

**XX^e CONFÉRENCE DES JURISTES DE
L'ÉTAT**

***LA DÉONTOLOGIE ET LES JURISTES DE
L'ÉTAT***

**Allocution prononcée par
L'HONORABLE NICOLE DUVAL HESLER
Juge en chef du Québec**

Centre des congrès de Québec

Le 9 avril 2013

Selon l'auteur Hutchinson, les juristes de l'État sont les "orphelins de la déontologie"¹. En effet, les obligations déontologiques des avocats du gouvernement sont mal comprises et peu expliquées dans la doctrine tout comme dans la jurisprudence² et ce, malgré que plusieurs commentateurs canadiens militent en faveur d'une analyse particularisée des enjeux éthiques auquel les juristes de l'État sont confrontés³, certains allant jusqu'à soutenir qu'ils ont des obligations différentes, voire plus strictes, que leurs confrères en pratique privée⁴.

Ce n'est pas là une position qui se reflète dans les codes de déontologie et la jurisprudence, par ailleurs relativement peu abondante : par exemple, le Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada, d'ailleurs peu loquace sur le sujet des "avocats titulaires d'une charge publique", place ces derniers au même rang, en cette matière, que leurs collègues du secteur privé, précisant qu'ils doivent s'acquitter de leurs charges selon des normes de conduite « aussi exigeantes que celles qu'impose le présent code à l'avocat en exercice ⁵ ». C'est peut-être là

¹ Allan C. Hutchinson, "In the Public Interest: The Responsibilities and Rights of Government Lawyers" (2008) 46 *Osgoode Hall L.J.* 105, 105: "Government Lawyers are the orphans of legal ethics".

² Pierre Bernard, "Les juristes de l'État auraient-ils des devoirs différents ou même plus élevés que ceux des autres avocats? Une réflexion sur le sujet." dans *Conférence des juristes de l'État 2009 XVIIIe Conférence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, 8.

³ Voir, par exemple, Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, Toronto, Thompson Reuters Carswell, 2006, s. 21; Deborah MacNair, "In the Service of the Crown: Are Ethical Obligations Different for Government Counsel?" (2005) 86 *R. du B. can.* 501.

⁴ P. Bernard, *supra*, note 2; Adam M. Dodek, "Lawyering at the Intersection of Public Law and Legal Ethics: Government Lawyers as Custodians of the Rule of Law" (2010) 33 *Dalhousie L.J.* 1.

⁵ Le Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2000, r. 6.05 (1). On retrouve la même règle au *Code de déontologie professionnelle de l'Association du Barreau canadien*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 2009, ch. X.

un signe que les nuances qu'exige un rôle aussi délicat que celui d'avocat conseil du gouvernement sont plutôt mal perçues. C'est l'État, après tout, qui doit constitutionnellement veiller au maintien de la paix et de la prospérité dans la société canadienne et lui assurer un bon gouvernement, c'est-à-dire, protéger l'intérêt public, dans une démocratie, c'est-à-dire, un milieu politique où s'opposent, par définition, de multiples factions. Heureusement du reste ! La jurisprudence canadienne, elle aussi, préconise des obligations déontologiques identiques pour les juristes du secteur public comme pour ceux et celles du secteur privé⁶.

À cet égard, on constate que les procureurs de la poursuite, ou avocats du ministère public oeuvrant en matière criminelle, constituent l'exception qui confirme la règle. En effet, la Cour suprême du Canada reconnaît depuis 1955 un rôle particulier aux procureurs de la Couronne, lesquels exercent une fonction dite "quasi-judiciaire"⁷. En conséquence, les codes de déontologie⁸ et les traités d'éthique⁹ leur réservent, de façon générale, un traitement élaboré et distinct.

⁶ Everingham c. Ontario, [1992] 88 DLR (4th) 755, 1992 CarswellOnt 421, paragr. 18 (Ont. Ct. J.) [Everingham]; New Brunswick c. Rothmans Inc., 2009 NBQB 198, 2009 CarswellNB 304, paragr. 15 [Rothmans]; R. c. Campbell, [1999] 1 R.C.S. 565, REJB 1999-11936, paragr. 50, citant Crompton (Alfred) Amusement Machines Ltd. c.

Comrs. of Customs and Excise (No. 2)[1972] All E.R. 353 (C.A.), 376; Quebec (Commission de la construction) c. Gestion Immobilière Montérégie inc., REJB 1999-16328, [2000] R.J.Q. 299, paragr. 33 [Montérégie].

⁷ Boucher c. La Reine, [1955] R.C.S. 16, 21 (juge Taschereau) [Boucher].

⁸ Association du Barreau canadien, Code de déontologie professionnelle, Ottawa, Association du Barreau canadien, 2009, ch. IX, commentaire 9 ("Devoirs du procureur de la Couronne"); Le Barreau du Haut-Canada, Code de déontologie, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2000, r.4.01(3) commentaire.

Il n'est pas illégitime de se demander si cette distinction entre les procureurs de la poursuite, d'une part, et les autres juristes du gouvernement (plaideurs et conseillers¹⁰), d'autre part, demeure justifiée. Se pourrait-il que les raisons qui sont invoquées dans le cas des procureurs de la Couronne s'appliquent également aux plaideurs et conseillers de l'État? En d'autres termes, que toutes et tous exercent une fonction « quasi-judiciaire » parce que d'intérêt public ? Je ne fais que poser la question, n'ayant aucunement l'intention d'y répondre.

I. Les représentants du Directeur des poursuites criminelles et pénales, anciennement substitués du procureur général, avocat/es du ministère public en matière criminelle ou, traditionnellement, procureur/es de la Couronne

Les responsabilités des procureurs traditionnellement connus comme procureurs de la Couronne sont sans équivoque les mieux comprises et les plus discutées parmi celles des juristes de l'État¹¹. En effet, la jurisprudence et la doctrine posent très clairement une distinction entre celles-ci et les obligations des avocat/es en matière

⁹ Voir, par exemple, Alice Woolley, *Understanding Lawyers' Ethics in Canada*, Markham, ON, LexisNexis Canada, 2011, p. 277 et seq.; Allan C. Hutchinson, *Legal Ethics and Professional Responsibility*, 2e éd., Toronto, Irwin Law, 2006, p. 157 et seq.; MacKenzie, *supra*, note 3, n° 6-1 - 6-17; Michel Proulx et David Layton, *Ethics and Canadian Criminal Law*, Toronto, Irwin Law, 2001.

¹⁰ Dans le cadre de ce travail, nous porterons notre attention envers les juristes au sein de la branche exécutive, étant donné la difficulté de trouver des sources traitants des légistes.

¹¹ P. Bernard, *supra*, note 2, 32.

civile¹². La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Boucher*, a ainsi énoncé le principe en 1955 :

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. [...] The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings¹³.

Le rôle d'un/e procureur/e en tant qu' "officier de justice" n'est pas simple affaire de rhétorique; il a un impact significatif sur le processus judiciaire¹⁴. Par exemple, le procureur de la poursuite doit constitutionnellement divulguer à l'accusé toute preuve pertinente en sa possession, que cette preuve soit inculpatoire ou exculpatoire¹⁵. Le ministère public ne peut loger une accusation sans s'assurer que la preuve est suffisante et qu'il est dans l'intérêt public qu'une poursuite soit entamée¹⁶. Le procureur du ministère public doit agir avec

¹² Voir MacKenzie, *supra*, note 3, n° 6.1; A. Woolley, *supra*, note 9, p. 277; A. Hutchinson, *supra*, note 9, p. 161.

¹³ *Boucher*, *supra*, note 7, 23-24 (j. Rand).

¹⁴ A. Woolley, *supra*, note 9, p. 279.

¹⁵ *R. v. Stinchcombe*, [1991] 2 S.C.R. 326; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680.

¹⁶ A. Woolley, *supra*, note 9, p. 288. Par exemple, voir *Boucher*, *supra*, note 7.

modération et impartialité, se gardant d'exprimer une opinion personnelle sur la culpabilité de l'accusé¹⁷.

Ce traitement particularisé est dû à de multiples facteurs dont, en premier lieu, une tradition anglo-canadienne de longue date.

En effet, la fonction des procureurs de la Couronne découle d'une position qui remonte au XIII^e siècle, en Angleterre¹⁸. À cette époque, le souverain désignait des procureurs indépendants pour entreprendre des poursuites criminelles en son nom et pour assurer le respect des droits et prérogatives du souverain devant les cours de justice¹⁹. Progressivement, la pratique de nommer un seul procureur du roi, officiellement désigné sous l'appellation de Procureur général, apparut en 1604²⁰. C'est ainsi que la fonction actuelle du Procureur général au Canada et de ses délégués fait partie d'une longue tradition au sein des systèmes juridiques d'inspiration britannique²¹.

En deuxième lieu, cette tradition de pouvoirs spéciaux dévolus aux procureurs de la Couronne relève de la Constitution elle-même, en ce sens que les pouvoirs discrétionnaires dont bénéficient les procureurs de

¹⁷ A. Woolley, *supra*, note 9, p. 279.

¹⁸ André Buteau, "Les fonctions du poursuivant, de gardien de l'intérêt public, de représentant de l'État devant les tribunaux et de conseiller juridique exercées par le ministre de la Justice et Procureur général du Québec" dans *Conférence des juristes de l'État 2002 XV^e Conférence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, 239 et 245; M. Proulx & D. Layton, *supra*, note 9, p. 639.

¹⁹ A. Buteau, *supra*, note 19.

²⁰ *Ibid.*, 246.

²¹ P. Bernard, *supra*, note 2, 32.

la Couronne²² sont constitutionnellement protégés. Puisqu'à l'origine les procureurs de la Couronne étaient des représentants du souverain devant les cours de justice, leurs pouvoirs proviennent de la prérogative royale²³ et incluent le pouvoir d'entamer une poursuite, de choisir et de retirer le chef d'accusation, de prononcer un sursis, et de préférer une mise en accusation²⁴. En outre, les pouvoirs discrétionnaires du Procureur général et de ses substituts, étant issus de la branche exécutive, sont protégés par la séparation constitutionnelle des pouvoirs²⁵ et ne peuvent être révisés par les tribunaux en l'absence de "conduite répréhensible flagrante"²⁶. En effet, le contrôle judiciaire des décisions du procureur nuirait à l'indépendance et l'impartialité du tribunal, car celui-ci deviendrait le superviseur du poursuivant²⁷, et acquerrait ainsi un lien avec la Couronne, une des parties au litige. C'est pourquoi les pouvoirs des procureurs de la Couronne sont considérables et protégés, à juste titre, par la Constitution canadienne.

Il est facile de comprendre les raisons pour lesquelles les procureurs de la Couronne sont sujets à des obligations déontologiques distinctes, attribuables au vaste pouvoir discrétionnaire qu'ils détiennent,

²² Donna C. Morgan, "Controlling Prosecutorial Powers - Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986-1987) 29 Crim. L.Q. 15, 20.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, 21.

²⁵ R. c. Power, [1994] 1 S.C.R. 601, 621.

²⁶ Re Balderstone and The Queen (1983), 8 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Man.), cité dans R. c. Power, [1994] 1 S.C.R. 601, 623-624.

²⁷ J. A. Ramsay, "Prosecutorial Discretion: A Reply to David Vanek" (1987-1988), 30 Crim. L.Q. 378, p 380, traduction dans R. c. Power, [1994] 1 S.C.R. 601.

protégé de la révision judiciaire par la Constitution même. S'ensuivent nécessairement des obligations d'éthique plus rigoureuses²⁸ que pour d'autres procureurs de l'état. En voici un exemple : dans l'affaire *Rothmans*, la compagnie défenderesse invoquait, de la part de l'avocat du gouvernement, une obligation d'impartialité. Cependant, les avocats du gouvernement en matière civile ne jouissent pas de la discrétion conférée aux procureur/es de la Couronne, et le juge a donc conclu à l'absence d'une obligation d'impartialité de leur part²⁹.

Quoiqu'il en soit, il faut sûrement conclure de ce qui précède que l'État n'est pas un client comme les autres. En matière criminelle, l'intérêt du client, soit le ministère public ou l'État, n'est pas d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais de s'assurer que justice soit rendue³⁰. Le procureur de la Couronne a l'obligation d'agir équitablement, avec modération et impartialité, car c'est là l'intérêt de son client.

Le dilemme, cependant, demeure : d'aucuns considèrent qu'il ne s'agit pas là, à vrai dire, réellement d'un rôle déontologique différent de

²⁸ Peter A. Joy and Kevin C. McMunigal, "Why Should Prosecutors 'Seek Justice'?" (2005-2006) 20 *Crim. Just.* 65, 66; G. MacKenzie, *supra*, note 3, s.6.1; Association du Barreau canadien, *Code de déontologie professionnelle*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 2009, ch. IX, commentaire 9: "L'avocat de la poursuite est investi de fonctions publiques assorties de larges pouvoirs discrétionnaires; il doit en conséquence agir de façon sereine et juste."

²⁹ *Rothmans*, *supra*, note 6, paragr. 17.

³⁰ P. A. Joy et K.C. McMunigal, *supra*, note 29, 66.

celui d'autres juristes de l'État³¹, puisque tout/e procureur/e est au service exclusif des intérêts de son client, qui diffèrent d'un cas à l'autre. Il en résulte que ce sont tout simplement les intérêts du client, soit l'État qui sont particuliers et diffèrent de ceux d'un/e client/e ordinaire.

Il faut bien reconnaître cependant que la représentation de l'État, ou le conseiller juridique de l'État, créent des enjeux spéciaux. Par exemple, le déséquilibre entre l'État et l'accusé, notamment au niveau de la possession de la preuve, justifie amplement l'existence de certaines obligations particulières, dont l'obligation de divulguer toute la preuve pertinente³². L'État, à travers les forces policières, détient un large monopole sur la preuve. L'obligation de divulgation est donc nécessaire pour équilibrer les forces en présence et permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière³³.

De la même façon, certaines obligations visent à empêcher un procureur d'abuser de la crédibilité que lui confère son statut en tant que représentant de l'État. Bon nombre des jugements clés sur les tactiques interdites aux procureurs découlent de l'inquiétude que les jurés soient plus susceptibles de faire confiance à un représentant de l'État, ce qui

³¹ A.Woolley, *supra*, note 9, p. 278.

³² P.A. Joy et K.C. McMunigal, *supra*, note 29, 66.

³³ R. c. La, [1997] 2 R.C.S. 680, paragr. 36 (j. L'Heureux-Dubé).

pourrait fausser leur appréciation de la preuve³⁴. Pour revenir à l'affaire *Boucher*, par exemple, je rappelle que l'appelant avait été déclaré coupable de meurtre lors d'un procès devant juge et jury. Lors du procès, le procureur de la Couronne avait exprimé sa conviction personnelle que Boucher était coupable et avait suggéré aux jurés que l'enquête de la Couronne avait établi sa culpabilité avant le procès. À ce sujet, le juge Rand faisait une remarque des plus judicieuses :

Many, if not the majority of, jurors acting, it may be for the first time, unacquainted with the language and proceedings of courts, and with no precise appreciation of the role of the prosecution other than as being associated with government, would be extremely susceptible to the implications of such remarks³⁵.

Enfin, les obligations des procureur/es de la Couronne tiennent également de la légitimité démocratique de l'État et de ses responsabilités envers le public. Dans un système démocratique, la transparence de l'État est un principe fondamental qui responsabilise le gouvernement envers le public et explique, pour revenir à cet exemple, l'obligation de divulgation de la preuve de la poursuite³⁶. De façon plus étendue, l'obligation d'équité et d'impartialité du procureur de la

³⁴ Voir, par exemple, *Boucher*, supra, note 7; R. c. Hillier, [1994] N.J. No. 51, 115 Nfld & P.E.I.R. 27 (Nfld C.A.); R. c. Logiacco, [1984] O.J. No. 15, 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.); R. c. Riche, [1996] N.J. No. 293 (Nfld C.A.); R. c. Robinson, [2001] O.J. No. 1072; R. c. Ellard, 2003 BCCA 68; R. c. Brouillette, [1992] R.J.Q. 2776, 1992 CarswellQue 295 (Q.C.C.A.).

³⁵ *Boucher*, supra, note 7, 23.

³⁶ P.A. Joy et K.C. McMunigal, supra, note 30, 66.

Couronne semble refléter les attentes du public, des policiers, des juges, et, est-il besoin de le préciser, des procureurs eux-mêmes³⁷.

What is at stake here, if truth be told, is public confidence in the judicial system itself.³⁸ Thus, the particular obligations of Crown attorneys are derived from an ancient tradition, from the necessity to provide a framework for their broad discretionary powers, from the interest of the State in seeking and achieving justice, and from the need to reach an equilibrium between the powers of the State and the rights of the accused.

Je m'en voudrais de ne pas mentionner également, au-delà du déséquilibre inhérent entre les forces entre l'État et celles de l'individu, la nécessité d'assurer la transparence et la confiance du public dans l'administration de la justice. C'est en somme une réaffirmation du principe que « justice must not only be done, it must be seen to be done ».

II. Je m'attarderai maintenant aux juristes de l'État, plaideurs et conseillers

³⁷ A.M. Dodek, *supra*, note 4, 26.

³⁸ P.A. Joy et K.C. McMunigal, *supra*, note 30, 66.

Les auteurs qui se sont penchés sur la question des obligations des plaideurs et conseillers de l'État dans d'autres matières que le droit criminel déplorent souvent le manque d'attention portée envers les enjeux déontologiques particuliers au secteur public et soulignent le silence presque total des codes de déontologie et de la doctrine en la matière³⁹. Certains militent en faveur de la reconnaissance d'obligations particulières et additionnelles applicables à tous les juristes de l'État⁴⁰; d'autres prônent simplement une analyse des enjeux particuliers que le respect de leurs obligations soulève dans un contexte de droit public⁴¹.

Parmi ces enjeux particuliers, on souligne particulièrement la question de l'identification du client. Laissez moi illustrer mon propos de façon concrète. Le mandat de l'avocat se présume. Mais de qui le mandat d'un juriste de l'état est-il présumé provenir ? S'agit-il de son supérieur immédiat, du directeur ou de la directrice du département, ou même, des dictées de l'intérêt public? On souligne également les limites aux tactiques que peuvent utiliser les procureur/es *ad litem* de l'état et la question délicate du "whistle-blowing" ou de la dénonciation des activités illégales au sein de l'organisme gouvernemental. Enfin, les conflits d'intérêts qui surviennent lorsqu'un avocat quitte le secteur

³⁹ P. Bernard, *supra*, note 2, 7; G. MacKenzie, *supra*, note 3, n° 21-2; A.M. Dodek, *supra*, note 4, 5; A. C. Hutchinson, *supra*, note 1, 108.

⁴⁰ P. Bernard, *supra*, note 2, 49, 51; A.M. Dodek, *supra*, note 4, 6; A. C. Hutchinson, *supra*, note 1, 114.

⁴¹ G. MacKenzie, *supra*, note 3, n° 21-2; Deborah MacNair, "In the Service of the Crown: Are Ethical Obligations Different for Government Counsel?" (2005) 86 R. du B. can. 501, 502.

public ou intègre le secteur public à partir du secteur privé⁴² sont souvent mentionnés.

Cependant, les tribunaux canadiens considèrent généralement que les plaideurs en matière civile et les conseillers juridiques de l'État ont les mêmes obligations que les avocat/es en pratique privée. L'arrêt généralement cité à cet effet est l'affaire *Everingham c. Ontario*, où le juge conclut, à l'égard des obligations des plaideurs du gouvernement en matière civile, que tous les avocat/es, en Ontario, sont soumis/es au même standard élevé de conduite⁴³. La Cour du Québec en est venue à une conclusion semblable, déclarant que la reconnaissance de deux types d'avocats serait un "précédent dangereux"⁴⁴.

Toutefois, la jurisprudence laisse planer certains doutes. Pour revenir à l'affaire *Everingham*, je rappelle brièvement les faits. Des patients internés contre leur gré dans un centre de santé mentale avaient déposé une requête en vertu de la Charte des droits et libertés, demandant d'être libérés de leur internement. L'avocat du gouvernement avait eu une discussion à huis clos avec un des plaignants sans que l'avocat de ce dernier ne soit présent. Au niveau des faits, le juge avait émis les constatations suivantes : l'avocat n'avait pas délibérément

⁴² G. MacKenzie, *supra*, note 3, n° 21-2 à 21.5.

⁴³ *Everingham*, *supra*, note 6, paragr. 18.

⁴⁴ *Montérégie*, *supra*, note 6, paragr. 33: "La loi et les règlements ne prévoient pas deux codes de déontologie pour les avocats. Reconnaître deux types d'avocats, avec des droits et des obligations différents, serait créer un précédent dangereux."

cherché à discuter avec le plaignant, n'avait pas agi de mauvaise foi et n'avait pas discuté avec le plaignant du contenu de sa plainte ⁴⁵. Au niveau du droit, il concluait néanmoins que l'avocat, en tant que représentant de l'État, avait des obligations déontologiques plus considérables et qu'il devait se retirer du dossier. La décision a été renversée sans l'être, puisque l'avocat a effectivement dû se retirer du dossier, non pas en raison d'une quelconque violation déontologique, mais bien parce qu'un membre du public raisonnablement informé aurait conclu que la bonne administration de la justice exigeait sa récusation ⁴⁶ parce que la rencontre à huis clos entre un patient détenu contre son gré et un représentant de l'autorité qui le détient possédait toutes les apparences d'une situation d'oppression et d'iniquité ⁴⁷. On peut se demander si, malgré la conclusion que le Code de déontologie n'imposait pas d'obligation particulière, l'avocat, en l'espèce, a tout de même été tenu à un standard plus élevé de conduite en raison de son statut de représentant de l'État ⁴⁸.

Comment expliquer que de telles ambiguïtés subsistent? C'est peut-être que les transformations récentes au sein du secteur public ont donné lieu au développement d'une identité distincte commune aux

⁴⁵ Everingham, *supra*, note 6, paragr. 10.

⁴⁶ *Ibid.*, paragr. 34.

⁴⁷ *Ibid.*, paragr. 32.

⁴⁸ Voir aussi Rothmans, *supra*, note 6, paragr. 15, où la cour conclut, de façon ambiguë, que "the public interest duties applicable to government lawyers in civil cases are distinct from those applicable to Crown prosecutors who must act with impartiality."

juristes de l'État dans le milieu juridique. Selon l'auteure Deborah MacNair, “[t]he role of public sector lawyers has evolved in the last twenty years. There has been a noticeable coming together of professional practices, customs and beliefs for those who identify themselves professionally as public sector, or ‘government,’ lawyers.”⁴⁹ Elle offre trois explications possibles : (1) la réalisation, au sein de la profession, que les avocats ne constituent pas un groupe homogène, (2) la complexification du rôle de l'État dans la société, et (3) une transformation de la perception que les juristes de l'État ont d'eux-mêmes en tant que sous-groupe légitime et crédible de la profession⁵⁰.

En effet, la reconnaissance des particularités des juristes de l'État s'inscrit dans une réalisation plus large de la “fragmentation” de la profession juridique⁵¹. Bien que les codes de déontologie demeurent principalement orientés vers la pratique privée traditionnelle⁵², certains auteurs, dont Hutchinson, prônent une approche plus contextuelle de la déontologie, axée sur les divers champs de pratique juridique. C'est ainsi que dans son traité, Hutchinson consacre un chapitre aux particularités de la pratique des avocats oeuvrant dans divers domaines, soit dans l'entreprise, ou dans les modes alternatifs de résolution des conflits, soit encore dans le droit de la pauvreté, ou en matière de recours collectifs,

⁴⁹ Deborah MacNair, “The Role of the Federal Public Sector Lawyer: From Polyester to Silk” (2001) 50 U.N.B.L.J. 125, 125.

⁵⁰ *Ibid.*, p 126.

⁵¹ A.C. Hutchinson, *supra*, note 9.

⁵² *Ibid.*, p. 182.

soit enfin dans le secteur public⁵³. L'auteur MacKenzie consacre lui aussi des chapitres distincts aux conseillers en entreprise et aux juristes de l'État⁵⁴.

Cette transformation survient dans un contexte d'expansion et de complexification des activités de l'État qui exige un corps grandissant de juristes qualifiés au service du gouvernement⁵⁵. À partir des années 60, l'intervention croissante de l'État dans toutes les sphères de la société a rendu nécessaires des régimes législatifs et réglementaires de plus en plus complexes⁵⁶. En même temps, les citoyens sont devenus davantage sensibilisés à leurs droits et aux recours dont ils disposent envers l'État.

En voici un exemple. Dans l'affaire *Pritchard*⁵⁷, la plaignante souhaitait exercer un recours contre son employeur par le truchement de la Commission ontarienne des droits de la personne, un organisme créé en 1961 pour veiller à l'application du Code des droits de la personne⁵⁸. Suite au refus de la Commission de traiter sa plainte, Mme Pritchard déposa une requête en révision judiciaire et demanda la divulgation de certains documents, dont l'avis juridique d'un avocat interne de la

⁵³ Ibid.

⁵⁴ G. MacKenzie, *supra*, note 3, n° 20-1 et 21-1.

⁵⁵ Martin Hébert, "Synthèse du Rapport du comité d'étude sur le rôle, le statut, la rémunération et la carrière des avocats et des notaires de la fonction publique" dans Conférence des juristes de l'État 2009 XVIIIe Conférence, en ligne:

<<http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/Accueil/textesdeconferences/conference2009.aspx>>, p. 1.

⁵⁶ *Ib.*

⁵⁷ *Pritchard c. Ontario (C.D.P.)*, [2004] 1 R.C.S. 809, par. 1.

⁵⁸ L.R.O. 1990, c. H.19.

Commission, ce qui lui sera refusé. Vous aurez deviné, je le pense, que la création de tribunaux administratifs et spécialisés, non seulement augmente les besoins de juristes, mais comporte aussi des ramifications non négligeables, dont celle du droit au secret professionnel que voudrait revendiquer l'État.

L'augmentation du nombre de juristes au sein de la fonction publique est par ailleurs frappante. Par exemple, le Ministère fédéral de la Justice employait, à son inception en 1868, sept personnes, dont deux avocats ainsi que le sous-ministre⁵⁹. En 1962, ce chiffre était devenu 72 juristes. En 1971, il était passé à 250. En 2001, on estimait le nombre de juristes au Département de la Justice à près de 2000!⁶⁰ À la lumière de ces données, on comprend en partie le silence relatif de la doctrine sur les juristes de l'État, l'importance de ce groupe de juristes constituant un phénomène relativement récent si on le compare à la longue tradition associée aux procureurs de la Couronne.

Pourtant, les fonctions des plaideurs et conseillers de l'État proviennent de la même source que celles des procureurs de la Couronne, soit de la prérogative royale. Les procureurs du souverain, en Angleterre, au XIIIe siècle avaient le mandat d'assurer le respect des

⁵⁹ D. MacNair, *supra*, note 50, 137.

⁶⁰ *Ibid.*

droits et prérogatives du souverain⁶¹. Avec le temps, le procureur du roi se vit confier le rôle de conseiller juridique du souverain, une évolution qui fut solidifiée en 1461 avec la création officielle de la fonction de Procureur général⁶². Aujourd'hui, les pouvoirs du Procureur général du Canada et du Québec sont codifiés, et incluent les fonctions de juriconsulte et de la représentation des intérêts de la Couronne⁶³.

Il existe cependant une différence importante entre la poursuite criminelle, qui peut mettre en jeu la liberté de l'accusé, et la poursuite civile, qui ne met en jeu que les patrimoines du demandeur ou du défendeur et de l'État. En outre, la plupart des litiges civils, au Canada, procèdent devant des juges et non pas devant juge et jury. Le besoin de développer des normes de conduite est conséquemment moins évident, les juges sachant assurer l'équité d'un procès qui se déroule uniquement devant eux. On remarque d'ailleurs qu'aux États-Unis, les tribunaux imposent les mêmes obligations aux plaideurs du gouvernement en matière civile et criminelle⁶⁴, étant donné la présence continue du jury comme décideur des faits en matière civile comme en matière criminelle dans ce pays.

⁶¹ A. Buteau, *supra*, note 19, 245.

⁶² *Ibid.*, 246.

⁶³ Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. (1985), c. J-2, art. 5; Loi sur le ministère de la Justice, L.R.Q., c. M-19, art. 3.

⁶⁴ P. Bernard, *supra*, note 2, 38; Nathan M. Crystal, *Professional Responsibility: Problems of Practice and the Profession*, 5e éd., New York, Wolters Kluwer, 2012, p. 450.

Il reste que l'avocat-plaideur détient un certain pouvoir d'intenter des poursuites avec le résultat que s'opposeront les vastes ressources et pouvoirs de l'État et les maigres ressources du particulier. Aux États-Unis, le *Model Code of Professional Responsibility* de l'Association du barreau américain contient une disposition non contraignante sur les obligations des plaideurs du gouvernement:

A government lawyer who has discretionary power relative to litigation should refrain from instituting or continuing litigation that is obviously unfair. [...] A government lawyer in a civil action or administrative proceeding has the responsibility to seek justice and to develop a full and fair record, and he should not use his position or the economic power of the government to harass parties or to bring about unjust settlements or results.⁶⁵

Comme on le constate, cette disposition met en garde l'avocat du gouvernement, même en matière civile, contre le risque inhérent au déséquilibre entre les forces entre l'État et l'individu ou l'entité corporative qui exerce un recours contre l'État ou se défend contre le recours entrepris contre lui par l'État. L'affaire *Everingham*, dont j'ai parlé précédemment, démontre amplement ce déséquilibre. Le demandeur était un patient détenu contre son gré, par l'État, dans un centre de soins psychiatriques⁶⁶. À l'appui de sa décision d'ordonner la récusation du procureur, le juge souligna que les patients détenus en institution sont vulnérables, que la bonne administration de la justice exige qu'ils soient traités équitablement, et qu'il y a avait une apparence

⁶⁵ American Bar Association, *Model Code of Professional Responsibility* (1983), Chicago, IL, American Bar Association, 1983, Ethical Consideration 7-14.

⁶⁶ *Everingham*, supra, note 6, paragr. 30.

évidente d'oppression lorsqu'un avocat du gouvernement qui détient le plaignant le rencontre à huis clos sans que l'avocat de ce dernier ne soit présent.⁶⁷ Le pouvoir contraignant de l'État sur les plaignants constituait un facteur important qui affectait les obligations de l'avocat du gouvernement.

Il est important de souligner également que les juristes ont un impact majeur sur la vie des citoyens en raison du fait qu'ils orientent les décisions du gouvernement en interprétant la loi et, par le fait même, l'exercice du pouvoir de l'État⁶⁸.

L'exemple le plus frappant de ce type d'impact est sans doute le cas controversé du "Bybee/Yoo memo" sur la définition de la torture. En 2004, lorsque les incidents de torture des détenus à Abu Ghraib ont été dévoilés, le Département de Justice des États-Unis a divulgué une note de services, rédigée par un avocat de l'*Office of Legal Counsel*, justifiant les techniques d'interrogation employées par les agents du gouvernement américain à Abu Ghraib⁶⁹. Plusieurs ont supposé que le rédacteur de cette note, John Yoo, avait adopté l'attitude d'un avocat en pratique privée, invoquant tout argument possible pour défendre les

⁶⁷ Ibid., paragr. 30-31.

⁶⁸ A.M. Dodek, *supra*, note 4, paragr. 18.

⁶⁹ Deborah L. Rhode & David Luban, *Legal Ethics*, 5th ed., New York, Thomson West Foundation Press, 2009, p. 542.

objectifs de son client, alors qu'il aurait dû avoir à l'esprit l'intérêt public, et rédigé sa note de service en conséquence⁷⁰.

C'est donc dire que les conseillers juridiques exercent une influence importante sur la façon dont se manifeste le pouvoir étatique. Certains auteurs soutiennent qu'il faut équilibrer ce pouvoir en l'assortissant d'une obligation d'impartialité et de fidélité envers l'intérêt public⁷¹. Le professeur Dodek remarque à cet égard que le Procureur général, en vertu de la *Loi sur le ministère de la Justice et de la Constitution canadienne*, a l'obligation d'assurer le respect de la primauté du droit et la conformité des actes de l'État à la loi⁷². Il note que cette obligation est unique aux juristes de l'État, l'avocat en pratique privée n'étant sous aucune obligation de s'assurer que son client agit conformément à la loi⁷³. Ainsi, le pouvoir du conseiller juridique d'orienter l'exercice du pouvoir de l'État exige de porter une attention particulière à l'intérêt public afin d'assurer le respect de la primauté du droit.

Ceci m'amène à la question de la transparence. Ne pourrait-on soutenir qu'elle doit s'appliquer tout autant dans les litiges civils impliquant l'État ainsi qu'en matière d'avis juridiques ? Pour les fins de

⁷⁰ Ibid., p. 559.

⁷¹ A.M. Dodek, *supra*, note 4, 6, 23.

⁷² Ibid., 18.

⁷³ Ibid.

la discussion, reprenons l'affaire *Pritchard*, où la Commission ontarienne des droits de la personne avait refusé de traiter la plainte de Mme Pritchard contre son ancien employeur⁷⁴. La plaignante avait demandé, en révision judiciaire, que l'avis juridique sur lequel la Commission avait fondé son refus lui soit divulgué. Dans les circonstances de l'espèce, La Cour suprême a conclu à bon droit que l'avis était protégé par le privilège avocat-client⁷⁵. Cet arrêt est cependant vivement critiquée par l'auteur Hutchinson, qui la considère comme un affront aux principes de base de la démocratie. Il rappelle que le gouvernement n'est pas un client comme les autres et que dans un contexte démocratique, une adhérence stricte au secret professionnel de l'avocat nuit à la transparence dont l'État doit faire preuve. Il conclut ainsi : “[...] the Court’s failure in Pritchard to recognize any distinction between private lawyers and government lawyers is regrettable and flies in the face of basic democratic and institutional realities.”⁷⁶

La transparence revêt d'autant plus importante pour les plaideurs et conseillers de l'État que leur travail est très rarement porté à l'attention des médias et du grand public⁷⁷. Leurs actions échappent souvent à l'action disciplinaire du Barreau, à la responsabilité civile et à la révision

⁷⁴ Pritchard, supra, note 59, paragr. 1.

⁷⁵ Ibid., paragr. 36.

⁷⁶ A.C. Hutchinson, supra, note 1, 126.

⁷⁷ A. M. Dodek, supra, note 4, 33.

judiciaire⁷⁸. Dans le cas des conseillers, leurs avis ne seront pas nécessairement confrontés à une opinion contraire, ce qui les contraindrait à faire preuve de plus de prudence et d'objectivité dans le choix des arguments à présenter⁷⁹. Dans ce contexte, les mécanismes internes, tels que la législation encadrant la fonction publique et les guides internes de pratique portant sur l'éthique sont d'une importance cruciale⁸⁰.

Pour ces raisons, le professeur Dodek propose l'élaboration de codes de conduite propres à chaque ministère gouvernemental⁸¹, dans la même veine que le *Guide du Service fédéral des poursuites*⁸² à l'intention des procureurs de la Couronne fédérale, ainsi que la mise en place d'un bureau de responsabilité professionnelle pour les avocats du secteur public⁸³.

En définitive, il se pourrait que la confiance du public exige plus d'équité et d'impartialité de la part des plaideurs et conseillers du gouvernement. Les juges, tout comme le public, s'attendent à ce que les représentants du gouvernement adoptent un comportement modéré⁸⁴,

⁷⁸ Ibid., 35-37.

⁷⁹ D. L. Rhode & D. Luban, *supra*, note 71, p. 542.

⁸⁰ A. M. Dodek, *supra*, note 4, 39.

⁸¹ Ibid., 41.

⁸² Ministère de la Justice, *Le Service fédéral des poursuites - Guide*, en ligne: <<http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/sfp-fps/fpd/index.html>>

⁸³ A. M. Dodek, *supra*, note 4, 50.

⁸⁴ Ibid., 26; P. Bernard, *supra*, note 2, 39.

comme dans l'affaire *Everingham*, où les tribunaux ont exigé la récusation d'un avocat du gouvernement au motif que son comportement risquait de miner la confiance publique en l'administration de la justice⁸⁵.

⁸⁵ *Everingham*, supra, note 6, paragr. 31.

III. Conclusion

Bref, il se pourrait bien que la distinction qui persiste entre les procureurs de la Couronne et les autres juristes de l'État au niveau des obligations déontologiques mérite révision. Les justifications principales des obligations déontologiques distinctes des procureurs de la Couronne incluent leur fonction particulière au sein du système de justice, leurs pouvoirs discrétionnaires, l'intérêt de l'État à ce que justice soit faite, le pouvoir et l'autorité qu'ils détiennent en tant que représentants de l'État, et la nécessité d'assurer la transparence de l'État et la confiance du public. L'État joue de nombreux rôles. Dépendamment des circonstances, il n'est pas impossible qu'il s'agisse là de considérations que l'on pourrait considérer applicables aux plaideurs et conseillers juridiques de l'État. Bien qu'une telle réflexion doive nécessairement engendrer de multiples nuances dans la formulation de règles adéquates, il est permis de penser que l'absence de dispositions pertinentes dans les codes de déontologie est plutôt le reflet du faible nombre d'avocats oeuvrant dans le secteur public par le passé que de l'inopportunité d'enclencher pareille réflexion. Peut-être le Barreau jugera-t-il bon de se pencher sur une possible réforme en la matière.