

Jean-Paul BRODEUR
criminologue, professeur agrégé, École de criminologie
Université de Montréal

(1979)

“Le Trafic des plaidoyers
dans la justice pénale
le verbe «dealer»
de l'anglais «to deal»”

Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, bénévole,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi

Courriel: jean-marie_tremblay@uqac.ca
Site web pédagogique : <http://www.uqac.ca/jmt-sociologue/>

Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"
Site web: <http://classiques.uqac.ca/>

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi
Site web: <http://bibliotheque.uqac.ca/>

Cette édition électronique a été réalisée par Jean-Marie Tremblay, bénévole, professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi à partir de :

Jean-Paul Brodeur
criminologue, professeur agrégé, École de criminologie
Université de Montréal

“Le Trafic des plaidoyers dans la justice pénale le verbe « dealer » de l'anglais « to deal »”

Un article publié dans la revue **Cahiers du socialisme**, no 5, printemps 1980, pp. 14-27. Communication présentée au colloque Discours et histoire, UQAM, automne 1979.

[Autorisation de l'auteur accordée le 29 juin 2006 de diffuser cet article dans Les Classiques des sciences sociales.]



Courriel : jean-paul.brodeur@umontreal.ca

Polices de caractères utilisée :

Pour le texte: Times New Roman, 14 points.

Pour les citations : Times New Roman, 12 points.

Pour les notes de bas de page : Times New Roman, 12 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2004 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format : LETTRE (US letter), 8.5'' x 11''

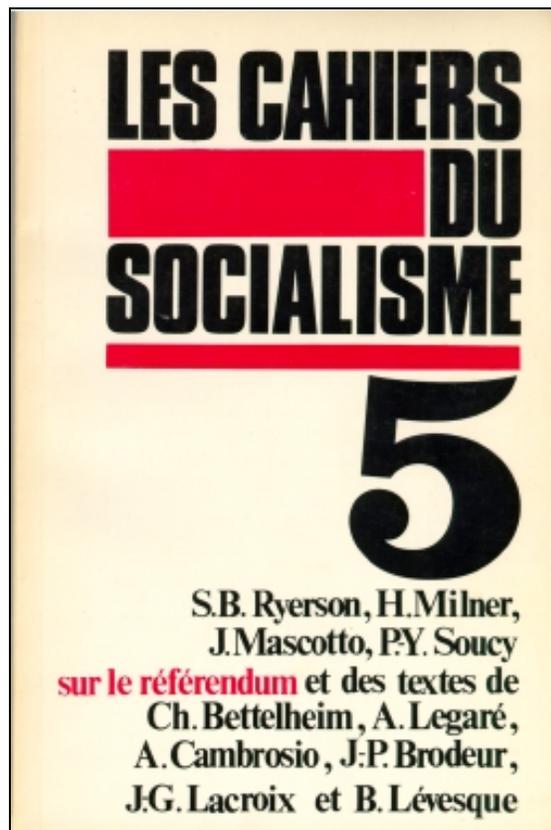
Édition numérique réalisée le 29 juillet 2006 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, province de Québec, Canada.



Jean-Paul Brodeur

criminologue, professeur agrégé, École de criminologie
Université de Montréal

“Le Trafic des plaidoyers dans la justice pénale le
verbe « dealer » de l'anglais « to deal »”



Un article publié dans la revue **Cahiers du socialisme**, no 5, printemps 1980, pp. 14-27. Communication présentée au colloque Discours et histoire, UQAM, automne 1979.

Table des matières

[Introduction](#)

[Pratiques](#)

- première pratique : le blanchissage des dossiers de la police
- seconde pratique : le changement de venue
- troisième pratique : la remise du butin
- quatrième pratique : la délation
- cinquième pratique : l'affaiblissement de la preuve.
- sixième pratique : la prime au silence.

[La signification du trafic](#)

[Les conséquences institutionnelles](#)

[Un retour théorique](#)

Jean-Paul Brodeur
criminologue, professeur agrégé, École de criminologie
Université de Montréal

“Le Trafic des plaidoyers dans la justice pénale
le verbe « dealer » de l'anglais « to deal »” *

Un article publié dans la revue **Cahiers du socialisme**, no 5, printemps 1980,
pp. 14-27.

Introduction

[Retour à la table des matières](#)

Je commencerai par faire deux brèves remarques. La première de « ces remarques concerne le titre de cet article : « Le verbe "dealer" (de l'anglais to deal) ». Ce titre a valeur d'emblème : j'ai délibérément choisi d'utiliser une expression bâtarde - « dealer », c'est-à-dire faire un « deal » ou encore conclure un marché - pour énoncer le thème de ce texte. Les phénomènes que je décrirai sommairement se produisent dans la marge du texte juridique ; j'ai pensé qu'il serait idoine de les désigner par une expression qui était elle-même en dehors du code reçu de la langue française.

Ma seconde remarque est relative au champ dans lequel s'inscrit mon exposé : c'est celui des problèmes que soulèvent l'existence et le fonctionnement du système de la justice pénale, dont les règles sont en partie inscrites dans le Code criminel. Le système de la justice pénale est l'un des appareils de contrôle qui est progressivement advenu au

* Communication présentée au colloque Discours et histoire, UQAM, automne 1979.

type de société dans lequel nous vivons. Ce n'est toutefois pas le seul de ces appareils de contrôle, ni le plus important. Ce n'est que le plus visible.

Lorsqu'on se le représente de façon non-critique, le système de la justice pénale apparaît comme un appareil structuré en diverses agences - police/tribunaux/agences correctionnelles et post-correctionnelles - qui ont pour fonction d'appliquer un ensemble de prescriptions légales constituant le **droit criminel**. Ainsi conçu comme une mise en force du droit tel qu'il s'écrit dans un code de lois, le système de la justice pénale paraît trouver sa pierre d'assise dans les décisions que rendent les tribunaux au cours d'exercices ritualisés qui ont pour nom « procès » et où s'incarne de façon privilégiée la pratique du droit criminel, c'est-à-dire l'obligation qui est faite aux instances de la poursuite de défaire la présomption d'innocence dont jouit légalement le prévenu. Cette représentation de la justice pénale, qui accorde au procès une valeur de symbole de la pratique du droit, est très répandue, tant parmi les non-spécialistes des affaires de la justice que parmi ceux qui réfléchissent aux problèmes que soulèvent la résolution de ces affaires. Je ne citerai, pour étayer cette affirmation, que le texte de M. Robert Senay, intitulé « Philosophie et droit pénal » et qui a été récemment publié dans un recueil paru chez Bellarmin sous le titre de *Philosophie et droit* (Montréal, 1979). Ce texte rappelle, pour l'essentiel, les principes et les règles juridiques qui norment dans notre système accusatoire le déroulement des procès. La plupart des textes du recueil précité - les articles de Pierre Landreville et d'André Paradis constituant des exceptions notables - abordent les problèmes du droit à travers une discussion des normes juridiques codifiées et ne questionnent que rarement l'écart très considérable qui existe entre la promulgation de ces normes et ce que nous appellerons à titre provisoire leur application. Or l'octroi d'une primauté théorique à la norme juridique codifiée équivaut dans la pratique à privilégier la composante verdictive du système de la justice pénale, puisque la production d'un verdict suite à la tenue d'un procès a précisément pour fin alléguée de déterminer dans quelle mesure un ou des individus ont dérogé aux prescriptions légales.

Or les procès, si l'on compare le nombre de leurs Occurrences à la masse des affaires traitées par la justice pénale, sont relativement ra-

res. J'en suis venu, par cette affirmation, à ce qui constitue le thème de cette communication.

En commençant de développer ce thème, il m'apparaît important de préciser que, contrairement au langage utilisé dans la presse, tout ce qui se déroule dans une cour de justice - devant un magistrat - ne constitue pas un procès. Le procès ayant pour fin de déterminer la culpabilité ou l'innocence d'un accusé, sa mise en marche est doublement conditionnée. Elle est d'abord conditionnée par la mise en accusation d'un prévenu - cette décision appartenant en théorie au procureur de la couronne ¹. Elle est ensuite conditionnée par l'enregistrement par l'accusé d'un plaidoyer de **non-culpabilité**. Dans le cas d'un plaidoyer de culpabilité, la tâche du juge se réduit à la détermination de la sentence, cette décision étant parfois précédée de représentations diverses faites par l'avocat de l'accusé. C'est, pour prendre un exemple récent, par abus de terme que la presse s'est référée au procès des époux Cossette-Trudel. Les accusés ayant décidé de plaider coupable, il ne restait plus au juge qu'à déterminer leur sentence, après avoir entendu les représentations de leur avocat sur la nature de la sanction qu'il était opportun de prendre.

La nature d'un procès aux assises criminelles étant ainsi sommairement caractérisée, il convient maintenant de citer quelques chiffres.

La première condition, nous l'avons déjà dit, de la tenue d'un procès réside dans la mise en accusation d'un prévenu. Or le nombre de mises en accusation, si on le compare avec le nombre d'infractions déclarées à la police, est relativement peu élevé : entre 20 et 30% pour les infractions déclarées au Code criminel du Canada. Les statistiques sont en ce domaine de plus en plus difficiles à établir, les corps policiers canadiens -par exemple le S.P.C.U.M. - s'abstenant maintenant d'inclure dans leur rapport annuel le nombre des affaires résolues par voie de mise en accusation. Les facteurs qui déterminent le défaut de mise en accusation sont très variables : ils s'échelonnent de l'échec très fréquent de la police à appréhender l'infracteur aux ententes qui sont

¹ Brian Grossman a bien montré que cette prise de décision était en pratique exercée par la police. Voir Grossman (1965). *The Prosecutor*, Toronto, University of Toronto Press.

passées entre un infracteur identifié et la police. Nous reviendrons plus loin sur ces ententes.

Je rappelle la seconde des conditions qui sont posées à l'ouverture d'un procès criminel, à savoir l'enregistrement d'un plaidoyer de non-culpabilité. À cet égard, une première remarque s'impose : on tire parfois orgueil de ce que dans notre procédure - dite accusatoire - l'accusé soit censé être présumé innocent. Cette façon de parler est par trop simple, car si l'accusé est légalement présumé innocent, il est factuellement présumé coupable : le fait même que l'on décide de lui intenter des poursuites signifie qu'on a recueilli contre lui une preuve suffisante pour le faire condamner². C'est d'ailleurs pourquoi la majorité de ceux qui sont mis en accusation plaident coupable. Les statistiques recueillies aux États-Unis démontrent avec constance qu'entre 89 et 97% des prévenus cités à procès enregistrent un plaidoyer de culpabilité. Les statistiques canadiennes - en général mal tenues - sont à cet égard moins explicites : des études récentes citaient un chiffre de l'ordre de 70% de plaidoyers de culpabilité pour le Canada et 90% pour le district judiciaire de Montréal³. À ce chiffre doit s'ajouter le nombre

² On a accoutumé de comparer le droit criminel anglo-saxon au droit criminel tel qu'on le pratique dans des pays comme la France. Le régime juridique en vigueur dans les pays anglo-saxons est dit accusatoire et l'accusé est censé jouir de la présomption légale d'innocence. La procédure française est de nature inquisitoire et l'accusé, présumé coupable, porte le fardeau de faire la preuve de son innocence. Ces différences sont plus formelles que réelles. Avant qu'une accusation ne soit portée, en France, un magistrat assumant les fonctions et le titre de juge d'instruction doit faire une recommandation en ce sens aux instances de la poursuite. Dans les pays qui pratiquent une procédure accusatoire, c'est à la police qu'il revient en pratique d'assumer les fonctions de juge d'instruction. Lorsque cette dernière recommande que des poursuites soient prises, elle dispose de façon générale d'une preuve suffisante pour faire condamner le prévenu. Le désavantage de la procédure accusatoire peut être caractérisé de la manière suivante : étant conduite par la police, l'instruction n'est pas juridiquement normée de façon aussi rigoureuse que dans une procédure inquisitoire. L'absence de contrôle sur l'instruction conduite par la police annule souvent le bénéfice de la présomption légale d'innocence.

³ Pour des statistiques sur le nombre des plaidoyers de culpabilité enregistrés dans les cours du district judiciaire de Montréal, voir Mackaay Ejan (1976), *Les chemins de la justice - étude du fonctionnement des cours criminelles à Montréal*, Groupe de recherche en jurimétrie, Faculté de droit, Université de Montréal. Pour l'ensemble du Canada, voir le Document de travail no 4 de la

de plus en plus considérable de personnes qui bénéficient au Canada de mesures de déjudiciarisation, dont l'application est conditionnée par la reconnaissance tacite ou explicite, de la part du bénéficiaire de ces mesures, de sa culpabilité.

Il appert donc que cette éloquente célébration du texte juridique, dont le procès serait censé fournir la scène, se produit relativement peu fréquemment et surtout qu'elle ne subsume qu'une partie très restreinte des affaires qui émargent au système de la justice pénale. Restent deux questions. La première : pourquoi la majorité des accusés ne se prévaut-elle pas de la présomption légale d'innocence ? La seconde : ne pourrait-on dire que la fête juridique dont nous sommes frustrés par manque de procès ne fait en réalité que l'objet d'un ajournement au profit du prononcé dramatique de la sentence ? Ces deux questions sont, au vrai, liées de façon immédiate : une partie considérable des plaidoyers de culpabilité est obtenue par suite d'un marchandage entre les deux parties en conflit - l'accusation et la défense - à travers lequel chacune de ces parties poursuit son profit. Ce marchandage se produit, comme nous le verrons, dans les marges du texte de la loi et il a été institutionnalisé aux États-Unis sous le terme de *plea bargaining* (au Canada, on fait des « deal »).

L'intérêt des diverses instances de la poursuite est en effet de résoudre une affaire par l'obtention de la condamnation d'un coupable et celui de la défense est celui d'obtenir une réduction de sentence (à défaut d'un improbable verdict d'innocence). Le moyen de concilier ces intérêts en apparence divergents est de négocier le dépôt d'un plaidoyer de culpabilité à une infraction moindre que celle dont la poursuite pourrait espérer faire la preuve, sans garantie de succès, au cours d'un procès. L'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité entraîne la condamnation de l'accusé, ce qui arrange la poursuite, et la diminution de la gravité de l'acte d'accusation détermine une réduction de sentence, ce qui profite à l'accusé (dans la mesure où il est effectivement coupable).

Commission de réforme du droit, Ottawa, Information Canada, p. 10. Pour des statistiques concernant l'Ontario, voir Hahn R. (1973). *Decision-making in the Canadian Criminal Court System, a System Analysis*. Toronto : Center of Criminology, University of Toronto.

Au lieu de décrire dans des termes généraux ce trafic des plaidoyers, je donnerai quelques exemples des pratiques qui l'accomplissent.

PRATIQUES

première pratique : le blanchissage des dossiers de la police

[Retour à la table des matières](#)

Tout enquêteur de la police est chargé de résoudre un certain nombre d'affaires, qui constituent sa charge de travail. Parmi ces affaires, il en est un nombre important dont la résolution présente des difficultés insurmontables. L'enquêteur de la police, dont le rôle dans la conclusion d'un marché extra-juridique est déterminant, acceptera en certains cas de réduire la gravité des accusations qui seront portées contre un prévenu, dans la mesure où ce dernier se résoudra à plaider coupable à des infractions qu'il n'a pas nécessairement commises mais seront dès lors considérées comme « résolues par voie de mise en accusation » par les statistiques de la police. Imaginons, par exemple, qu'un infracteur ait, au cours d'un cambriolage, provoqué involontairement la mort d'une victime. S'il accepte de plaider coupable à toute une série de cambriolages non-résolus dans le quartier où il a opéré, la poursuite pourra alors considérer de ne retenir contre lui que des accusations de vol et d'homicide involontaire au lieu de le poursuivre pour meurtre. Le policier clôt de cette façon un nombre important de dossiers et l'accusé obtient une réduction de sentence.

Le premier de ces exemples concerne un cas de plaidoyer à moindre offense que celle qui pourrait être retenue contre un prévenu. Il y a plus spectaculaire. Soit un individu qui a été pris en flagrant délit de cambriolage : il peut donc être poursuivi pour ce cambriolage. Si cet individu accepte de plaider coupable à une série de cambriolages, il peut s'avérer qu'il obtienne par suite d'un marchandage une sentence

moindre que celle qu'il obtiendrait en plaidant coupable à la seule infraction pour laquelle il a été pris en flagrant délit. Lorsque l'on demande à des policiers de justifier qu'un individu obtienne, en plaidant coupable à une série de délits, une sentence moindre que s'il était poursuivi pour un seul délit de même nature, il n'est pas rare qu'on obtienne l'explication suivante. L'individu bénéficie effectivement d'une réduction de sentence par suite de ce premier marchandage. Il est cependant inscrit à son dossier qu'il a plaidé coupable à une série de cambriolages. Si ce même individu, ayant purgé sa sentence, est à nouveau arrêté dans une autre affaire, on fera alors valoir contre lui l'épaisseur de son dossier pour obtenir dans ce second cas - où l'on refusera de marchander - une sentence accrue. On s'attend donc à reprendre plus tard ce qu'on cède en suite à un premier marchandage, dont le bénéfice pour le prévenu n'est que provisoire.

seconde pratique : le changement de venue

Les tribunaux de province sont réputés plus sévères que ceux des métropoles. Un infracteur pourra donc être convaincu de plaider coupable à un crime antécédent, commis dans une grande ville, pour obtenir qu'il y soit jugé. Il est parfois plus rentable de plaider coupable à une série d'infractions, dont l'une au moins a été perpétrée dans une grande ville, ce qui entraîne le changement de venue, que de plaider non-coupable à une seule infraction de même nature que les précédentes devant un tribunal de province.

troisième pratique : la remise du butin

Plusieurs compagnies d'assurance remettent - de façon officielle ou officieuse - une prime à l'enquêteur qui récupère le produit d'un vol important, ce qui diminue très sensiblement le remboursement que ces compagnies doivent verser aux victimes de vols. Un infracteur pourra dès lors négocier à son avantage la nature des accusations sur lesquelles il plaidera éventuellement coupable, s'il est en mesure d'indiquer aux policiers comment récupérer les fruits de son vol.

quatrième pratique : la délation

Une réduction de la gravité des poursuites est souvent acquise à un infracteur qui accepte de désigner ses complices et de témoigner contre eux. On abandonnera parfois complètement les poursuites qui pourraient être engagées contre un infracteur, à la condition qu'il accepte de devenir informateur des services de police sur une base régulière. Cette question de l'immunité qui est accordée à des indicateurs de police est extrêmement complexe et mériterait qu'on la traite en détail. Un tel traitement supposerait cependant qu'on consacre à ce problème toute la longueur d'un article.

cinquième pratique : l'affaiblissement de la preuve.

Cette pratique est sans doute la plus répandue et le succès qu'y rencontre un avocat dépend largement de ses habiletés de négociateur. Un avocat de la défense peut en effet arguer de la longueur et de la complexité éventuelles d'un procès, ainsi que de l'incertitude de son résultat, pour tenter de convaincre la poursuite d'atténuer la gravité de l'acte d'accusation. La proposition de la défense peut en gros être énoncée de la façon suivante : « Si vous accusez mon client de meurtre (par exemple), il plaidera non-coupable et vous n'êtes pas sûr de gagner. Si, par contre, vous l'accusez d'homicide involontaire, je me charge de le convaincre de plaider coupable. Vous obtiendrez de cette façon votre condamnation et vous épargnerez à la justice les frais d'un long procès. » Ce type de marchandage est soumis à des règles extra-juridiques relativement précises, bien que non codifiées. (Il était, pour prendre un exemple, de notoriété publique dans une Cour de la ville de Washington qu'un prévenu qui y plaidait coupable avait le privilège de déterminer lui-même quel juge lui attribuerait sa sentence⁴). L'avocat qui désire s'y livrer doit d'abord convaincre l'enquêteur de la police d'en accepter les termes. Sans l'appui de ce dernier, la négociation est vouée à l'échec. L'enquêteur se charge à son tour d'obtenir l'aval du procureur de la couronne. Lorsque les policiers et les procu-

⁴ Voir, entre autres, The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. Task Force Report : The Courts. Washington, U.S. Government Printing Office, 1967, p. 11.

reurs des deux parties se sont entendus, l'entente est soumise au juge qui y acquiesce en prédéterminant sa sentence de manière à satisfaire tous les demandeurs. Tout est donc joué avant que les parties intéressées ne se présentent en cour.

sixième pratique : la prime au silence.

D'un poids particulièrement lourd dans le marchandage des plaidoyers sont les révélations que pourrait faire un accusé dans le cadre de son procès. Il n'est parfois pas dans l'intérêt du Ministère public de dresser un acte d'accusation dont la gravité contraindrait un prévenu à organiser une défense mettant en péril la réputation d'institutions ou de personnes dont l'État désire préserver la réputation. Un accusé qui détient un tel savoir compromettant se trouve dans une position de force face à la poursuite, dont c'est l'intérêt d'éviter un procès : il n'acceptera de plaider coupable qu'à un acte d'accusation dont son avocat aura, dans une mesure considérable, dicté les termes.

Les six pratiques dont nous venons de faire état sont parmi celles qui affectent la seconde des conditions requises pour l'ouverture d'un procès, à savoir le dépôt d'un plaidoyer de non-culpabilité. Il est également d'autres trafics qui visent, de façon plus radicale, à empêcher que des poursuites soient prises. On peut cependant plus difficilement en rendre compte puisqu'ils impliquent des actions qui sont à la limite de la légalité ou qui transgressent de façon massive cette légalité. Les enquêtes conduites aux États-Unis sur la corruption des services policiers ont donné à cet égard des résultats véritablement effarants ⁵. On peut dire la même chose des enquêtes faites -avant 1956 sur des corps de police québécois.

⁵ L'enquête dont les résultats furent les plus accablants à cet égard fut celle qui a été conduite à New York, à la suite des révélations de l'agent Serpico. Voir The Knapp Commission Report on Police Corruption (1972), George Braziller, New York.

LA SIGNIFICATION DU TRAFIC

[Retour à la table des matières](#)

Tels sont donc quelques-uns des faits qui illustrent le fonctionnement d'une partie du système de la justice pénale. On pourrait accumuler les données qui indiquent à quel point est vaste l'écart qui sépare la lettre de la loi pénale ou criminelle et celle de la procédure du fonctionnement effectif des appareils dont elle légitime l'existence. Je ne poursuivrai cependant pas dans cette voie. Il est en effet relativement aisé d'aligner des descriptions et de citer des chiffres, pour peu qu'on garde contact avec la pratique. Il est cependant autrement redoutable de tenter d'en extraire la signification et d'en tirer quelques bonnes conséquences. C'est à ces dernières tâches que je m'efforcerai maintenant de m'employer, en étant conscient du caractère inexplicite de mes propositions.

Quelle est, en premier lieu, la signification des descriptions que nous venons de produire ? J'écarterais d'abord deux interprétations qui pourraient en être faites et qui m'apparaissent également courtes. Selon la première de ces interprétations, des constats du type de ceux que je viens de faire témoigneraient du caractère fictif de la prescription légale - du texte juridique - dont on peut montrer sans difficulté à quel point elle est incessamment subvertie par des facteurs qui ne ressortissent pas de droit au domaine juridique (et a fortiori au champ des textes). La seconde interprétation prend l'exact contre-pied de la première : tous les trafics dont nous avons fait état devraient être versés au compte des distorsions inévitables que comporte la mise en force des lois et l'existence de ces trafics - aussi massive qu'elle fût - n'impugnerait en rien la forteresse du droit pur et codifié. L'une et l'autre de ces interprétations m'apparaissent insoutenables. La première méconnaît que ce sont bien des plaidoyers - des actes juridiques - qui sont marchandés et la seconde s'aveugle au marchandage lui-même.

J'estime donc opportun de distinguer entre deux niveaux d'analyse, que je dénommerai respectivement niveau macro-juridique et niveau micro-juridique, et je tenterai maintenant de rendre compte de cette terminologie.

Si nous nous situons à un niveau macro-juridique et considérons le système de la justice pénale dans son ensemble et pour lui-même, nous pourrions affirmer que le texte de la loi y prend l'aspect d'un ensemble de règles constitutives par rapport à l'organisation de la justice pénale et qu'il lui fournit également les prémisses d'une structure de *légitimation*. Cet énoncé requiert des précisions et j'en fournirai quelques-unes.

En utilisant l'expression de règles *constitutives*, j'intègre librement une distinction initialement formulée par John Searle⁶ entre deux types de règles : des règles dites constitutives, qui établissent un cadre formel à l'intérieur duquel de nouveaux comportements sont produits et des règles dites régulatrices (regulative) qui norment et à certains égards modifient des comportements qui sont antécédents à l'énoncé de ces règles. J'affirme donc que le droit criminel est au niveau macro-juridique plutôt de nature constitutive que de nature régulatrice : ce droit crée des appareils, des agences et des fonctions dont il ne norme pas l'opération et il produit également des catégories (comme celles de crime et de délinquance) dont il ne règle pas davantage l'application.

Quelques mots d'explication, maintenant, sur la notion de structure de *légitimation*, qu'il m'importe avant tout de démarquer d'une structure de *légitimité*. Je dirai donc, en désespérant de mon laconisme, qu'au plan d'une théorie de l'action, la légitimation est à la légitimité ce qu'au plan d'une théorie de la proposition l'efficacité pragmatique ou rhétorique d'un raisonnement est à sa validité formelle. Pour le dire autrement, la notion de légitimation réfère à un processus de nature polémique, alors qu'il serait à tout le moins concevable de donner à la notion de légitimité une formulation logique qui en permette une application univoque et décidable. En affirmant que le droit pénal constitue davantage la prémisses d'une structure de légitimation qu'une structure de légitimité, je soutiens également qu'il est vain d'étudier la

⁶ Voir Searle John R. (1969), *Speech Acts*, Cambridge University Press.

lettre de la loi indépendamment de sa reproduction sous la forme d'une idéologie légitimante par les divers canaux qui assurent sa diffusion (média de masse, campagne de promotion gouvernementale, déclarations d'hommes politiques, etc.). Un très grand nombre des termes-clés qui constituent le texte de la loi - protection de l'enfance, sécurité nationale, viol, protection de la vie privée, délit contre les bonnes mœurs, ordre public - ne sont pas définis par le Code et leur sens est trop imprécis pour qu'ils puissent fournir les constantes d'un calcul de légitimité. Le contenu de ces termes est déterminé de façon à la fois discrétionnaire et provisoire par ce que j'ai appelé leur reproduction sous la forme de fragments d'idéologie et ce sont ces fragments d'idéologie qui légitiment de manière polémique la nature et l'intensité de l'intervention des agences pénales. Il n'est sans doute aucun ordre du discours où la sémantique soit soumise à une violence égale à celle qui prévaut dans l'ordre juridique.

J'en viens maintenant très brièvement à ce que j'ai appelé le niveau micro-juridique de l'analyse. Au lieu de caractériser ce niveau de manière formelle, je renverrai, par manque de place, aux descriptions que j'ai précédemment faites du trafic des plaidoyers. Ces descriptions s'inscrivent, à mon sens, dans ce qui ressortit au niveau micro-juridique. Il s'agit donc, dans une première étape, d'un examen des opérations qui sont effectivement accomplies à l'intérieur de la justice pénale et de l'évaluation de l'écart - quand on peut le constater - entre ces opérations et la procédure qui est juridiquement censée les régir. Ces descriptions n'épuisent cependant pas ce qu'il convient de faire à ce niveau d'analyse. C'est, bien sûr, une chose de décrire et c'est une autre de rendre compte de ce qui a été constaté. Je reviendrai là-dessus en conclusion.

La question que nous avons initialement posée au début de ce développement était celle de la signification du trafic des plaidoyers. La réponse que nous pouvons maintenant lui fournir s'énonce à la voix négative et elle constitue la formulation d'un nouveau problème. À s'en rapporter à nos descriptions précédentes, les niveaux macro et microjuridique constituent des sphères relativement hétérogènes. Si le droit écrit semble prévaloir au niveau macro-juridique, ce n'est pas lui qui norme, au niveau micro-juridique, ce trafic des plaidoyers, bien qu'il lui fournisse son cadre et, au besoin et de façon médiate, sa légi-

timation. Nous dirons donc : les opérations qui s'effectuent au niveau microjuridique ne sont pas contrôlées par les prescriptions édictées au niveau macro-juridique. Il reste maintenant à tirer quelques conséquences, pour les institutions juridiques elles-mêmes et pour la recherche qui s'assigne ces institutions pour objet, de ces inférences.

LES CONSÉQUENCES INSTITUTIONNELLES

[Retour à la table des matières](#)

Je commencerai par examiner une de ces conséquences au niveau de l'appareil de la justice pénale lui-même. L'un des principes revendiqués par cet appareil est qu'il garantit, par sa procédure, qu'un innocent (pour prendre le langage des juristes) ne sera pas sanctionné. En affirmant que le trafic des plaidoyers n'est pas une pratique qui est juridiquement normée, nous devrions conclure d'un même souffle que cette pratique aura pour résultat prévisible la condamnation d'innocents. Ce qui est effectivement le cas : on a recommandé aux États-Unis d'abolir cette pratique en alléguant précisément qu'elle favorisait le sanctionnement d'innocents. Il est facile de comprendre pourquoi. Une masse considérable de gens - dont la plupart appartiennent aux classes dites défavorisées - pense avec raison que « le pire arrangement vaut le meilleur procès ». Il est donc relativement facile d'obtenir de ces gens qu'ils plaident coupable, même s'ils n'ont rien fait, en misant sur le sentiment d'impuissance qui les anime face à l'appareil de la justice pénale. Bien qu'elle n'ignore pas cette conséquence, l'Association du Barreau américain a pris fermement position contre l'abolition de la négociation du plaidoyer. L'abandon de cette pratique déterminerait en effet un accroissement des plaidoyers de non-culpabilité et, partant, une augmentation du nombre des procès. Or les tribunaux sont depuis longtemps bien au-delà de leurs capacités d'accueil (que l'on pense qu'au Canada, où la situation est sensiblement meilleure qu'aux États-Unis, un prévenu passe en moyenne 4 minutes

et 45 secondes devant un magistrat avant d'obtenir son jugement)⁷. Une inflation abrupte des procès aurait pour résultat l'effondrement (improbable) du système des tribunaux, ou encore l'accentuation de son caractère expéditif, ou enfin son glissement vers les modèles italien ou sud-américain (prolongement absurde de la détention en attente de procès)⁸.

Il est difficile de se situer par rapport à ce débat ici exemplaire. On doit néanmoins dire ceci : l'abolition du trafic des plaidoyers constituerait une nouvelle tentative - parmi tant d'autres - pour soumettre les opérations de niveau micro-juridique aux prescriptions de niveau macro-juridique. Or ce programme - dont on a constaté souvent les résultats désastreux - ne peut plus maintenant être naïvement cautionné sans qu'on en ait le cœur net de la possibilité même d'articuler ces deux niveaux l'un sur l'autre.

UN RETOUR THÉORIQUE

[Retour à la table des matières](#)

Cette dernière question nous porte vers les tâches de la théorie. J'énoncerai d'abord ce qui m'apparaît clair, à savoir l'intérêt très périphérique de ces théories du droit pur - du droit textualisé - qui investissent le niveau macro-juridique, conçu comme un ensemble de prescriptions régulatrices ou normalisantes, dont on chercherait le fondement, la logique ou les traits d'expression.

Allons maintenant vers ce qui est peut-être moins évident. On pourrait arguer que l'hétérogénéité des sphères du macro et du micro-juridique n'en constitue qu'une apparence et faire valoir que ces deux niveaux doivent être retotalisés au sein d'une macro-sociologie ou d'une macro-politique, pour lesquelles l'écart qui divise les deux ni-

⁷ Voir Hahn R. (1973).

⁸ Pour la détention préventive en Amérique du Sud, voir Rico, José-M. (1978). *Crime et justice pénale en Amérique du Sud*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal.

veaux du juridique n'est que l'indice de leur solidarité profonde au regard de facteurs qu'on a tort d'exclure de l'analyse. On dirait de cette façon que, réintégré dans le cadre d'une théorie de la formation sociale et du mode de production, le micro-juridique apparaît comme la vérité occultée du droit (du macro-juridique). Le marchandage des plaidoyers constituerait de cette façon la vérité du droit bourgeois. Quels que soient ses mérites, une intégration sans grande distance de la théorie du droit dans une théorie de la formation sociale rencontre une difficulté assez sérieuse, qui est celle-ci : elle nous contraint à postuler différent ce qui est en réalité analogue, et similaire ce qui est différent. Il y a en effet souvent plus d'homologies que de différences entre le fonctionnement micro-juridique de la justice pénale (en ce qui a trait aux délits de droit commun) dans des formations sociales différentes (par exemple entre les deux Allemagne) ; à l'inverse, il y a fréquemment plus de dissemblances que de similarité entre le fonctionnement de la justice pénale, au niveau micro-juridique, dans des formations sociales identiques ou très proches quant au mode de production qui y prévaut (par exemple, entre le Japon et les États-Unis). Il semble en effet que l'hétérogénéité du macro et du micro-juridique soit actuellement indépassable, les changements intervenant au niveau macro-juridique, par suite d'une restructuration de la formation sociale, n'affectant que peu ou pas les fonctionnements micro-juridiques (la Chine d'avant et d'après la prise du pouvoir par Mao ne constitue pas une exception à cette dernière proposition ⁹. Le Code criminel polonais a été en vigueur plus de vingt ans après que ce pays fut devenu socialiste).

Quelle sera donc, pour conclure, la proposition de travail que nous pourrions recommander. Elle consisterait en trois points.

(i) Il me semble, en premier lieu, que le domaine juridique constitue une sphère privilégiée pour examiner les rapports qui s'établissent entre une prescription textualisée et la pratique qu'elle ambitionne de régir. Ce problème est symétrique à celui des conditions de production du discours mais il inverse la relation qui lie ces deux termes : ce qui est questionné n'est pas la production du discours à partir d'éléments

⁹ Voir Cohen, Jerome Alan (1968). *The Criminal process in the People's Republic of China - 1949-1963*. Cambridge Mass., Harvard University Press.

extra-discursifs (ou extra-linguistiques) mais la prise du discours lui-même sur les pratiques (extra-linguistiques) qu'il se propose de contrôler. Il n'est peut-être pas de problème qui ait donné à plus d'incantations et à moins de savoir que celui des relations entre la théorie et la pratique. Et pour cause : ces termes de théorie et de pratique sont des génériques surdéterminés qui condensent des relations aussi profondément différentes que celles qui peuvent être établies entre :

- la théorie et sa vérification empirique ;
- une loi scientifique et ses applications technologiques ;
- un plan et sa réalisation ;
- une norme et sa mise en force.

À son niveau le plus abstrait, l'analyse de la pratique juridique - caractérisée par un montage extrêmement complexe de normes mises en texte et d'opérations légitimées immédiatement par ces normes - pourrait nous permettre de départager les couples précédents, ne serait-ce qu'en produisant de manière explicite la théorie du dernier d'entre eux.

(ii) La part qui me semble revenir à l'analyse des textes, dans la proposition de travail que j'essaie d'articuler, serait la suivante : elle aurait pour objet de rendre compte de ce que j'ai appelé la reproduction idéologique du droit comme structure discursive de légitimation. Je donnerai une brève illustration de ce que j'entends de façon concrète par ce dernier énoncé. La loi 24 -Loi sur la protection de la jeunesse - récemment promulguée, a donné lieu à une campagne de promotion considérable (conférences, cours, rencontres avec les praticiens, articles dans les journaux, etc.). Il me semble impérieux d'établir, en utilisant les ressources de l'analyse de textes, de quelle manière cette loi a été reproduite au cours de sa campagne de promotion comme une structure idéologique seconde légitimant une intervention accrue de l'État dans les affaires des enfants et des juvéniles (ceci, en dépit de la dénégation explicite de l'interventionnisme judiciaire contenu dans le texte de cette loi). Une analyse sémantique qui se bornerait à n'examiner que le texte de cette loi, sans le mettre en rapport avec sa reproduction sous la forme d'un fragment d'idéologie exaltant les droits de l'enfance, m'apparaît relativement gratuite. Ses résultats seraient en outre contradictoires avec ce qu'on observe ac-

tuellement dans la pratique, à savoir une intervention accrue de l'État dans les affaires des moins de 18 ans.

(iii) Le service le plus grand que pourrait peut-être rendre l'analyse du texte juridique (alors qu'il n'en serait qu'à l'étape préalable du projet de loi) serait de nous fournir une prédiction sur les modalités de la mise en force future de ce projet de loi, s'il était adopté. Nous sommes cependant très éloigné de pouvoir faire avec certitude ces prévisions (le nombre de fois où l'on s'est outrageusement trompé à tenter de le faire le montre bien). C'est pourquoi je dirai en dernier lieu qu'il m'apparaît prioritaire de revendiquer - à tout le moins à titre de niveau d'analyse - l'autonomie de ce que j'ai dénommé le micro-juridique. Seule une connaissance, qui nous fait actuellement cruellement défaut, des phénomènes de brouillage et souvent d'inversion qui se produisent à ce niveau nous permettra de jeter quelque lumière sur l'écart qui sépare le texte juridique des pratiques qu'on lui fait cautionner. J'avouerai en dernier lieu ignorer à quelle discipline constituée il appartient de droit de faire la théorie du micro-juridique. Cette question ne m'apparaît pas toutefois revêtir une grande importance.

Fin du texte