échange de l'enregistrement du plaidoyer de culpabilité. Nous faisons entre autres ici référence à cette pratique bien établie de la négociation qui consiste à faire enregistrer un plaidoyer de culpabilité à l'accusé à une infraction moindre et incluse ou pour une

infraction liée de par nature à la gravité de l'acte dont est accusé l'individu au départ (dans l'acte de dénonciation). Voyons comment cet avocat explique le tout.

[...] disons que la personne est accusée de vol et d'un vol qualifié avec un fusil, donc un *robbery*, un fusil. Le *robbery* avec le fusil, il y a une belle peine [minimale] de 3 ans parce qu'il y a une arme qui est utilisée dans la commission d'une infraction, c'est trois ans de prison [minimum]. Le vol ordinaire c'est ouvert, tu peux avoir ce que tu veux. Ce qu'on pourrait faire, c'est de négocier un plaidoyer sur le vol simple pour potentiellement... ou bien augmenter le vol simple à un vol qualifié sans arme, un vol qualifié simple... avoir une peine de prison d'un an. Le vol qualifié avec une arme serait retiré en échange [d'un plaidoyer]. Au lieu de faire face à trois ans de prison, la personne ferait face à un an de prison. [...] dans ces circonstances, la négociation vaut la peine. (Avocat de la défense 3)

En jouant avec les infractions qui composent l'acte de dénonciation et en négociant une entente qui comprendrait une infraction autre tout aussi liée à l'accusation qui pèse contre l'accusé, les avocats de la défense tentent de voir si la Couronne pourrait utiliser de leur discrétion afin d'examiner cette option d'une infraction moindre et incluse. Cette stratégie peut faire en sorte de mettre à l'écart les chefs d'accusation qui contiennent des minimums, ou de simplement réduire la sévérité du minimum lorsqu'une infraction en comprend une autre plus sévère. Un avocat de la défense explique.

[...] I will still strive to come up with compelling reasons why the Crown might exercise their discretion to consider a related or even a lesser mandatory minimum than the highest level of mandatory minimum. So I want to cascade down from use of a weapon in a commission of an offense or use of a firearm in a commission of a robbery to, for example, to a simple use of firearm. There is a difference in Section 88 or whatever... there is a difference that you can gain a couple years benefit from. So those are the type of things [...], my role hasn't changed, my tools have changed, and I will still try to do what I tried to do before but with probably less extent. (Avocat de la défense 1)

Cette même stratégie liée à la négociation d'infractions moindres et incluses a aussi été évoquée du côté des procureurs de la Couronne. Par contre, ces derniers mettent davantage en contexte les conditions dans lesquelles ces ententes peuvent devenir possibles lors des négociations. Le procureur de la Couronne suivant prend le meurtre comme exemple.

[...] le meurtre par exemple, c'est très rare qu'il va y avoir un plaidoyer de culpabilité à l'infraction de meurtre parce qu'il y a une peine minimale qui est assortie, puis c'est la peine la plus grave. Il va y avoir des négociations peut-être pour une [infraction] moindre et incluse, un plaidoyer de culpabilité à une infraction moindre et incluse. [...] Un individu est accusé de meurtre au premier degré, il y a une peine minimale obligatoire de 25 ans. La Couronne accepte une négociation sur un plaidoyer de culpabilité pour l'infraction moindre et incluse, soit d'homicide involontaire, soit de meurtre au second degré. Le meurtre au second degré a un minimum de 10 ans, l'homicide involontaire n'a pas de minimum. Donc là on a beaucoup plus de marge de manœuvre pour adopter une peine qui est adéquate dans les circonstances. Ça pourrait [aussi] vouloir dire, [pour] une agression avec arme à feu, d'accepter un plaidoyer de culpabilité pour [...] une agression simple par exemple. (Procureur de la Couronne 1)

Comme l'explique ce procureur, le résultat des négociations doit tout de même respecter ce principe de proportionnalité. La peine attribuée à l'accusé doit être adéquate dans les circonstances. Si on considère d'autres types d'infractions assujetties de peines minimales, les procureurs de la Couronne peuvent consentir à éviter de faire mention au tribunal d'une circonstance aggravante ou d'une composante particulière de l'infraction initiale. Comme l'indique le procureur de la Couronne suivant, il peut y avoir une requalification au niveau de l'infraction, ce qui leur permettrait de mettre à l'écart certains minimums :

[...] dans certains cas, le fait de ne pas faire la preuve de cette circonstance aggravante là [soit d'un bâton de bois come arme lors d'une agression] va faire en sorte qu'on tombe dans une autre catégorie d'infraction et on va pouvoir à ce moment-là avoir une autre fourchette de peines. (Procureurs de la Couronne 1)

D'une part, il faut qu'il y ait soit abstraction de circonstances aggravantes ou mettre davantage en lumière les circonstances atténuantes afin d'amener le procureur de la Couronne à considérer une peine moindre et incluse. Cette considération peut être faite soit par persuasion de la part de l'avocat de la défense, soit par la Couronne de son propre chef. L'exemple que donne le prochain procureur de la Couronne l'amène à comparer des plants de marijuana matures (circonstance aggravante) à d'autres plants qui seraient moins développés (circonstances atténuantes).

Si l'infraction est faite à des fins de trafic (8 mois de prison), il y a toutes sortes d'affaires... il faut quand même regarder si les critères sont là. Si les critères sont là, des fois ça dépend des plantes aussi, si tu m'arrives avec un dossier ici et les plantes mesurent 3 centimètres, ça se peut que dans un cas comme celui-là, je dise à la police « lâchez moi la charge de production et on va le charger de possession simple ». Tu sais, ça va dépendre. Mais ça, c'est un cas où je pourrais voir que le procureur [de la Couronne] a plus de discrétion parce qu'il y a une peine minimale. S'il m'arrive avec un dossier de production, je regarde les photos et les sept plants de marijuana, il n'en a pas un qui mesure plus que 30 centimètres, les chances sont que je vais dire à la police « on va l'accuser de possession simple ». Mais si les plants ont un mètre et demi de hauts pis sont pleins de [bourgeons], bien là peut-être que j'irai plus avec production. (Procureur de la Couronne 2)

Évidemment, et comme le souligne le prochain procureur, pour adopter cette stratégie, il faut qu'il y ait une infraction moindre et incluse qui se rattache à celle du départ, ce qui n'est pas toujours le cas.

Il faut qu'il y ait une infraction moindre et incluse [...] je veux dire, des fois il n'y aura même pas cette possibilité-là. [...] des fois, il n'y a pas d'infraction incluse, c'est ça le problème aussi... (Procureur de la Couronne 1)

C'est ce problème que certains procureurs de la Couronne ont soulevé en indiquant que dans certaines situations, aucune négociation n'est possible. Lorsque les stratégies liées aux infractions hybrides et celles liées aux infractions moindres et incluses ne sont pas possibles, certains d'entre eux diront expressément n'avoir rien contre l'idée de négocier un plaidoyer de culpabilité en jouant sur la nature même de l'infraction.

3.3.3. Le changement de nature de l'infraction

Deux des procureurs de la Couronne que nous avons rencontrés ont indiqué ne pas être contre l'idée de changer la nature d'une infraction si le résultat final fait en sorte de faire progresser les causes et ce, dans l'intérêt du public. Il n'est pas surprenant que cette stratégie pour négocier une entente n'a pas été identifiée chez les avocats de la défense, car ces derniers ne peuvent pas prendre une telle décision. Ils ne peuvent que tenter de persuader la Couronne de le faire.

Lorsque nous leur avons demandé de nous expliquer comment ils en arrivent à négocier une entente qui ne comprendrait pas de minimum, un procureur de la Couronne nous a répondu : « il y a beaucoup de crimes qui sont tous dans la même catégorie [d'infraction] et qui ont tous des peines minimales [prévues dans le Code], donc il faut quand même aller à l'extérieur de cette catégorie [d'infractions] là lorsqu'on négocie [pour éviter ou contourner la peine minimale]. C'est ça la grosse réponse » (Procureur de la Couronne 5).

À partir de nos relances lors de l'entretien, ce procureur de la Couronne a pu clarifier son point de vue en prenant comme exemple un cas survenu dans sa juridiction et dont il était responsable. Il était question de leurre qui par mise en accusation a une « peine maximale de dix ans, la peine minimale étant de un an » ou par voie sommaire, d'un « emprisonnement maximal de dix-huit mois, la peine minimale étant de quatre-vingt-dix jours » (art. 172 du C.Cr.). En changeant la nature de l'infraction et en l'amenant à une cause de harcèlement criminel, il y a par mise en accusation « un emprisonnement maximal de dix ans » et par voie sommaire, il n'y a aucun maximum ni minimum (art. 264 du C.Cr.).

C'est arrivé la semaine passée. Une cause de leurre, ça tombe bien, c'était des leurres, une cause quand même assez forte, mais je voulais épargner la victime parce qu'il y avait quand même des trous dans ma cause, mais j'avais besoin de la victime [pour témoigner] et l'avocat de la défense m'a offert un plaidoyer de harcèlement criminel. Je n'avais jamais entendu ça, mais on l'a fait. Tu sais... on a lu les éléments, l'*actus réus*, la *mens rea*, on a été voir le juge et le juge était satisfait. C'est comme ça qu'on a contourné le minimum. [...] En vertu du Code, on peut faire ça [changer la nature de l'infraction], [l'article] 606, si les paramètres et les faits soulignent un autre crime, on peut le faire, mais [il] faut quand même qu'on s'assoie et qu'on y pense. Je veux dire elle, [la victime,] il y avait inégalité des rôles un peu, parce qu'elle a voulu... c'était une jeune fille, c'était la sœur de la blonde, elle se faisait harceler pour des photos puis les envoyait pour pouvoir avoir [son] soutien, moi j'appelais ça une agression psychologique. En tout cas, on l'a fait. On peut faire toute sorte d'affaires sous consentement [...]. (Procureur de la Couronne 5)

Le consentement et l'approbation des supérieurs semblent donc faire en sorte que la Couronne puisse en venir à élargir l'horizon de ses possibilités sur le plan des compromis et des

concessions acceptables. Qui plus est, c'est ici qu'on voit que les procureurs ont davantage de travail à faire pour en venir à clore des dossiers où le plaidoyer de culpabilité ne serait pas assorti d'une peine minimale ou d'une peine plus imposante.

Pour justifier ses actions, ce procureur de la Couronne indique que c'est la probabilité raisonnable de condamnation et sa perception du niveau de culpabilité morale de l'individu dans ce dossier qui lui a ouvert l'esprit aux négociations. Voici comment il justifie sa stratégie.

[...] il y avait des trous dans ma cause. Le gars avait vingt et un ans, je ne le voyais pas comme un pédophile, je le voyais plutôt comme un gars qui avait pris l'opportunité. C'était quand même la sœur de sa blonde... pis c'est ça qu'on fait. Je veux dire, on voit ça dans d'autres causes aussi des fois, pas juste dans les causes d'agressions sexuelles. Est-ce que c'est éthique de faire ça ? Moi je dirais que oui parce que tout le monde est content, le gars va avoir une thérapie, la seule chose qu'on a enlevée c'est la peine minimale en prison. (Procureur de la Couronne 5)

En changeant ainsi la nature de l'infraction de leurre d'une personne âgée de moins de 18 ans (art. 172 du C.Cr) à celle de harcèlement criminel (264 du C.Cr.), ce procureur de la Couronne se décharge des minimums prévus par la loi sur le plan de la procédure par mise en accusation et aussi par voie sommaire, ce qui lui ouvre la porte à une panoplie d'autres options qui ne mènent pas nécessairement à l'emprisonnement. Dans ce cas, le dossier a été réglé sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. La sanction – soit l'absolution conditionnelle ou une probation – comportait cette condition que l'accusé doive suivre une thérapie.

Dans certains cas, la manœuvre est plus délicate, car changer le chef d'accusation initial pour un tout autre chef d'accusation peut aller jusqu'à dénaturer les faits, comme l'indique ce procureur de la Couronne.

Il y a un cas dont je suis au courant. Ce n'était pas moi qui l'a fait, mais en tout cas, on a été d'une agression sexuelle jusqu'à un voie de fait simple. Maintenant, une agression sexuelle à voie de fait simple, ça c'est toujours inclus, mais c'était clairement [de nature] sexuelle la situation. C'était minime en termes d'agression sexuelle, c'était minime. [...] On était obligé d'aller jusqu'à voie de fait simple pour éviter la peine minimale. Ça, ça

obscures the reality, ce n'est pas une corrélation... ce n'est pas une fidèle représentation de ce qui s'est réellement passé. (Procureur de la Couronne 3)

Les peines minimales affectent donc les négociations dans les cas où aucunes issues n'est possibles pour contourner le minimum prévu par la loi. C'est ce que certains d'entre eux évoquent comme un terrain glissant, le risque « d'aller trop loin » en voulant faire avancer ses causes, de sécuriser une condamnation par le biais des négociations ou autres rationalités qui les guident.

3.3.4. La peine (minimale) augmentée par le dépôt de l'avis de récidive

Dans un contexte où un nombre grandissant d'infractions au Code prévoit des peines (minimales) augmentées en cas de récidive³⁴, les procureurs considèrent que l'avis de récidive peut devenir sujet de négociation. Autrement dit, dépendamment du temps qui s'est écoulé entre les différentes infractions, la défense peut négocier avec la Couronne pour qu'elle ne fasse pas mention de l'avis de récidive. La Couronne peut en effet utiliser de sa discrétion face au dépôt d'un avis de récidive afin de se sécuriser une condamnation par l'entremise d'un plaidoyer. Nous débutons avec la Couronne pour faire place à la défense.

Comme le dit le procureur de la Couronne suivant, le plus haut tribunal du pays a indiqué que le fait de mettre de l'avant l'avis de récidive est une décision qui relève de la pleine et entière discrétion du procureur de la Couronne. Voici comment il résume cet arrêt.

Ça fait partie de la discrétion de la Couronne. La Couronne peut décider de présenter [ou non] un avis de récidive. [...] Donc ça, ça serait une [autre] façon de contourner les peines minimales, [mais] seulement dans les cas où les infractions prévoient des peines augmentées quand il y a des récidives. Donc ça l'a quand même une application limitée, ce n'est pas toutes les infractions qui prévoient une peine augmentée en cas de récidive. C'est seulement quelques infractions comme la conduite avec les facultés affaiblies. (Procureur de la Couronne 1)

³⁴ Les catégories infractions qui comportent des peines augmentées en cas de récidive(s) sont encore celles les plus touchées par les peines minimales. On parle entre autres ici de la conduite avec les facultés affaiblies, mais aussi les infractions qui touchent de près ou de loin les armes à feu, les drogues et les infractions de nature sexuelle.

Ceci dit, et comme le précise le prochain extrait, cet exercice de discrétion de la Couronne ne doit pas être vu comme une menace, il ne doit pas être exercé dans le but de persuader ou de présenter le dépôt ou non de l'avis de récidive comme un incitatif visant à amener l'accusé à plaider coupable. Mais dans l'extrait qui suit, on sent quand même que l'acte de récidive peut servir d'argument pour « sensibiliser » – pour ne pas dire convaincre – l'accusé à l'intérêt que pourrait représenter pour lui un plaidoyer de culpabilité.

[...] mon approche par rapport à ça, ça serait plutôt de dire « voici la situation, on a choisi de procéder par acte criminel parce que vous avez déjà un antécédent et on a la possibilité de présenter un avis de récidive ». On est tout à fait dans notre droit, on peut déposer un avis de récidive. Maintenant, s'il y a un plaidoyer de culpabilité au départ, on pourrait considérer... on peut discuter de ne pas présenter l'avis de récidive si les circonstances le justifient. Ce n'est pas une menace, on est déjà dans une situation où on peut demander le 5 ans. (Procureur de la Couronne 1)

La poursuite peut donc utiliser l'avis de récidive afin d'amener – de persuader ou d'inciter – l'accusé à voir que s'il enregistre un plaidoyer de culpabilité, il évitera la peine minimale la plus lourde. Le dépôt ou non de l'avis de récidive se présente alors comme une possibilité d'action pour la Couronne qui peut l'utiliser à sa discrétion comme une ressource ou un atout afin d'en arriver à des ententes ou accords. À travers cet élément que la Couronne utilise comme stratégie, on voit que la négociation peut alors inciter un accusé à plaider coupable devant le rabais de sentence qu'il peut obtenir des négociations. Ce rabais de sentence renvoie aussi à cette idée d'un plaidoyer hâtif, car il est sous-entendu dans l'extrait que « s'il y a un plaidoyer de culpabilité au départ, on pourrait considérer [ne pas présenter l'avis de récidive] ».

Quant à eux, les avocats de la défense sont bien au fait de la discrétion qu'ont les procureurs de la Couronne lorsqu'il y a un avis de récidive. Ils sont aussi au courant que la discrétion que la Couronne est tout aussi limitée que les autres stratégies (susmentionnées) liées aux infractions hybrides de même qu'aux infractions moindres et incluses. Comme l'explique un avocat de la

défense, dans l'extrait suivant, le temps depuis la dernière condamnation joue un rôle primordial pour qu'une négociation prenne place. Dans l'éventualité qu'il y ait une possibilité de ne pas faire mention de l'avis de récidive, la Couronne à une grande discrétion et la défense est aussi au fait du caractère incitatif que peuvent prendre les négociations dans de tels cas.

This is an area [impaired driving] where there's a lot of negotiation. The Crown has no discretion if the prior offense is less than 5 years from the date of the present offense. [...] If the prior offense is in 1997 and the new offense is in 2004, they have 7 years there, so they have discretion. Right? [...] Your client is looking at 3 year prohibition, up to 3 years, usually 2, but a 3 year provincial suspension. The clients will say, "Oh God, I can't lose my license for 3 years, blah, blah, blah." Well there is nothing we can do about that. "What concerns you most? The license or your 30 days in jail, which is mandatory?" If they [the Crown] will treat it as a first offense, in other words, not putting the notice of increased penalty, they [the accused] would say "I'm prepared to plead guilty and I'll take my medicine on the license loss". Some will say, "I need my license too badly. I don't want to go there." That's an everyday example because [drunk] driving offense are about 25 percent of the docket. They're a huge chunk of the work that's being done in the court every day. This is a great example of mandatory minimums where the Crown has discretion, but it's limited by the time frame between the last offense and the present offense. (Avocat de la défense 5)

Cet extrait démontre que même si les négociations peuvent inciter l'accusé à enregistrer un plaidoyer de culpabilité et ainsi éviter la peine minimale – ou celle la plus lourde, le choix revient à l'accusé. Par contre, ce n'est pas dans tous les cas que la Couronne peut ne pas faire mention de l'avis de récidive. Il est néanmoins clair que dans les cas où c'est possible, le résultat des négociations fait en sorte que l'accusé en retire un certain avantage.

3.3.5. Requête sur la Charte et abus de procédures qui discréditent la preuve

D'autres stratégies ont été identifiées par les procureurs pour négocier la mise à l'écart des chefs d'accusation qui comportent des peines minimales. Ici, c'est davantage le pouvoir de persuasion de la défense qui vient jouer au niveau des négociations lorsque des dossiers semblent indiquer que la loi n'a pas été respectée.

Au Canada, nous avons des garanties juridiques, notamment en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés, garanties qui sont protégées par la plus haute source de droit du pays, la Constitution. Lorsqu'il y a abus ou une apparence d'abus de pouvoir ou de procédures³⁵ de la part des forces de l'ordre, le droit peut être mobilisé afin de protéger les individus contre ces atteintes à leurs libertés individuelles. Les procureurs sont vigilants et gardent toujours un œil sur les lacunes que peut comporter un dossier.

Lors des négociations, une des possibilités qui s'offrent aux avocats de la défense dans la poursuite de leurs objectifs est de soulever un doute chez le procureur de la Couronne en ce qui a trait à la légitimité des éléments de preuves. Lorsque certains éléments de preuves semblent avoir été obtenus d'une manière qui porte atteinte aux garanties juridiques, un recours constitutionnel en vertu de la Charte est possible, tel que l'indique l'article 24(1) et (2).

Recours en cas d'atteinte aux droits et libertés :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Irrecevabilité d'éléments de preuve qui risqueraient de déconsidérer l'administration de la justice

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garanties par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. (Charte canadienne des droits et libertés, art. 24)

Ainsi, lorsqu'il y a eu négligence de la part des forces de l'ordre sur le plan par exemple des fouilles, des arrestations, des écoutes électroniques ou autre, les avocats de la défense peuvent s'appuyer sur de telles négligences pour négocier l'exclusion de certains éléments de preuve, voire de la totalité des preuves. Plusieurs options s'offrent à eux. Ils peuvent amener les procureurs de

³⁵ Nous pensons ici à la section sur les garanties juridiques dans la Charte, soit les articles 7 à 11.

la Couronne à suspendre les procédures judiciaires. Ils peuvent aussi pousser le dossier à procès afin d'avoir gain de cause sur l'inconduite de l'État et ainsi faire acquitter l'accusé. Ils peuvent encore négocier l'exclusion de certaines charges afin d'éviter que le justiciable ait à faire face aux peines minimales.

[...] if there is a unique circumstance state misconduct, it is possible to deviate from the mandatory minimum by virtue of a constitutional remedy. An example would be if the police let's say badly beat up my client on his arrest. The state in order to disabuse themselves and distance themselves of the misconduct of the police may well find a breach of Section 7 life, liberty and security interest of the accused and searching of remedy to give effect to the rights and to give effect to the integrity of the court may do something like reduce the sentence (Avocat de la défense 1)

I might have a situation where we have a prohibitive weapon charge, for example. We'll say, "Look, the mandatory minimum is not on the table for this person for these reasons. Not only that, you have an unlawful search and seizure. Why should my client give up his Section 8 Charter application where we think we can get the gun excluded, as it was in *Grant* in the Supreme Court? Why should we give up on that? Your search warrant sucks." [The Crown Attorney might say] "Well let me come back to you." Talks to the police officer... "[The lawyer is] going to beat you up on the search warrant. Is there something else we could look at here that would be a reasonable disposition?" They might come back with a lesser offense. (Avocat de la défense 5)

Le recours constitutionnel par l'entremise de la Charte et de ses garanties juridiques donne aux avocats de la défense une marge de manœuvre leur permettant de négocier une peine (minimale) réduite par l'exclusion de certains éléments de preuve.

À la lumière des passages qui précèdent, il est bien évident que ce sont les avocats de la défense qui approchent la plupart du temps les procureurs de la Couronne afin de les persuader que des fautes ont été commises, comme l'explique ce procureur de la Couronne.

Si la perquisition qui a eu lieu a été faite de façon illégale, ou si la perquisition a dépassé les bornes, s'il y a eu des menaces faites aux suspects, ou ce genre de choses-là où il y a abus majeurs, quand le procureur de la Couronne [écoute l'avocat de la défense lui dire] « mon gars est accusé de production parce que vous avez trouvé des plants de *pot* chez eux, mais quand vous les avez trouvés, vous l'avez battu, vous ne lui avez pas permis de parler à un avocat »... bien là j'exagère, mais dans un cas comme celui-là le procureur de la Couronne a deux options. Il peut dire les violations sont tellement sérieuses et tellement graves que tu sautes l'accusation complètement sinon on va faire rire de nous autres [au

procès] et on va se faire écœurer, ou le procureur de la Couronne peut dire « bien je peux diminuer l'accusation parce que tous les éléments de preuve que [les policiers ont] recueillis sautent face aux violations, il n'y a rien de ça qui va être [amené] en preuve ». Donc, la faiblesse de la cause à ce moment-là va me forcer à mettre de l'eau dans mon vin. Ça on peut dire ça de cette façon-là, oui. (Procureur de la Couronne 2)

Lorsqu'il est approché par l'avocat de la défense qui lui indique que les fautes au dossier discréditent certains éléments de preuve, le procureur de la Couronne peut réorienter les objectifs derrière la poursuite de façon à prendre en compte la faiblesse au dossier. Deux options s'ouvrent aux procureurs de la Couronne lorsque les garanties juridiques prévues par la Charte n'ont pas été respectées : « ça va soit mener à un arrêt des procédures, ou éventuellement une réduction de la peine parce qu'on prend en compte le fait que ce dossier-là a des problèmes » (Procureur de la Couronne 1). Ce procureur poursuit en indiquant plus clairement la position de la Couronne face aux inconduites de l'État.

Nasogaluak, décision de la Cour suprême du Canada, reconnaît que si l'accusé a été violenté par la police, c'est un facteur qui peut réduire la peine, alors là, c'est sûr que si [...] [u]n avocat de la défense vient me voir et me dit, « bon bien as-tu vu les photos de mon accusé, de mon client, après son arrestation, je te dis qu'ils [les policiers] n'y sont pas allés de main morte ». Puis là, bon bien, ça va me faire réfléchir, donc je vais aller regarder les vidéos, s'il y en a de disponibles, je vais aller interroger les policiers, je vais leur demander ce qui s'est passé, là ils vont me donner leurs versions des faits. La vérité va être quelque part entre la version des policiers et la version de l'accusé. L'accusé peut être intoxiqué à ce moment-là, quel est son souvenir des faits ? Est-ce qu'ils [l'avocat et son client] sont prêts à présenter une requête en vertu de la Charte ? Donc après avoir fait le tour de la question, je vais me dire, qu'est-ce qu'on fait ? Est-ce que c'est un cas où on pourrait négocier la peine, [...] la peine pourrait reconnaître que [...] les policiers y sont allés fort au niveau de l'arrestation. [...] Oui, ça pourrait être une circonstance atténuante. Donc ça, c'est une façon [de négocier] pour la défense... (Procureur de la Couronne 1)

Les procureurs de la Couronne soulignent que cette stratégie émane davantage du ressort de la défense. Elle peut être utilisée afin de contourner l'applicabilité des peines minimales par l'exclusion de certains chefs d'accusations dans les cas où la Charte n'a pas été respectée.

Par contre, ce même procureur de la Couronne en vient à la conclusion que « ce n'est même pas une pression [qui est exercée contre la Couronne par la défense], c'est le fait d'apporter des

faits à la connaissance du procureur [de la Couronne] et de l'enquêteur qui font en sorte que tu vas reconsidérer ta position » (Procureur de la Couronne 1). Mandatés par l'État pour s'assurer que les garanties juridiques de tous et toutes soient respectées, les procureurs de la Couronne doivent rester vigilants à l'égard de cette possibilité qu'il y ait eu des inconduites de la part de l'État. Il n'en demeure pas moins que ce sont davantage les interprétations de la défense portées à la conscience de la Couronne qui lui permet de reconsidérer sa position. Dans cet ordre d'idée, une autre stratégie a été identifiée chez le groupe des procureurs de la Couronne. Nous nous référons alors à la progression ou à l'évolution d'un dossier, au fait qu'il puisse mettre au jour de nouveaux faits ou éléments de preuves qui pourraient enclencher des négociations.

3.3.6. L'évolution d'un dossier : nouveaux faits et éléments de preuve

Lors de l'écriture de l'acte de dénonciation, lorsque les procureurs de la Couronne reçoivent les accusations que les policiers veulent porter à l'égard d'une ou plusieurs personnes, ils n'ont pas toujours en main tous les faits au dossier ni tous les éléments de preuve. La progression et l'évolution constante d'un dossier peuvent venir soit atténuer ou aggraver la situation pénale dans laquelle l'individu est contraint. Lorsque le procureur de la Couronne prend connaissance d'autres facteurs entourant l'acte ou ses conséquences, il peut (re)considérer l'angle qu'il avait choisi au départ en termes de poursuite et de sentence. Cette stratégie a seulement été mise en lumière par les procureurs de la Couronne.

La Couronne peut négocier avec l'accusé ou son avocat pour enregistrer un plaidoyer de culpabilité lorsqu'il a des raisons de croire que d'autres faits ou éléments de preuve pourraient émerger. La négociation pourrait alors avoir lieu afin « d'inciter » l'accusé à plaider coupable avant que de nouveaux faits ou éléments de preuve aggravants viennent s'ajouter au dossier et ainsi influencer le calcul de la peine. C'est ce qu'explique ce procureur de la Couronne.

Dans *Babos* [une décision de la CSC], on a dit que le fait pour le procureur de la Couronne de dire « écoute [tu devrais plaider coupable tout de suite puisque] il y a d'autres accusations qui s'en viennent », ce n'est pas une menace, c'est une réalité si la preuve le permet. Ce qui serait une menace, ça serait de dire « Là, mon enquêteur m'a dit qu'il y a de la preuve et on va faire d'autres accusations » alors qu'il n'y en a pas de preuve. Ça, ça serait une menace [de justifier quelque chose] sur rien. Tandis que si tu l'informes, l'enquête est en cours et l'avocat de la défense le savait déjà d'ailleurs, « écoute là, ton client, on l'a juste accusé de ça jusqu'à maintenant, mais il y en a d'autres accusations qui s'en viennent », ça c'est basé sur des faits, sur de la preuve. Maintenant « si tu plaides coupable tout de suite on met fin à l'enquête ». Donc est-ce que c'est une menace ? Ce n'est pas illégal, c'est la vérité. Si tu disais on va être prêt à déposer toute sorte d'accusations alors que tu n'as pas l'intention de déposer ou que tu n'as pas de preuve pour les soutenir, ça serait une menace à mon avis. (Procureur de la Couronne 1)

D'un point de vue analytique, on peut distinguer ici deux types de menace: la menace fondée et la menace infondée. La première forme de menace est acceptable. Elle a pour but d'inciter l'accusé à enregistrer un plaidoyer de culpabilité pour éviter que la Couronne recherche une peine (minimale) plus lourde. L'autre type de menace, la menace infondée, ne serait pas acceptable du point de vue de ce procureur de la Couronne procureur.

D'autre part, la Couronne peut essayer d'éviter l'application d'un minimum lorsqu'elle considère que la réhabilitation et la réinsertion sociale priment dans ces cas où l'accusé démontre qu'il fait déjà des « pas dans la bonne direction ». Si l'avocat de la défense est apte à démontrer que l'accusé a suivi une cure de désintoxication, une thérapie pour des problèmes de nature sexuelle ou autre, la Couronne peut (re)considérer son dossier à la lumière de ces circonstances atténuantes et ainsi négocier une peine en conséquence. En atténuant la culpabilité morale de l'individu, la peine qu'inflige la Couronne peut devenir mieux adaptée à la situation de l'accusé. Davantage attribuables aux remords manifestés par un plaidoyer de culpabilité hâtif, voici un exemple qui entre dans cette lignée.

[...] le gars s'est fait pogner avec un plant de *pot* chez lui, sur le perron. Tu sais, ils [les policiers] veulent le charger de production avec les peines minimales que ça comporte. Quand son avocat va venir me voir là, pis il va me dire « regarde, c'est un plant de pot là, c'était pour de la consommation personnelle, il réalise qu'il a un problème, il est prêt à

aller en thérapie [ou] en fait il y a été, voici les preuves qu'il y est allé et qu'il va continuer en thérapie ». Dans ce temps-là, il est très possible que je dise à la police « regarde on va laisser faire l'accusation de production et on va l'accuser simplement de possession ». On ne veut pas non plus [nous comme Couronne] contrecarrer sa réhabilitation et sa réinsertion sociale... on ne peut pas oublier ça non plus [ces objectifs et principes d'imposition de la peine]. Si un gars est déjà prêt à admettre sa faute, [...] qu'il a pu montrer des signes de réhabilitation, qu'il a démontré bien de la bonne volonté et des choses comme ça, on n'ira pas l'écraser non plus. L'intérêt de la société, c'est quoi ? C'est de le réhabiliter et de faire en sorte qu'il devienne un membre productif de la société. Si on va [de l'avant] et qu'on y donne [le minimum de] six mois de prison quand on aurait pu l'éviter parce que les faits du dossier nous permettent de l'éviter, bien là on va aller [contre l'intérêt du public]. Mais encore là, je pense qu'il faut retenir que ce n'est que si les faits du dossier nous permettent de l'éviter, mais s'ils ne le permettent pas, on ne taponnera pas et on n'essayera pas de jouer au plus fin [et] essayer d'entrer par la porte d'en arrière si on ne peut pas entrer par la porte d'en avant. (Procureur de la Couronne 2)

Cet extrait illustre cette idée que les procureurs de la Couronne gardent une certaine marge de manœuvre face à la rigidité imposée par les peines minimales législatives, marge de manœuvre qu'ils utilisent pour éviter l'application d'une peine (minimale) lorsqu'ils l'a jugent injuste et inadaptée selon les cas en l'espèce. Par l'entremise du procureur de la Couronne, le système du droit protège ainsi ses objectifs et principes possiblement contrecarrés par les peines minimales, notamment ceux de la réhabilitation et de la réinsertion sociale.

3.3.7. Écrasement des dossiers pour délais déraisonnables

Une autre considération de la Couronne pour négocier une sentence « mitigée » est d'assurer que les dossiers ne tombent ou ne s'écrasent pour délais déraisonnables. Cette considération stratégique a seulement été invoquée par les procureurs de la Couronne et non par les avocats de la défense.

En vertu de l'article 11 b), la Charte canadienne des droits et libertés stipule que les personnes accusées d'une infraction « ont le droit [...] d'être jugées dans un délai raisonnable ». Les principales constatations qui sont ressorties de cette recherche renvoient à cette idée que les peines minimales instaurent une quelconque rigidité dans les négociations. Cette rigidité fait en

sorte que les avocats de la défense et les accusés auront moins tendance à vouloir négocier un plaidoyer de culpabilité devant le manque de compromis ou de concessions possibles par la Couronne. Pour le dire autrement, les accusés seront moins enclins à accepter leur responsabilité et à « avaler leur pilule » lorsque les minimums sont trop « lourds ».

Les procureurs de la Couronne sont bien au courant que le résultat de cette équation veut dire plus de contestations des accusations, donc plus de dossiers qui se répercuteront ou se clôtureront par la tenue d'un procès. Le système étant déjà bien encombré – surtout dans les grandes métropoles, la fréquence avec laquelle certains dossiers tomberont pour délais déraisonnables augmentera, précise ce procureur de la Couronne.

[...] Si je suis [plus] à procès pour certains dossiers, [...] je n'ai plus de temps de m'occuper d'autres dossiers. Si la date de procès est très reportée parce que tous les juges sont occupés, peut-être que le procès va tomber de toute façon. [...] C'est sûr que dans notre gestion des ressources, on doit prendre ça en ligne de compte aussi. S'il y a des délais très, très longs avant d'aller à procès, peut-être que ça vaut la peine d'accepter une peine un petit peu atténuée pour être sûr que l'affaire soit réglée. Ce n'est pas un mauvais calcul ça non plus. (Procureur de la Couronne 1)

Cette stratégie de la Couronne semble être mise de l'avant afin de s'assurer que justice soit rendue dans un délai raisonnable, que l'affaire se règle dans un délai acceptable. La peine négociée (atténuée) en l'échange d'un plaidoyer de culpabilité fait en sorte que les cas se déplacent efficacement à travers le système et elle évite du même coup que des dossiers tombent en cours de route.

Conclusion

L'étude qualitative et exploratoire que nous avons présentée dans les chapitres précédents s'est progressivement édifiée et construite à partir de notre question de recherche que nous réitérons ici : au sein du système de droit criminel, quelles sont les représentations qu'entretiennent les procureurs de la Couronne et les avocats de la défense quant aux implications des peines minimales dans les négociations relatives au plaidoyer de culpabilité ? L'objectif principal était d'identifier et de mieux comprendre une nouvelle facette d'un sujet bien exploré par la littérature, soit l'impact des peines minimales sur les stratégies de négociation relatives à un plaidoyer de culpabilité.

Cette question de recherche découle principalement du fait que la littérature traitant des peines minimales dans le système de droit criminel n'a essentiellement porté que sur les juges, et ce sans considération pour les points de vue respectifs de la Couronne et de la défense. Si la littérature pouvait nous offrir la possibilité de comprendre la perspective des juges, elle nous laissait sans possibilité de saisir celles des procureurs dans cette action collective du système. C'est donc ce problème de connaissance que nous avons tenté de combler avec cette étude, à savoir le défaut de connaissances théoriques, pratiques, empiriques et expérientielles sur les réalités propres à la Couronne et à la défense à l'égard de la question posée en relation à l'impact des peines minimales sur les négociations entourant les plaidoyers de culpabilité en droit criminel canadien.

Pour pallier le problème de connaissance, nous avons opté pour la perspective théorique de l'analyse stratégique dont nous présentent Crozier et Friedberg (1977) dans leur ouvrage *L'acteur et le système*. Cette perspective nous a permis de théoriser les angles, orientations ou facettes qu'a pris le problème posé par cette recherche. Construite d'une manière inductive, la sociologie des organisations de Crozier et Friedberg (1977) illustre le fait que l'action collective et le système (droit criminel) sont les deux facettes indissociables et complémentaires du même

problème. Bien que les acteurs soient contraints de délaissier une partie de leur liberté individuelle dans la régulation de l'action collective, ils gardent tout de même une marge de liberté qu'ils utilisent dans la poursuite de leurs propres objectifs. À travers cette perspective, cette autonomie résiduelle de l'acteur, combinée à l'incertitude qui règne au sein de toute interaction, se présentent de part et d'autre de la table des négociations comme des sources de pouvoir pouvant influencer la négociation. C'est la réflexion en matière de stratégies qui nous permettent d'observer les rationalités des acteurs et donc de comprendre le construit organisationnel (le droit criminel) dans le vécu des acteurs. Les auteurs diront aussi que le système structure et légitime certains champs d'action, voire qu'il met en place certaines zones d'incertitudes organisationnelles (par exemple, le procès ou la négociation). Ce sont ces champs ou zones – où l'action collective régularise le fonctionnement du système – que les acteurs tenteront de contrôler afin de négocier entre eux l'action collective et de poursuivre, par la mise en œuvre de stratégies « individuelles », les objectifs propres à chacun d'entre eux.

Pour tenter de comprendre les rationalités des acteurs par l'entremise des stratégies qu'ils mettent en œuvre dans la poursuite des objectifs qui leur sont communs et propres, nous avons observé comment les procureurs observent l'influence des peines minimales lors des négociations. Cette observation de troisième ordre nous a été permise grâce aux techniques de recherche relatives à l'entretien qualitatif semi-directif. Le matériel empirique recueilli à travers nos entretiens a été soumis à l'analyse de contenu. Ce procédé nous a permis de développer des catégories d'analyse et d'obtenir quelques résultats de recherche que nous avons présenté dans les trois sections du dernier chapitre de cette thèse, soit : les points de vue des procureurs sur les peines minimales, les impacts des peines minimales sur leurs pratiques de négocier un plaidoyer de culpabilité et les

stratégies de contrôle qu'ils ont mises en œuvre pour neutraliser ou atténuer ces impacts. Nous reprenons brièvement les principaux résultats obtenus.

Les avocats de la défense de même que les procureurs de la Couronne que nous avons rencontrés semblent être majoritairement contre les peines minimales législatives. Cette opposition tient aux blocages ou aux limites qu'elles imposent sur le pouvoir de discernement de la magistrature en matière de détermination de la peine, notamment en ce qui a trait au principe de proportionnalité et d'individualisation. Pour eux, les peines minimales ne considèrent que la commission de l'infraction sans considération pour les circonstances à l'intérieur desquelles l'infraction a été commise. Ces minimums punitifs que le législateur rend obligatoires ont comme défaut de discréditer le facteur humain dans l'équation de la sentence, c'est-à-dire le contexte, les circonstances, la situation et la personnalité de l'individu pour lesquels le comportement s'est avéré être non conforme aux attentes normatives du droit. En augmentant la rigidité du système (négociations et procès) et du même coup l'effritement de la discrétion des acteurs, les procureurs sont de l'avis que le risque d'injustice augmente avec les peines minimales; certains accusés recevront des peines disproportionnées, non adaptées et non appropriées.

Notre recherche a aussi été en mesure d'illustrer comment les peines minimales viennent affecter la pratique quotidienne des procureurs dans leur manière d'administrer le système, plus particulièrement en ce qui a trait à la négociation. Sans changer complètement la donne, ces peines viennent néanmoins complexifier le travail des acteurs et rendre plus difficile l'administration d'une justice qui leur paraît « juste ». C'est cette complexité qui se répercute sur la dynamique relationnelle entre les acteurs et sur la portée (réduite) des négociations. Cette complexité imposée par les peines minimales amène les procureurs à s'adapter aux changements et c'est cette

adaptation qui vient stimuler les rationalités favorables à la mobilisation de stratégies dans le but de réduire l'incidence des peines minimales.

Sans pour autant bouleverser la dynamique relationnelle qui caractérise ce processus de négociation entre procureurs, les peines minimales peuvent entraîner des (nouvelles) tensions susceptibles d'effriter cette relation jusqu'à compromettre la qualité, voire la possibilité même de la négociation.

Les peines minimales diminuent la portée des négociations du fait que la Couronne est la plupart du temps inflexible à l'idée de recourir à une entente qui ne ferait pas allusion au minimum prescrit dans la loi. C'est cette rigidité qui fait en sorte de rendre plus agressive la dynamique « négociatrice » des acteurs – notamment celle de la défense dans la poursuite de ses objectifs – et vient à son tour affecter la dynamique « relationnelle ». Cette rigidité, instaurée par l'inflexibilité relative de la Couronne face aux peines minimales a comme conséquence de pousser plus de dossiers à procès. Lors des négociations, le manque d'incitatifs et d'avantages décourage alors l'accusé à enregistrer un plaidoyer de culpabilité et l'amène à vouloir tenter sa chance d'acquittement au procès.

Couronne et défense sont bel et bien au courant des rationalités qu'ils peuvent mobiliser pour ainsi tenter de persuader « l'autre » d'opter pour une stratégie permettant d'éviter ou de contourner les peines minimales avec la négociation. Nous nous référons ici au principe de la probabilité raisonnable de condamnation et aux deux dimensions du principe de proportionnalité, soit la gravité de l'infraction et la culpabilité morale du délinquant. Nous avons caractérisé ces trois variables sous la forme d'« extrêmes ». Lorsque la probabilité raisonnable de condamnation est « faible » ou « élevée », la Couronne est inflexible et ne peut négocier. Ce qui s'impose alors c'est soit le retrait des accusations, soit le procès. Tout ce qui est entre ces deux « extrêmes »

devient dès lors matière à négociation. Les acteurs peuvent aussi aller chercher un certain niveau de flexibilité lorsqu'ils jugent que la gravité de l'infraction ou la culpabilité morale du délinquant est relativement « faible » ou de moindre intensité. En somme, ils (re)trouvent une flexibilité qui leur permet de manœuvrer l'applicabilité des peines minimales dans la pratique.

Le principe de la probabilité raisonnable de condamnation de même que les deux dimensions du principe de proportionnalité illustrent bien cette redécouverte faite par les acteurs d'une quelconque ouverture à la négociation face aux contraintes que les peines minimales imposent sur l'action collective. C'est le contrôle de cette ouverture ou de cette « zone d'incertitude » qui nous amène à nous intéresser aux rationalités des acteurs, celles favorables à la saisie d'opportunités et qui entraînent les acteurs à vouloir maintenir, élargir ou améliorer leur capacité d'action devant l'incertitude qu'ils représentent pour les autres. Les procureurs demeurent malgré tout capables de projeter un certain niveau d'incertitude face à la certitude de la peine minimale par l'utilisation (l'interprétation) qu'ils font des deux principes susmentionnés. C'est cette réflexion en termes de stratégies qui nous a permis d'élucider les rationalités des acteurs et de les replacer dans le construit organisationnel qu'est le système du droit criminel. Les stratégies qui sont à l'œuvre dans l'action collective viennent donc réguler le fonctionnement des négociations (et du système).

Plusieurs stratégies mobilisées par les acteurs consistent à abandonner les chefs d'accusation auxquels se rattachent des peines minimales. Il ne s'agit pas tellement de « nouvelles » stratégies, mais plutôt de nouveaux contextes favorables à leur développement, nouveaux contextes créés par l'augmentation récente du nombre de peines minimales en droit criminel canadien. Cette forme d'adaptation stimule, amplifie, accentue, voire rend plus concrète

les stratégies que les acteurs mobilisent pour poursuivre les objectifs qu'ils se fixent eux-mêmes lors des négociations.

La présente étude a permis de mettre en lumière sept stratégies concrètes permettant aux procureurs de contourner les peines minimales imposées par le législateur et de rouvrir l'accès aux peines jugées plus proportionnelles, plus justes et moins contraignantes.

Les sept stratégies que nous avons développées dans l'analyse de cette thèse sont les suivantes : le nouveau choix de la Couronne dans les infractions de type hybride et qui lui permet d'opter pour une procédure par voie sommaire; la réduction qualitative d'une infraction qui serait moindre et incluse, donc d'une peine (minimale) moindre et incluse; le changement de nature d'une infraction pour avoir accès à une tout autre catégorie de crimes et de peines; le non-dépôt de l'avis de récidive évitant la peine (minimale) plus lourde; la requête en vertu de la Charte pour discréditer les chefs d'accusations auxquels se rattachent des minimums; l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité à une peine (minimale) mitigée pour éviter l'écrasement des dossiers pour délais déraisonnables; et l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité pour éviter une peine (minimale) plus lourde dans les cas où la progression de l'enquête pourrait apporter à la conscience de la Couronne de nouveaux faits ou éléments de preuve.

À travers ces stratégies, les procureurs exploitent très clairement cette marge de liberté dont parlaient Crozier et Friedberg (1977), une marge de liberté qui se traduit aussi par un pouvoir de résistance du judiciaire contre le politique. Ces stratégies permettent aussi au judiciaire de réinvestir par et pour lui-même le sens de « sa » justice et d'encadrer, voire de neutraliser le sens que voudrait lui imposer le politique.

En guise de remarque finale, notre recherche nous a permis de constater que l'évaluation *a priori* d'un dossier et le tri des accusations par le procureur de la Couronne lors de l'écriture de l'acte de dénonciation affectent l'orientation d'un dossier tout au long de la procédure pénale. Bien que l'acte de dénonciation ne soit pas directement relié aux négociations, il n'en demeure pas moins qu'il peut être un moment de réflexion pour la Couronne quant au choix des accusations à porter et aux peines qui s'y rattachent.

Notre recherche est une recherche exploratoire et les résultats (provisaires) auxquels nous sommes arrivés vont nécessiter d'autres observations, plus poussées et plus approfondies, auxquelles pourront se livrer d'autres recherches empiriques sur cette question. Il faudra en effet aller plus loin que nous avons pu le faire ici dans l'étude de ces rationalités inhérentes aux acteurs qui déterminent à travers leurs décisions de tous les jours la réception et l'encadrement des peines minimales dans le droit. En attendant, nous espérons à tout le moins avoir pu contribuer ici à cette autre « action collective » et montrer l'importance d'approfondir les connaissances à l'intérieur de ce « nouveau » créneau de recherche.

Bibliographie

- Albarello, L. (2003) « Apprendre à chercher : l'acteur social et la recherche scientifique », 2e édition, Bruxelles : De Boeck, 197p.
- Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987) « Réformer la sentence : une approche canadienne », Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, Ottawa : La Commission.
- Crozier, M. et E. Friedberg (1977) « L'acteur et le système : les contraintes de l'action collective », Paris : Seuil, 437p.
- Demazière, D. et C. Dubar (2004) Posture de recherche et statut de la parole des gens. In D. Demazière & C. Dubar, *Analyser les entretiens biographiques. L'exemple de récits d'insertion* (pp. 15-45). Québec: Presses de l'Université Laval.
- Deslauriers, J.P. (1991) « Recherche qualitative : guide pratique », Montréal : McGraw-Hill, 142p.
- Deslauriers, J.P. et M. Kérisit (1997) « Le devis de recherche qualitative », pp.85-111, dans Poupart, J. et al (1997) « La recherche qualitative, enjeux épistémologiques et méthodologiques, Montréal: Gaétan Morin, 405p.
- Desrosiers, J. (2013). « Peines minimales et principes de justice fondamentale : une lecture comparée des articles 12 et 7 de la Charte». *Canadian Criminal Law Review* 122.
- Di Luca, J. (2005) "Expedient McJustice or Principled Alternative Dispute Resolution? A Review of Plea Bargaining in Canada", *Criminal Law Quarterly*, Vol. 50, pp.14-66.
- Doob, Anthony N. and Cesaroni, Carla (2000) "The political attractiveness of mandatory minimum sentences", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 39 (2-3), pp.287-304.

- Ericson, R. et P. Baranek (1982). *The ordering of justice: a study of accused persons as dependants in the criminal process*, Toronto: University of Toronto Press in Association with the Centre of Criminology, University of Toronto.
- Euvrard, E. et C. Leclerc (2015) « Les rapports de force lors des négociations des plaidoyers de culpabilité. Analyse du point de vue des avocats de la défense ». *Criminologie*, Vol. 48 (1), pp.191-213.
- Garcia, M. (2011). « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et « désubstantialiser » les catégories juridiques ». *Les cahiers de droit*, Vol. 53 (3-4), pp. 417-459.
- Garcia, M. (2013) « La théorie de la rationalité pénale moderne : un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel », dans Dubé, R., Garcia, M. et M.R. Machado (2013) *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques*. (pp. 37-72), Ottawa : Presses de l'Université d'Ottawa, 364p.
- Gravel, S. (1991) « La négociation des plaidoyers de culpabilité : une pratique hétérogène », *Criminologie*, Vol. 24 (2), pp.5-29.
- Grosman, B.A. (1971) « Le procureur de la poursuite criminelle : étude sur l'exercice du pouvoir de discrétion », *Les cahiers de droit*, Vol. 12 (2), pp.241-286 et pp.439-476
- Hutchinson, A. (2006) *Criminal Lawyers: Putting up a Defence*. In Hutchinson, A. (Ed.), *Legal ethics and professional responsibility* (pp.157-181), 2nd Edition, Toronto: Irwin Law.

- Landreville, P. (2007) « Grandeurs et misères de la politique pénale au Canada : du réformisme au populisme », *Criminologie*, Vol. 40 (2), pp. 19-51.
- Martin, D. L. (2001) “Distorting the prosecution process: informers, mandatory minimum sentences, and wrongful convictions”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 39 (2-3), pp.513-527.
- Mauss, M. (1923-1924) « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », paru dans *l'Année Sociologique*, seconde série, tome I.
- Meredith, C., Steinke, B., Palmer, S. (1994) « Recherche sur l'application de l'article 85 du *Code criminel* du Canada », Ottawa : Ministère de la justice.
- Paillé, P. et A. Mucchielli (2010) « L'analyse qualitative en sciences sociales et humaines », 2e édition, Paris : Armand Colin.
- Piccinato, M. P. (2004) « La reconnaissance préalable de culpabilité », *Groupe de la coopération internationale – Ministère de la justice du Canada*, Ottawa : Ministère de la justice, 22p.
- Pires, A. (1997a) « De quelques enjeux épistémologiques d'une méthodologie générale pour les sciences sociales », pp.3-54, dans Poupart, J. et al (1997) « La recherche qualitative, enjeux épistémologiques et méthodologiques, Montréal: Gaétan Morin, 405p.
- Pires, A. (1997b) « Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique », pp.113-169, dans Poupart, J. et al (1997) « La recherche qualitative, enjeux épistémologiques et méthodologiques, Montréal: Gaétan Morin, 405p.

- Pires, A. (2004) « La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux ? », pp.173-198, dans Kaminski, D. et M. Kokoreff (2004) « Sociologie pénale: système et expérience », Les Éditions Erès, 334p.
- Pires, A. P. (1995), « Le sens du problème et le sens de l'approche : pour une nouvelle conception du travail méthodologique », *Revue de l'Association pour la recherche qualitative*, 13, pp.55-87.
- Pirès, A.P. et M.R. Machado (2010). « Intervention politique dans la sentence du droit ? Fondements culturels de la peine minimale », *Criminologie*, Vol. 43 (2), pp.89-126.
- Poupart, J. (1993) « Discours et débats autour de la scientificité des entretiens de recherche », *Sociologie et sociétés*, Vol. 25 (2), pp.93-110.
- Poupart, J. (1997) « L'entretien de type qualitatif : considérations épistémologiques, théoriques et méthodologiques », pp.173-210, dans Poupart, J. et al (1997) « La recherche qualitative, enjeux épistémologiques et méthodologiques, Montréal: Gaétan Morin, 405p.
- Raaflaub, W. R. (2006) « Les peines minimales obligatoires », Service d'information et de recherche parlementaires, Canada : Bibliothèque du Parlement.
- Roberts, J. (2005) « Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays de Common Law : Quelques modèles représentatifs », Ministère de la Justice du Canada : Ottawa, 57p.
- Stuart, D. and R. J. Delisle (2010) *Pleas and Plea Bargaining*. In Stuart, D. and R. J. Delisle (Eds.), *Learning Canadian criminal procedure* (pp.727-759), 10th Edition, Toronto: Carswell.

- Ulmer, J. T., Kurlychek, M. C. and J. H. Kramer (2007) “Prosecutorial discretion and the imposition of mandatory minimum sentences”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Vol. 44 (4), pp.427-458.
- Van Campenhoudt, L. et R. Quivy (2011) « Manuel de recherche en sciences sociales », 4e édition, Paris : Dunod, 262p.
- Verdun Jones, S. and A. Hatch (1985), *Plea Bargaining and Sentencing Guidelines*, Ottawa, Commission canadienne sur la détermination de la peine.
- Verdun-Jones, S. et A. Hatch (1988). « La négociation de plaidoyer et les lignes directrices en matière de détermination des sentences ». Commission canadienne sur la détermination de la peine, Ottawa : Ministère de la justice Canada ; Direction générale de la recherche et du développement ; Direction de la politique, des programmes et de la recherche. 106p.
- Verdun-Jones, S. et A. Tijerino (2004) « Participation de la victime à la négociation de plaidoyer au Canada : Analyse de la recherche et de quatre modèles en vue d'une réforme éventuelle ». Ottawa : Ministère de la justice.
- Xavier, J. R. (2012), *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*. Thèse de doctorat, Ottawa: Université d'Ottawa.