

Les juristes de l'État auraient-ils des devoirs différents ou même plus élevés que ceux des autres avocats ? Une réflexion sur le sujet

Pierre Bernard*

Résumé	5
Introduction	7
Partie 1- Les avocats du Gouvernement, selon les auteurs et selon les codes de déontologie, ne seraient pas différents de tous les autres avocats.	9
Partie 2- L'avocat qui représente une organisation : Qui est son client ?	14
Partie 3- Les règles applicables au Québec concernant les avocats représentants des organisations.	19
Partie 4- L'avocat du Gouvernement, au service de qui est-il ?	24
Partie 5- Les devoirs et les règles d'éthique appliqués aux principaux groupes d'avocats de l'État.	32
A. Les procureurs de la Couronne	32

* M^e Bernard est syndic adjoint au Barreau du Québec.

B. Les plaideurs	38
C. Les conseillers juridiques	50
D. Les légistes	55
Conclusion.	57

RÉSUMÉ

Les avocats du Gouvernement ont-ils des devoirs différents de ceux des autres avocats ? Et si c'est le cas, quels seraient alors ces devoirs ?

Nous pouvons généralement affirmer que les avocats qui travaillent pour l'État, et ceci indépendamment des fonctions spécifiques qu'ils peuvent occuper au sein de l'appareil gouvernemental, sont considérés comme des avocats qui vont avoir les mêmes devoirs et les mêmes obligations éthiques que les autres avocats. Ce qui est particulier serait le contexte dans lequel ils exercent leur profession.

En effet, les juristes de l'État, au même titre que les avocats d'entreprise, représentent des organisations et par conséquent ils n'ont pas un client aussi bien identifié que dans le cas où un avocat représente un individu. Le fait pour un avocat d'agir pour une personne morale implique nécessairement d'être en étroite relation avec ceux qui parlent au nom de l'organisation et qui, dans le cadre de leurs fonctions, vont être appelés à lui donner des instructions.

Cette situation demande parfois de considérer les règles de déontologie dans une perspective différente. D'ailleurs certaines règles dans le code de déontologie vont s'adresser de façon spécifique aux avocats qui agissent pour une organisation, comme par exemple le devoir de dénoncer aux autorités appropriées les illégalités constatées dans l'organisation.

Plusieurs auteurs ont cependant émis l'idée que la situation des juristes de l'État était particulière et qu'il y avait lieu de faire une réflexion spécifique à leur sujet en fonction du fait qu'ils ont un client qui se compare mal à tous les autres : l'État.

Cela ferait en sorte que leur rôle serait différent de celui des autres avocats et cela impliquerait, selon plusieurs, des obligations que n'auraient pas nécessairement les autres avocats.

INTRODUCTION

En matière de conduite professionnelle et d'éthique, les juristes de l'État sont-ils différents de tous les autres avocats ? Ont-ils des devoirs particuliers ou des devoirs qui seraient différents de ceux de leurs confrères de pratique privée, et ceci, parce qu'ils exerceraient leur profession d'avocat pour l'État ?

Aux États-Unis, les auteurs d'articles ainsi que les tribunaux vont régulièrement affirmer que les avocats qui représentent le Gouvernement ont effectivement des devoirs différents et même supérieurs à ceux des autres avocats.

Au Canada, on a plutôt tendance à dire que les avocats de l'État sont soumis aux mêmes règles que tous les autres avocats, bien que parfois certains auteurs aillent nuancer cette affirmation, en disant que s'ils sont effectivement soumis aux mêmes règles déontologiques que l'ensemble des autres, ils auraient des obligations déontologiques additionnelles.

Dans un des rares articles publiés au Canada sur le sujet, on pouvait lire en titre : « Government lawyers have the same ethical obligation. But there is more »¹.

Mackenzie², un auteur important en matière d'éthique au Canada, consacre un chapitre au sujet qui nous intéresse, soit les avocats du Gouvernement. Il dit que ceux-ci sont tenus d'adhérer à des standards de conduite aussi élevés que ceux des avocats de pratique privée, mais il ajoute que plusieurs des problèmes qu'ils sont appelés à rencontrer sont spécifiques au service public.

Un autre auteur canadien, Hutchinson³, va dire lui aussi que les avocats du Gouvernement sont tenus aux mêmes standards d'éthique que tous les autres avocats.

1. Bill ROGERS, *Crown cautionary tales – Government lawyers have the same obligations as private practitioners. But there's more*, *National*, avril-mai 2007, p. 54 #13.
2. Gavin MACKENZIE, *Lawyers and Ethics*, Carswell, 1993, feuilles mobiles, chapitre 21, p. 21-1 et s.
3. Allan C. HUTCHINSON, *Legal Ethics and Professional Responsibility*, Irwin Law, 1999.

À l'appui de cette affirmation, ces deux auteurs citent une décision assez ancienne de la Cour divisionnaire de l'Ontario, l'affaire *Everingham c. Ontario*⁴.

Dans cette décision, la Cour commente la décision du premier juge qui avait émis l'opinion que les avocats de l'État étaient tenus à des obligations plus grandes d'observer les règles de l'éthique. La Cour écrit :

[20] It is one thing to say that a particular branch of the Crown law office or a particular law firm or lawyer has earned a reputation for a high standard of professional conduct. It is quite different to say that any lawyer or group of lawyers is subject to a higher standard of liability than that required of every lawyer under the Rules of Professional Conduct.

Dans la même veine, dans un article paru en 2005 dans la *Revue du Barreau canadien*⁵, l'auteure mentionne que la profession d'avocat n'est pas divisée en groupes différents, mais que tous les avocats font partie de la même profession, partageant les mêmes normes de déontologie, les mêmes valeurs ainsi que la même éthique professionnelle dont les principes se retrouvent dans les codes de déontologie des différents barreaux.

Par contre, elle ajoute que bien qu'il puisse y avoir une base commune, il y a quand même une divergence de perception par les avocats de pratique privée et par ceux qui agissent pour le Gouvernement quant à leurs rôles respectifs et quant à l'interprétation qu'ils ont de leurs obligations éthiques.

On doit par ailleurs constater que l'étude des problèmes de déontologie auxquels peuvent être confrontés les avocats de l'État est assez peu développée. Des colloques comme le vôtre ne peuvent que permettre une meilleure compréhension du rôle des juristes de l'État et des aspects particuliers des questions d'éthique qui les concernent.

Hutchinson, dont je citais le texte qu'il avait écrit sur les avocats du Gouvernement, faisait une remarque, à mon avis fort pertinente, selon laquelle il est temps de développer un modèle plus approprié de réflexion au sujet des responsabilités et des devoirs éthiques qu'ont les juristes de l'État⁶.

4. (1992), 88 D.L.R. (4th) 755 ; (1992), 8 O.R. (3d) 121.

5. Deborah MACNAIR, « In the service of the Crown : are ethical obligations different for government Counsel ? », (2005) 84 *R. du B. can.* 501.

6. *Op. cit.*, note 3.

C'est un peu un débroussaillage de ce qu'on a écrit sur les questions de déontologie des avocats du Gouvernement et sur les réflexions qui se sont faites à leur sujet que nous essayerons de faire. Ces réflexions sont assez rares au Canada mais un peu plus abondantes aux États-Unis. Nous allons y puiser abondamment d'ailleurs puisqu'on y trouve des analyses et des commentaires qui à mon avis, sont tout à fait valables chez nous.

C'est donc de questions de déontologie concernant les avocats de l'État qu'il sera question tout au long de ce texte, mais plus simplement on pourrait résumer le tout en posant les questions suivantes : *Les avocats du Gouvernement ont-ils des devoirs différents de ceux des autres avocats ? Et si c'est le cas, quels seraient alors ces devoirs ?* On pourrait aussi poser une troisième question : ces devoirs sont-ils supérieurs ?

PARTIE 1- Les avocats du Gouvernement, selon les auteurs et selon les codes de déontologie, ne seraient pas différents de tous les autres avocats

En introduction, on a pu rapidement voir qu'au Canada, on va généralement affirmer que les avocats qui travaillent pour l'État, indépendamment des fonctions spécifiques qu'ils peuvent occuper au sein de l'appareil gouvernemental, sont considérés comme des avocats qui vont avoir les mêmes devoirs et les mêmes obligations éthiques que les autres avocats. Ce qui les distingue serait le contexte dans lequel ils exercent leur profession.

Cette affirmation qui est assez constante au Canada tranche avec ce qui se dit depuis assez longtemps d'ailleurs aux États-Unis où, tant les tribunaux que les auteurs, vont assez systématiquement tenir le discours que les avocats du Gouvernement ont des devoirs éthiques supérieurs.

À l'appui de cette affirmation, on va régulièrement retrouver une citation devenue classique et qui provient d'une décision de la Cour suprême des États-Unis remontant à 1935, *Berger c. United States*⁷.

La Cour suprême des États-Unis, dans cette affaire de droit criminel, critiquait sévèrement la conduite de l'avocat de la poursuite et disait ceci :

7. 295 U.S. 78 (1935).

The United States Attorney is the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all, and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done.

Cette affirmation n'est pas très éloignée de ce que va dire notre propre Cour suprême, une vingtaine d'années plus tard, dans *R c. Boucher*⁸ :

On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, [...] Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause, il s'acquitte d'un devoir public, et... [il] doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

Aux États-Unis, les principes énoncés dans la décision *Berger* ont été interprétés comme s'appliquant non seulement aux procureurs de la Couronne, mais aussi à l'ensemble des avocats du Gouvernement, alors qu'au Canada, on hésite à aller aussi loin.

En ce sens, on se rend compte que dans la majorité des traités d'éthique, les questions concernant les procureurs de la Couronne sont traitées séparément et qu'on regroupe rarement ensemble les procureurs de la Couronne et tous les autres avocats qui, à un titre ou un autre, sont associés au Gouvernement.

On peut également dire que si les écrits concernant les procureurs de la poursuite sont quand même assez nombreux et que les traités portant sur l'éthique leur consacrent généralement un chapitre, la documentation concernant les autres avocats du Gouvernement est quant à elle particulièrement rare.

C'est le constat que faisait en 2008 un auteur canadien qui s'est intéressé aux avocats du Gouvernement.

Government lawyers are the orphans of legal ethics. While considerable though and effort have been put into exploring and fixing the ethical rights and professional responsibilities of private lawyers, little energy has been directed towards defining and defending the role and duties of government lawyer.⁹

8. [1955] R.C.S. 16, 23 et 24.

9. Allan C. HUTCHINSON, « In the Public Interest : The Responsibilities and Rights of Government Lawyers », (2008) 46 *Osgoode Hall Law Journal* 105, 106.

Évidemment, l'auteur fait la comparaison avec la pratique privée qui, en matière de déontologie, a été, de tout temps, l'objet d'abondants commentaires.

Également, on peut constater que, tant aux États-Unis qu'au Canada, les codes de déontologie n'accordent pas une grande place aux avocats œuvrant pour le Gouvernement, sauf, comme on l'a dit, pour les procureurs de la Couronne.

Par exemple, aux États-Unis, le code d'éthique de l'American Bar Association intitulé *Model Rules of Professional Conduct*¹⁰ propose une règle particulièrement détaillée concernant les avocats qui agissent en poursuite. C'est la règle 3.8 qui est intitulée « Special responsibilities of a prosecutor ».

La situation est la même au Canada. Par exemple, le *Code de déontologie du Barreau canadien*, dans son chapitre IX, fait un assez long commentaire concernant les devoirs des procureurs de la Couronne¹¹. On y dit notamment ceci :

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.

Ce *Code de déontologie du Barreau canadien*, malgré une révision importante intervenue en 2006, ne contient pratiquement rien concernant les avocats du Gouvernement.

Il y a bien un chapitre intitulé « L'avocat qui occupe une charge publique » mais qui s'intéresse essentiellement aux avocats qui occupent des fonctions publiques.

On peut ajouter aussi que les codes de déontologie des différents barreaux canadiens ne traitent pas non plus des avocats de l'État.

La seule exception en ce sens se retrouve dans le *Code de déontologie du Barreau de l'Alberta* qui contient un chapitre intitulé « The Lawyer in Corporate and Government Service »¹².

10. American Bar Association, *Model Rules of Professional Conduct*. Ce code de déontologie proposé par le Barreau américain a été adopté par la plupart des États et des barreaux. En ce sens, il est comparable au code du Barreau canadien qui a été adopté par plusieurs barreaux au Canada.

11. *Code de déontologie du Barreau canadien*, adopté par le Conseil en 1987, modifié en 2004 et 2006.

12. Law Society of Alberta, *Code of Professional Conduct*, chapitre 12.

Contrairement à ce qui se passe pour les avocats de l'État, les questions de déontologie concernant les avocats d'entreprise ont été l'objet d'un intérêt important tant aux États-Unis qu'au Canada. On s'est particulièrement penché sur ce groupe d'avocats au cours des dernières années.

Finalement, on se rend compte qu'un peu partout, les avocats du Gouvernement ont été tout simplement assimilés aux autres avocats « d'organisation » et lorsqu'il en est question, on les regroupe avec les avocats d'entreprise, tout simplement en raison du fait qu'ils agissent tous non pas pour un client individuel, mais pour une organisation.

C'est ainsi qu'aux États-Unis, dans les *Model Rules of Professional Conduct*, l'équivalent en somme du Code du Barreau canadien, la règle 1.13 intitulée *Organization as Client*, et qui s'adresse fondamentalement aux avocats d'entreprise, ne traite directement des avocats du Gouvernement que dans un commentaire qui se limite à dire que cette règle concerne aussi les « organisations gouvernementales » :

[9] The duty defined in this Rule applies to governmental organizations. Defining precisely the identity of the client and prescribing the resulting obligations of such lawyers may be more difficult in the government context and is a matter beyond the scope of these Rules.

C'est également le cas au Québec avec les nouveaux articles 3.05.17 et 3.05.18 que nous verrons plus loin et qui établissent certaines obligations dans le cas où un avocat agit pour « un client autre qu'une personne physique ».

Cette expression vise évidemment les avocats d'entreprise, mais également les avocats de l'État.

Tout cela pour dire que les avocats du Gouvernement ont rarement reçu l'attention des rédacteurs des codes de déontologie. Au mieux, on va les assimiler aux avocats d'entreprise, sans chercher à aller vraiment plus loin.

Dans la mesure où on regroupe le plus souvent les avocats d'entreprise et les avocats du Gouvernement, regardons ce qui s'est dit au sujet des avocats d'entreprise afin de voir si cela peut nous aider à comprendre les questions de déontologie auxquelles peuvent être confrontés les avocats de l'État.

Concernant les avocats d'entreprise, un passage provenant d'une décision de la Cour d'appel du Royaume-Uni, *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Customs and Excise Commissioners* est régulièrement évoqué à leur sujet. Cette citation se retrouve même d'ailleurs dans une décision de la Cour suprême du Canada, ce qui nous permet d'en avoir une traduction :

Beaucoup d'avocats travaillent à plein temps à titre de conseillers juridiques pour un seul employeur. Dans chaque cas, ces conseillers juridiques rendent des services juridiques uniquement à leur employeur. Ils ne reçoivent pas des honoraires selon le travail effectué, mais un salaire fixe annuel. C'est ce qui a fait penser au juge qu'ils se trouvaient dans une position différente de celle des conseillers juridiques qui exercent en pratique privée. Je ne pense pas que cela soit exact. La loi les considère en tous points de la même façon que ceux qui pratiquent à leur compte. La seule différence réside dans le fait qu'ils agissent pour un seul client, et non pour plusieurs. Ils doivent respecter les mêmes normes d'honneur et de bonne conduite. Ils sont soumis aux mêmes obligations envers leur client et envers la cour.¹³

Ce qui est plus rarement noté au sujet de cet arrêt, c'est qu'il ne concernait pas des avocats d'entreprise mais mettait plutôt en cause des avocats de l'État.

C'est ce que souligne avec raison une décision de la Colombie-Britannique, dont le commentaire est tout à fait pertinent pour nous :

In that case the English Court of appeal held that salaried lawyers employed by government had precisely the same duties and privileges as lawyers in independent practice [...]¹⁴

Dans le même sens, mais plus rapproché de nous, on peut citer une décision de la Cour du Québec¹⁵ qui affirme clairement que les avocats du Gouvernement, tout comme les avocats d'entreprise, ne sont pas des avocats différents des avocats de pratique privée.

Il s'agissait dans cette affaire d'une requête pour corriger un problème d'inscription pour procès faite après l'expiration du délai de 180 jours requis par le *Code de procédure civile*. L'avocat de l'organisme, en l'occurrence la Commission de la construction du Québec, demandait d'être relevé du défaut en disant qu'il avait fait une erreur

13. [1972] 2 All E.R. 353, citée dans *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 50.

14. *R. c. Gray*, 74 C.C.C. (3d) 267, 271.

15. *Québec (Commission de la construction) c. Gestion immobilière Montérégie inc.*, REJB 1999-16328.

dans le calcul du délai de 180 jours prévu pour inscrire une cause pour enquête et audition. Mentionnons en passant que l'erreur de calcul n'était que d'une seule journée. On débattait donc à cette occasion de la notion de « l'impossibilité d'agir d'une partie causée par l'erreur de son procureur » que prévoit l'article du *Code de procédure civile*¹⁶.

La partie adverse argumentait que, puisqu'il s'agissait d'un avocat à l'interne et donc d'un employé, cet argument ne pouvait tenir.

Le juge Claude Chicoine va conclure qu'il n'y a pas de distinction entre les différents types de procureurs. On retrouve dans son jugement des commentaires fort pertinents, dont celui-ci en particulier :

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. Le Code de procédure civile et la Loi du Barreau ne reconnaissent qu'une seule définition de l'avocat, mandataire de son client, exécutant son mandat selon des règles objectives, l'exécutant à l'intérieur de la procédure et des règles de son Ordre.¹⁷

En somme, on va assez régulièrement dire que les avocats d'entreprise ont des devoirs éthiques similaires à ceux qu'ont les avocats de pratique privée ; dans la mesure où on regroupe les avocats du Gouvernement et les avocats d'entreprise ensemble, le constat qu'on doit faire à ce moment c'est que la déontologie professionnelle des juristes de l'État n'aurait pas de réelles particularités. C'est du moins ce que l'on constate en examinant les codes de déontologie. Mais peut-on pousser l'analyse plus loin ? Je pense que oui. Commençons par une première question : Qui est le client de ces avocats ?

PARTIE 2- L'avocat qui représente une organisation : Qui est son client ?

Si on peut affirmer que les règles d'éthique des juristes de l'État et des avocats d'entreprise sont les mêmes que pour tous les autres avocats, il y a quand même un aspect particulier qui les distingue et

16. [110.1] Les demandes en justice doivent [...] être inscrites pour enquête et audition, dans le délai de rigueur de 180 jours à compter de la signification de la requête [...] Le tribunal peut également relever une partie des conséquences de son retard si cette dernière démontre qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir dans le délai prescrit.

17. *Québec (Commission de la construction) c. Gestion immobilière Montérégie inc.*, REJB 1999-16328, par. 33.

qui oblige à considérer les règles de déontologie avec une perspective différente.

En effet, les uns et les autres représentent des organisations et par conséquent ils n'ont pas un client aussi bien identifié que dans le cas où un avocat représente un individu.

Cette question de « l'identité » du client revient constamment lorsque l'on parle des avocats d'entreprise et a donné lieu à de nombreuses analyses qui pourraient peut-être nous servir pour étudier le rôle des avocats du Gouvernement.

Pourquoi cette question de l'identification du client revient-elle tout le temps ?

C'est que, traditionnellement, la profession d'avocat ainsi que les règles d'éthique qui la concernent se sont développées en fonction de la situation classique qui est celle où on retrouvait un avocat et une personne : le client, que l'avocat représentait, le plus souvent dans le contexte d'un litige l'opposant à une autre personne.

Dans un tel cas, l'avocat avait le devoir de mettre au service de son client toute sa compétence, toute son énergie et toutes ses ressources dans le but de lui faire gagner son procès ou d'en arriver à un règlement favorable.

C'est donc essentiellement envers le client que l'ensemble des devoirs de l'avocat devaient aller. C'était directement du client que l'avocat obtenait des instructions à suivre.

Tout cela est bien illustré par l'article 3.00.01 de notre *Code de déontologie* qui se lit ainsi :

3.00.01 L'avocat a, envers le client, un devoir de compétence ainsi que des obligations de loyauté, d'intégrité, d'indépendance, de désintéressement, de diligence et de prudence.

En fait, c'est quand même relativement récemment que l'on retrouve un nombre important d'avocats qui œuvrent à titre de conseillers juridiques au sein d'entreprises ou sont au service de l'État. Cette augmentation significative d'avocats exerçant leur profession dans ce cadre a eu pour conséquence de mettre en lumière

certaines particularités de ce type d'exercice de la profession et certains problèmes spécifiques que ce genre de pratique pouvait présenter, tout en démontrant que les codes de déontologie ne répondaient pas nécessairement aux questions propres à la représentation des personnes morales.

En effet, contrairement au modèle traditionnel du client – personne physique, lorsque les avocats sont appelés à représenter des entités commerciales ou même à en devenir des employés, des questions nouvelles se posent, comme par exemple celles de déterminer qui parlait pour l'organisation, qui pouvait lui donner des instructions. Comment s'appliquaient les règles du secret professionnel et à qui l'avocat devait-il loyauté ? En somme pour savoir envers qui l'avocat était redevable, il fallait qu'il puisse identifier qui était le client et quelles personnes représentaient le client.

En fait, bien que l'on puisse dire qu'en général les activités professionnelles de l'avocat d'une entreprise vont nécessairement ressembler à celles des avocats de pratique privée et que la plus grande partie de son travail consistera comme pour ces derniers à donner des avis juridiques, à faire des procédures, des contrats, de la négociation ou à plaider des causes, l'avocat œuvrant dans une organisation par contre pourra être confronté à des situations particulières, compte tenu que c'est par l'entremise de représentants que vont s'effectuer ses rapports avec sa cliente, l'organisation. Cela peut être source de difficultés particulières.

Comment, par exemple, l'avocat doit-il agir lorsqu'il reçoit d'un dirigeant de qui il relève des instructions qui lui semblent illégales ou tout simplement qui lui apparaissent contraires aux intérêts de l'entreprise ? Également, que faire lorsque plusieurs dirigeants de l'organisation lui donnent des instructions incompatibles ? Que faire lorsqu'il constate des illégalités commises dans l'organisation ? Qui doit-il informer ? Son supérieur immédiat ? Mais si ce dernier ne fait rien, peut-il ou doit-il s'adresser plus haut ?

C'est dans de telles situations problématiques que l'avocat doit bien cerner son rôle et déterminer envers qui il a des obligations et qui parle réellement au nom de l'organisation.

C'est à l'égard de ce genre de problèmes que les avocats cherchaient des réponses dans les différents codes de déontologie afin de guider leur conduite. Pourtant, ce n'est qu'assez récemment que

des règles spécifiques concernant ces questions ont été ajoutées dans plusieurs codes de déontologie.

Ces règles commencent généralement par rappeler le principe voulant que le client de l'avocat est l'organisation elle-même et non les personnes avec qui l'avocat est en contact dans l'organisation.

Par exemple, on lit ceci dans le *Code de déontologie du Barreau canadien* :

16. Un avocat employé ou dont les services sont retenus par une organisation, représente cette organisation en agissant par l'intermédiaire de ses membres dûment autorisés. En traitant avec des directeurs, des cadres, des employés, des membres, des actionnaires ou d'autres représentants, l'avocat doit indiquer clairement que c'est l'organisation qui est son client lorsqu'il est évident que les intérêts de l'organisation divergent de ceux des représentants avec qui l'avocat fait affaire.¹⁸

Le Barreau de l'Ontario va formuler les choses un peu différemment et y ajouter une précision importante au sujet des rapports de l'avocat avec les dirigeants de l'organisation en disant que :

[...] quelles que soient les instructions qu'il reçoit d'un dirigeant [...] l'avocat agit pour l'organisme dans l'exercice de ses fonctions [...]¹⁹

Ces énoncés sont importants puisqu'ils servent à définir au départ envers qui l'avocat aurait un devoir de loyauté. Ils ont aussi des répercussions sur la question du secret professionnel puisque, pour que l'organisation puisse l'invoquer, il est nécessaire que les communications aient lieu entre l'avocat et une personne qui, à ce moment représente l'entreprise et agit pour elle.

En plus d'énoncer cette règle que le client est l'organisation, il est apparu nécessaire de modifier les codes de déontologie pour tenter de résoudre certains problèmes éthiques que rencontraient les avocats d'entreprise lorsqu'ils constataient la commission d'illégalités dont l'entreprise aurait à assumer la responsabilité.

Ce besoin d'instaurer de telles règles serait survenu, selon la plupart des commentateurs, en réaction directe aux différents scan-

18. *Code de déontologie du Barreau canadien*, 2006, ch. V : Impartialité et conflits d'intérêts, commentaire 16, p. 30.

19. *Code de déontologie*, Barreau du Haut-Canada, art. 2.02(1.1).

dales financiers qui se sont produits au début des années 2000 aux États-Unis, comme l'affaire *Enron* qui, même si elle n'était pas la seule, est sûrement la plus connue. Ces faillites retentissantes ont donné lieu à l'époque à un vaste questionnement au sujet du rôle que les avocats de ces entreprises avaient réellement joué ou omis de jouer et sur celui qu'ils auraient dû jouer pour éviter ces fraudes à grande échelle.

C'est dans ce contexte que les barreaux ont été pressés d'instaurer des normes de déontologie dont l'objectif était de guider les avocats d'entreprise lorsqu'ils se rendaient compte de l'existence de situations problématiques dans l'entreprise qui les employait.

Il faut ajouter qu'aux États-Unis ces modifications ont aussi été apportées au *Code de déontologie du Barreau américain* en réaction à des démarches qu'envisageait de faire le Gouvernement américain, dans la foulée de ces scandales financiers, pour intervenir dans le contrôle de la conduite des avocats, ce qui était nouveau.

En effet, à cette époque, le Gouvernement américain, dans le cadre d'une loi connue sous le nom de ses promoteurs, soit la *Loi Sarbanes-Oxley*²⁰, prévoyait d'imposer toute une série de devoirs particulièrement contraignants aux avocats œuvrant en matière de valeurs mobilières, dont celui de divulguer directement au Gouvernement les illégalités commises aux lois concernant les valeurs mobilières par les directions d'entreprises et que les avocats auraient été en mesure de constater.

Le caractère très particulier de cette loi était qu'en imposant des devoirs spécifiques aux avocats œuvrant devant la Commission des valeurs mobilières américaine, la Securities and Exchange Commission (SEC), l'administration américaine, se trouvait alors à imposer aux avocats des règles de conduite professionnelle, ce qui relevait essentiellement de la juridiction des barreaux des différents États.

Cette forte pression a incité l'Association du Barreau américain à réagir rapidement et à modifier certaines règles de son code de déontologie de manière à donner des directives qui manquaient aux avocats d'entreprise. Le Gouvernement américain, satisfait des actions prises par le Barreau, n'a pas poursuivi sa démarche.

20. Le nom réel de cette loi connue sous le nom de ses initiateurs est *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*, (2002) 15 U.S.C. 7201.

Des règles du même genre que celles adoptées par l'American Bar Association ont ensuite été adoptées par la plupart des États américains. Les barreaux au Canada ont aussi, pour certains, emboîté le pas. Cela a été le cas en 2004 au Québec. Nous verrons ces règles plus en détail bientôt.

Ces règles qui sont plus souvent connues sous leurs appellations anglaises de « up the ladder » et de « whistleblowing », expressions que l'on peut traduire par « devoir de divulgation dans la hiérarchie de l'entreprise » ou à l'extérieur de celle-ci dans certains cas, commencent généralement par faire mention de l'obligation qu'a l'avocat de faire connaître à ceux avec qui il est en relation dans l'organisation le fait qu'il représente les intérêts de l'organisation. On retrouve ensuite des règles demandant aux avocats d'informer les autorités compétentes de l'entreprise d'agissements incorrects commis dans l'entreprise ou d'illégalités dont l'avocat serait informé en remontant le long de la chaîne d'autorité si nécessaire. Ces règles, selon les juridictions, comportent des variations qui sont parfois importantes.

PARTIE 3- Les règles applicables au Québec concernant les avocats représentant des organisations

Voyons maintenant, en ce qui nous concerne ici au Québec, ce qu'il en est de ces nouvelles règles. Ce sont les articles 3.05.17 et 3.05.18.

Compte tenu que ces dispositions sont relativement nouvelles, il n'est peut-être pas inutile de les reprendre ici en entier.

3.05.17 S'il constate, dans ses rapports avec une personne qui représente le client, que les intérêts respectifs du client et de cette personne peuvent vraisemblablement diverger, l'avocat doit aviser cette dernière de son devoir de loyauté envers le client.

3.05.18 L'avocat doit dénoncer au client tout fait dont il a eu connaissance dans le cadre de sa prestation de services professionnels et qui, à son avis, peut constituer une violation d'une règle de droit par le client.

Dans le cas d'un client autre qu'une personne physique, l'avocat doit faire cette dénonciation au représentant du client avec lequel il est en rapport dans le cadre de la prestation de ses services professionnels. S'il vient, par la suite, à sa connaissance que le client n'a pas remédié à la situation d'illégalité, il doit aviser l'autorité hiérarchique appropriée lorsqu'il s'agit :

- 1^o d'une violation d'une règle de droit en matière de valeurs mobilières ou d'une règle de droit ayant pour objet la protection des détenteurs de valeurs mobilières ou des membres d'une société ou d'une personne morale ;
- 2^o de la violation de toute autre règle de droit, si elle est susceptible d'entraîner des conséquences sérieuses pour le client.

Le premier devoir prévu à l'article 3.05.17 est celui qui oblige l'avocat qui constate « dans ses rapports avec la personne qui représente le client que les intérêts respectifs du client et de cette personne peuvent vraisemblablement diverger, [à informer] le représentant que son devoir de loyauté va envers le client »²¹.

En principe, cette règle se comprend bien et on en saisit aisément le bien-fondé mais par contre, dans la réalité, l'application d'une telle règle peut comporter des difficultés d'application qui ne sont pas nécessairement évidentes au premier abord. En effet, comment dans les circonstances les plus diverses, être en mesure de déterminer l'existence d'un conflit entre les intérêts de l'organisation et les intérêts de celui qui la représente ? Comment connaître précisément quels sont les intérêts de l'organisation ?

Ce dernier aspect est intéressant en ce qui concerne les avocats du Gouvernement qui, il faut le rappeler, sont liés par ces règles que nous voyons actuellement. En effet, dans le domaine des organisations commerciales, la question de la définition de ce que sont les intérêts de l'organisation est en principe une question assez simple à déterminer, soit la recherche d'un profit dans le respect des lois. On va voir que dans le contexte de l'État les réponses à ce genre de questions peuvent être moins précises.

Cela nous amène à la seconde de ces nouvelles règles, soit celle qui impose à l'avocat d'une organisation qui constate « une violation d'une règle de droit » l'obligation d'en aviser « le représentant du

21. Pour ceux que la question de l'application de ces règles dans le contexte des avocats d'entreprises intéresse, on peut consulter André LAURIN, « Le conseiller juridique d'entreprise face à certaines dispositions du *Code de déontologie des avocats* », dans Congrès du Barreau, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 8 ou encore un texte que j'ai écrit sur le sujet « Le secret professionnel et la loyauté de l'avocat – Dans une entreprise, qui y a droit ? », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 274, *Avocats en entreprise – tendances et perspectives*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 1.

client avec lequel il est en rapport dans le cadre de la prestation de ses services professionnels ».

L'article se continue en disant que si l'avocat se rend compte par la suite que l'on n'a pas remédié à la situation d'illégalité, il doit alors aviser « l'autorité hiérarchique appropriée » et ceci dans deux circonstances précises ; dans un premier cas lorsqu'il s'agit « d'une violation importante d'une règle en matière de valeurs mobilières » ou d'une règle de droit concernant par exemple la protection des détenteurs de valeurs mobilières et le second lorsqu'il s'agit « de la violation de toute autre règle de droit, si elle est susceptible d'entraîner des conséquences sérieuses pour le client ».

Il faut retenir que seules ces deux situations créent une obligation d'agir pour l'avocat et que cette obligation est alors de s'adresser à l'autorité hiérarchique compétente. Soulignons que dans certaines juridictions, l'obligation implique, si l'avocat ne reçoit pas de réponse positive, de remonter les différents échelons hiérarchiques jusqu'à ce que le problème soit réglé.

Mais avant d'aller plus loin, on peut aussi faire le constat que ces règles trouvent application dans le contexte d'organisations qui peuvent être très différentes les unes des autres. En effet, une corporation commerciale ou toute autre entité que l'on désigne sous le terme général de personne morale peut faire référence à des réalités fort différentes les unes des autres.

En effet, quand on parle d'avocat agissant pour une organisation, il peut s'agir aussi bien d'un avocat à l'emploi d'une multinationale, exerçant au sein d'un gros contentieux et dans un environnement très structuré hiérarchiquement, que de celui qui agirait pour une petite compagnie regroupant quelques personnes qui en sont à la fois les actionnaires, les dirigeants et souvent presque les seuls employés. Les problèmes qui peuvent se rencontrer ne seront probablement pas les mêmes, non plus que les réponses et les solutions qui se présenteront à l'avocat.

En terminant sur ce sujet, il faut retenir que ce genre de problèmes qui va obliger l'avocat d'une entreprise à réfléchir sur la façon dont il devrait agir en regard des obligations que lui imposent ces articles et va présenter en pratique des difficultés énormes.

Par exemple, il lui faudra déterminer, lorsqu'il parle à quelqu'un, même occupant un poste important dans l'organisation, si le secret professionnel s'applique lorsque les propos que lui tient son interlocuteur semblent soulever des doutes sur la légalité de ce qu'on se propose de faire. Comment faire dans un tel cas pour annoncer à son interlocuteur, qui peut être son propre chef de service et à la limite le président, que ses intérêts divergent de ceux de l'organisation ? Comment par ailleurs en être suffisamment certain pour penser devoir faire une telle mise en garde ? Qu'arrive-t-il si on constate un problème et qu'on laisse parler son interlocuteur qui croit s'adresser à l'avocat en toute confidentialité ? A-t-on commis une faute envers celui qui nous faisait ainsi confiance si on dévoile ce qu'il nous a dit ?

Comment appliquer ces règles tout en restant, pour les membres de l'organisation, le conseiller juridique vers lequel on peut se tourner en toute confiance ?

Envisager de devoir s'adresser aux instances supérieures de la hiérarchie n'est pas non plus un problème simple. Au départ, quelles sont réellement les situations qui obligent l'avocat à agir ? Quelle genre d'illégalité va forcer l'avocat à agir ? Quel est le niveau de connaissance requis pour considérer qu'il y a illégalité et nécessité d'agir ? Si l'avocat a simplement des soupçons ou des doutes basés sur des informations incomplètes, doit-il faire une enquête plus poussée ? Quelle est dans son organisation l'autorité hiérarchique appropriée ? Que se passe-t-il si la direction ne répond pas aux avertissements de l'avocat ? Doit-il aller plus loin ? S'adresser aux actionnaires ?

Les réponses à ces questions ne sont pas simples à trouver et si de telles situations ne devraient pas heureusement être trop fréquentes, on peut très certainement affirmer qu'il s'agit là de situations auxquelles aucun avocat ne souhaiterait être confronté.

Ces nouvelles règles que nous venons de voir s'appliquent aux avocats du Gouvernement.

En effet, dans la mesure où l'avocat du Gouvernement a, lui aussi, comme client une organisation, les règles que nous venons d'évoquer vont s'appliquer à lui. C'est d'ailleurs ce que l'on mentionne dans les *Model Rules* du Barreau américain où, en commentaires à des dispositions similaires, on lit que « the duty defined in Rule

applies to governmental organization », mais sans donner par ailleurs davantage d'explications²².

Les barreaux canadiens qui ont adopté des règles du même genre se contentent généralement de dire que pour les fins de l'application de l'ensemble de ces nouvelles règles, le terme organisation comprend un organisme gouvernemental. On n'en dit guère plus.

Ainsi donc, on est obligé de dire que ces règles vont s'appliquer aux avocats du Gouvernement et qu'au même titre que les avocats d'entreprise, les différents devoirs que nous venons de voir devraient donc s'appliquer à eux.

Si on en arrive à conclure que ces règles visant à protéger l'organisation des écarts que pourraient faire ses représentants sont appropriées et qu'elles peuvent avoir une pertinence dans le contexte des organisations commerciales, et à cet égard les scandales financiers qui sont à leur origine sont là pour en prouver l'utilité, même probablement peu fréquente, il me semble qu'on a une certaine difficulté à en entrevoir l'application dans le contexte de nos institutions gouvernementales et parlementaires et dans le contexte d'une fonction publique comme celle qui existe ici.

Peut-être est-ce faire preuve de naïveté, mais je ne vois pas spontanément d'exemples de situations qui forceraient un avocat du Gouvernement à s'interroger sur ses obligations en regard de ces dispositions et sur les gestes qu'il devrait alors poser.

J'ai aussi de la difficulté à imaginer des cas où l'État se trouverait placé par ses fonctionnaires en situation de « violation [d'une règle de droit [...]] susceptible d'entraîner des conséquences sérieuses », et cela même dans le contexte d'organismes paragouvernementaux à vocation économique, plus similaires de ce fait à des entreprises commerciales.

L'ampleur de la hiérarchie et des structures gouvernementales, les contrôles divers qui existent jusqu'au niveau du vérificateur, la surveillance des médias et du public, sans parler de celui que peut exercer l'opposition parlementaire, font en sorte que les avocats de l'État sont moins « à risque » à mon avis que leurs collègues, les avo-

22. American Bar Association, *Model Rules of Professional Conduct*, Rule 1.13 : organization as client, comment [9].

cats d'entreprise, de devoir être confrontés avec les situations très difficiles qui sont visées par ces articles de notre code de déontologie.

À la réflexion, on a clairement l'impression que ces dispositions, non seulement celles du Québec mais toutes celles qui leur ressemblent ailleurs, semblent avoir été conçues spécifiquement pour répondre aux préoccupations et aux problèmes des avocats œuvrant dans les entreprises commerciales, surtout les plus grandes ou celles cotées en bourse et qui étaient d'ailleurs impliquées dans les scandales financiers qui ont forcé les gouvernements et les barreaux à agir.

On comprend que ces dispositions s'appliquent aux avocats œuvrant pour l'État, mais il ne me semble pas évident qu'elles répondent à des préoccupations déontologiques réelles dans le cas de ceux-ci, ni qu'elles soient en lien avec des situations auxquelles les juristes de l'État peuvent être confrontés en pratique.

Évidemment, dès qu'on assimile le Gouvernement à une organisation, tout ce que nous venons de voir s'applique en principe mais il me semble qu'il serait peut-être plus pertinent de nous pencher sur la déontologie des avocats du Gouvernement sans se référer pour cela obligatoirement aux avocats de la pratique privée, ni non plus à la situation des avocats d'organisation et de tenter plutôt de faire une réflexion sur les questions d'éthique pouvant concerner les avocats du Gouvernement en tenant compte essentiellement du contexte tout à fait particulier qui est le leur.

En effet, plusieurs auteurs ont effectivement émis l'idée que la situation des juristes de l'État était unique et qu'il y avait place à faire une réflexion particulière à leur sujet en partant du fait qu'ils ont comme avocat un client qui est tout à fait particulier et qui se compare mal à tous les autres : l'État.

C'est une réflexion à ce sujet que nous allons aborder dans la prochaine partie.

PARTIE 4- L'avocat du Gouvernement, au service de qui est-il ?

Un des auteurs déjà cités, Mackenzie, après avoir rappelé que les avocats du Gouvernement étaient tenus d'avoir une conduite pro-

fessionnelle empreinte du même respect des normes de déontologie que tous les autres avocats, ajoute ceci :

Many of the ethical problems they encounter, however, are peculiar to public service. These include such fundamental issues as, who is the client of government lawyers ? Are government lawyers limited in their choice of forensic strategies in ways in which lawyers in private practice are not ?

Comme on l'a vu précédemment, bien identifier qui est le client devrait permettre à l'avocat de bien cerner vers qui ses devoirs se portent et à qui il doit sa loyauté.

On a vu que la nécessité de se poser cette question dans le contexte de l'avocat en entreprise se présentait dans le cas où cet avocat constate que les instructions que lui donne un dirigeant ne vont pas dans le sens des intérêts de l'organisation ou que ce que fait ou propose de faire un membre de la direction ou un cadre constitue une illégalité portant préjudice à l'organisation.

C'est dans ce contexte que l'avocat doit faire les distinctions qui s'imposent entre l'organisation qui est sa cliente et ceux de qui il relève dans ses fonctions et qui, dans la chaîne d'autorité de l'entreprise, peuvent lui donner des directives au nom de celle-ci.

Hormis ce devoir précis qui lui est imposé par le code de déontologie d'agir relativement à des situations d'illégalité, tous les autres devoirs de l'avocat en entreprise peuvent probablement se comparer à ceux de tout autre avocat représentant n'importe quel client en ce sens que tous les efforts de l'avocat doivent tout simplement tendre à favoriser la réalisation des objectifs que vise le client. La différence tient essentiellement au fait que les instructions que lui donne son client lui parviennent via la structure hiérarchique de l'organisation.

Est-ce qu'on peut dire exactement la même chose pour le juriste de l'État ?

Cela a donné lieu à d'intéressants débats, surtout aux États-Unis.

Deux idées s'affrontent à cet égard. Elles posent toutes les deux la question de savoir qui, pour l'avocat du Gouvernement, est réellement le client. Elles apportent cependant des réponses différentes à cette question.

Dans un cas, on va soutenir que le véritable client de l'avocat du Gouvernement serait, non pas le chef de service ou encore le ministère dans lequel travaille l'avocat mais plutôt l'ensemble de la population, ou exprimé autrement « l'intérêt public ». D'autres commentateurs, adoptant une approche plus classique de la relation client-avocat, vont dire que la loyauté et les devoirs de l'avocat travaillant dans un gouvernement sont fondamentalement dus à l'organisme ou à la direction pour qui cet avocat travaille et qu'en ce sens les instructions qu'il doit suivre sont celles qui lui sont données par son supérieur immédiat.

Ce débat opposant deux visions du rôle de l'avocat au service de l'État est fort intéressant. De quoi en retourne-t-il ? C'est ce que nous verrons ici.

Essentiellement ce débat pose la question de savoir si l'avocat dans le contexte gouvernemental est strictement au service du département qui l'emploie et donc s'il doit tout simplement donner suite aux instructions données par ses supérieurs immédiats ou si, au contraire, son rôle transcende ce modèle traditionnel au profit de la recherche avant tout de ce qui devrait être l'intérêt réel de l'ensemble de la population.

Les tenants de cette idée que le rôle de l'avocat du Gouvernement impliquerait de considérer qu'il a des devoirs envers l'ensemble de la population vont dire que lorsque l'on recherche en bout de ligne qui est le vrai client, on en arrive à la conclusion que l'avocat est plus que simplement au service de son département, de son ministère, ou même du Gouvernement dans son entier et que son vrai client serait en fait l'ensemble des citoyens et par conséquent que son devoir devrait être de servir l'ensemble de la population. Il aurait donc à rechercher en toute circonstance où se situe l'intérêt public bien plus que le seul intérêt immédiat de son service²³.

23. On peut consulter plusieurs textes dont nous nous sommes largement servis. La plupart sont américains. Ce sont A.C. HUTCHINSON, *In the Public Interest : The Responsibilities and Rights of Government Lawyers*, précité, note 9 ; D. MACNAIR, *In the Name of the Crown : are Ethical Obligations Different for Government Counsel*, précité, note 5 ; Steven K. BERENSON, « Public Lawyers, Private Values : Can, Should, and Will Government Lawyers Serve the Public Interest ? », (2000) 41(4) *Boston College Law Review* 789 ; NOTES, « Rethinking the Professional Responsibilities of Federal Agency Lawyers », (2002) 115 *Harvard Law Review* 1170 (dans cette revue les articles intitulés *Notes* ne mentionnent pas qui en est l'auteur) ; Roger C. CRAMTON, « The Lawyer as Whistleblower : Confidentiality and the Government Lawyer », (1991) 5 *Georgetown Journal of Legal Ethics* 291.

Cette conception du rôle de l'avocat devrait donc, selon eux, avoir une incidence réelle sur la façon dont l'avocat exerce ses fonctions.

Cette idée que le rôle de l'avocat du Gouvernement serait de servir l'intérêt public a été critiquée pour plusieurs raisons. La première étant que cette notion d'intérêt public serait un concept beaucoup trop flou pour orienter adéquatement la conduite de l'avocat et, même s'il était possible de saisir correctement ce que peut réellement signifier cette notion d'intérêt public, il n'appartiendrait pas aux avocats de mettre de l'avant dans leur travail la perception de ce que eux voient comme étant l'intérêt public. Cette question relevant soit des élus ou de ceux qui, dans les services gouvernementaux, ont la responsabilité de prendre les décisions au nom, justement, de l'intérêt public.

En bref, ces critiques vont tout simplement dire que toute cette argumentation assimilant l'intérêt public à la notion de client est finalement assez peu pragmatique et donc inutile²⁴.

Les défenseurs de cette approche, au contraire, vont dire que tant les tribunaux que les codes de déontologie ont mis en évidence cette obligation faite aux avocats du Gouvernement de rechercher avant tout l'intérêt public.

Un des auteurs qui se sont faits les promoteurs de cette théorie faisait le commentaire suivant :

What is clear from a review of these pronouncements is that all of these codes contemplate a greater duty on the part of government attorneys to serve the public interest than is imposed upon attorneys for private parties. For example, in addition to the Model Code's admonition to civil attorneys to "seek justice" the Preamble of the Model Rules states that the lawyers for government agencies "may have authority to represent the 'public interest' in circumstances where a private lawyer would not be authorized to do so". Both the FBA's Federal Ethical Considerations and its Model Rules for Federal Lawyers expressly recognize special duties to serve the public interest on the part of government lawyers.²⁵

24. Catherine J. LANCTOT, « The Duty of Zealous Advocacy and the Ethics of the Federal Government Lawyer : The Three Hardest Questions », (1991) 64 *Southern California Law Review* 951 ; Robert P. LAWRY, « Who is the Client of the Federal Government Lawyer ? An Analysis of the Wrong Question », (1978) 37 *Fed. Bar Journal* 61.

25. S.K. BERENSON, « Public Lawyers, Private Values : Can, Should and Will Government Lawyers Serve the Public Interest ? », précité, note 23.

Dans un document qui résume l'état du droit concernant les avocats aux États-Unis, le *Restatement of the Law Governing Lawyers*²⁶, on dit dans le même sens que :

[the] courts have stressed that a lawyer representing a government client must seek to advance the public interest in the representation.

Ce débat, qui peut sembler être strictement théorique, ne l'est pas nécessairement.

L'intérêt de cette discussion peut être compris en regardant une règle que l'on retrouve dans le Code de déontologie des avocats en Alberta. Ce code est d'ailleurs le seul au Canada à faire une place précise aux avocats du Gouvernement.

On y lit ceci dans un chapitre intitulé « The Lawyer in Corporate and Government Service » :

A lawyer in corporate or government service has a duty to act in the best interests of the corporation or government, as they are perceived by the corporation or government, subject to limitations imposed by law or professional ethics.²⁷

À la lecture de cette règle, on peut saisir la difficulté que peut parfois présenter pour l'avocat qui œuvre tant dans le domaine corporatif que dans le domaine gouvernemental, l'identification de ce à quoi correspond précisément cette obligation d'agir dans les meilleurs intérêts de l'organisation « as they are perceived by the corporation or government ».

Si on adopte l'hypothèse que c'est soit le supérieur immédiat de l'avocat ou la direction du service dans lequel travaille l'avocat qui peut le mieux traduire ce que sont les meilleurs intérêts de l'entreprise ou du service gouvernemental, on peut alors dire que les devoirs de l'avocat peuvent alors apparaître plus évidents et surtout plus semblables au modèle traditionnel de l'avocat recevant directement des instructions de son seul client.

Mais est-ce que ce qui émane d'un service gouvernemental ou même d'un ministère représente nécessairement ce qui devrait être

26. American Law Institute. Cet organisme américain qui regroupe des avocats, des juges et des universitaires propose des études et des commentaires sur divers aspects du droit. Le *Restatement of the Law Governing Lawyers* est de 2000.

27. The Law Society of Alberta, *Code of Professional Conduct*, chapter 12, Statement of principle.

le meilleur intérêt du Gouvernement dans son entier ? Et est-ce que cela représente le meilleur intérêt de l'ensemble de la population ?

Les auteurs américains se sont longtemps penchés sur ces deux théories et de manière générale ils vont dire que l'avocat doit suivre les instructions qu'il reçoit de ses supérieurs immédiats. En ce sens, on ne s'éloigne pas réellement en pratique du modèle classique de la relation client-avocat²⁸.

Ceci étant dit, cette notion de responsabilité des avocats envers l'intérêt public demeure une question pertinente, plus particulièrement dans toutes les situations où l'avocat du Gouvernement a, dans ses fonctions, une grande discrétion. C'est évidemment le cas des procureurs de la Couronne, mais c'est aussi régulièrement le cas pour d'autres juristes au service de l'État qui peuvent avoir, par exemple, la responsabilité d'intenter des poursuites ou d'entreprendre différents recours, et qui peuvent aussi avoir beaucoup de latitude pour les continuer ou pour les régler.

Leurs décisions doivent alors évidemment être motivées par la recherche de l'intérêt public.

Cette réflexion sur le rôle que devraient jouer les avocats du Gouvernement a d'ailleurs refait surface récemment aux États-Unis, à l'occasion de la controverse qu'ont soulevée les décisions de l'administration américaine, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, de créer des prisons spéciales ou d'autoriser l'emploi de la torture lors d'interrogatoires de présumés terroristes. Pour contrer les critiques, l'administration américaine invoquait le fait que les opinions juridiques qu'elle avait obtenues établissaient la légalité des mesures de contraintes physiques que l'on appliquait lors des interrogatoires de ces présumés terroristes²⁹.

Tout cela pour dire que le contexte assez particulier dans lequel les avocats du Gouvernement exercent leur profession présente des particularités qui en font un groupe à qui on va prêter un rôle qui les distingue des autres avocats, principalement parce que leur client est tout à fait particulier. Cet aspect a fait en sorte qu'on leur a attribué,

28. Geoffrey P. MILLER, « Government Lawyers's Ethics in a System of Checks and Balance », (1987) *University of Chicago Law Review* 1293.

29. Neil M. PERETZ, « The Limits of Outsourcing: Ethical Responsibilities of Federal Government Attorneys Advising Executive Branch Officials », (2006) 6:1 *Connecticut Public Interest Law Journal* 23 ; « The Nation : Torture and Legal Ethics ; How Far Can a Government Lawyer Go ? », *The New York Times*, juin 2004.

et je crois avec raison, des obligations que n'auraient pas les avocats en général.

En fait, les auteurs font état d'une perception assez répandue dans le public, et qui est également présente dans la magistrature et chez les avocats, voulant que les avocats au service de l'État auraient des responsabilités plus grandes et qu'ils devraient, en toutes circonstances, tenir compte de l'intérêt public ainsi que du rôle du Gouvernement à l'égard des citoyens. Pour ces raisons, on suggère qu'ils devraient avoir une conduite qui refléterait des normes plus élevées que celles qui sont appliquées par les autres avocats.

Cette perception se manifeste davantage aux États-Unis qu'ici, autant à travers de nombreuses décisions des tribunaux que dans certains codes de déontologie et surtout dans des textes traitant de la déontologie.

Par exemple, dans un article dans lequel l'auteur plaidait justement l'existence de tels devoirs supérieurs des avocats de l'État, il citait des décisions qui appuyaient cette idée³⁰.

Par exemple, il citait une décision de la Cour d'appel du district de Columbia qui disait ceci :

Government counsel have a higher duty to uphold (than private lawyers) because their client is not only the agency they represent but also the public at large.³¹

L'auteur citait encore un autre extrait d'une décision dans laquelle le juge disait :

Government attorneys... have special responsibilities to both this court and the public at large.³²

Souvent, les auteurs vont aussi dire que cette idée que les avocats du Gouvernement auraient des devoirs et des obligations déontologiques plus importants envers le public tiendrait également au fait qu'ils sont aussi des fonctionnaires de l'État.

On indique alors que, représentant soit le Gouvernement ou un de ses organismes, ces avocats doivent de ce fait se sentir liés par

30. Steven K. BERENSON, « Public Lawyers, Private Values : Can, Should, and Will Government Lawyers Serve the Public Interest ? », (2000) 41(4) *Boston College Law Review* 789, 794.

31. *Gray Panthers c. Schweiker*, 716 F.2d 23, 33 (D.C. Civ. 1983).

32. *Douglas c. Donovan*, 705 F.2d 1276, 1279 (D.C. Civ. 1983).

l'obligation qui incombe à l'État d'agir de façon raisonnable et au bénéfice de l'ensemble des citoyens.

On justifie aussi régulièrement ces devoirs supérieurs que l'on prête aux avocats du Gouvernement en disant que les citoyens sont en droit d'escompter que leurs échanges avec l'État soient empreints d'équité et d'impartialité et que cette attente légitime serait sérieusement mise à mal s'ils voyaient les avocats qui le représentent se comporter simplement comme s'ils avaient seulement le mandat de faire gagner l'État à leurs dépens.

On dit qu'étant au service de l'État, ils ne doivent pas agir de la même façon qu'un avocat de pratique privée dont le mandat est strictement de faire prévaloir le point de vue de son client.

On mentionne aussi que, à cause des moyens considérables dont dispose l'État, les avocats du Gouvernement ont l'obligation envers les citoyens de ne pas en abuser et d'agir avec beaucoup d'équité.

On va ajouter également que l'emploi par les avocats du Gouvernement de méthodes discutables ou de tactiques agressives aurait pour conséquence d'éroder la confiance que peut légitimement avoir le public que le Gouvernement va agir raisonnablement et équitablement envers tous les citoyens.

En terminant sur ce point, on peut ajouter que les avocats du Gouvernement, à titre de fonctionnaires de l'État, sont soumis à des obligations qui devraient aussi se refléter dans leur travail.

Par exemple, on peut dire qu'ils sont tenus à certains devoirs prévus à l'article 4 de la *Loi sur la fonction publique*³³ qui établit le principe que le fonctionnaire doit exercer ses fonctions dans l'intérêt public, au mieux de sa compétence, avec honnêteté et impartialité et qu'il est tenu de traiter le public avec égards et diligence.

Comment tout cela peut-il maintenant se coller à la réalité ?

Sans prétendre, sans faire de nuances, que les avocats du Gouvernement auraient des devoirs déontologiques qui leur seraient particuliers, et sans nécessairement dire que le code de déontologie serait plus contraignant pour eux que pour l'ensemble des autres avo-

33. L.R.Q., c. F-3.1.1.

cats, il n'est pas faux d'affirmer que les attentes légitimes de la population et des juges à leur endroit sont très élevées.

Comment ces attentes devraient-elles se traduire de façon concrète ? C'est ce que nous essaierons de voir dans la prochaine partie de ce texte.

Partie 5- Les devoirs et les règles d'éthique appliqués aux principaux groupes d'avocats de l'État

J'ai cru utile de faire les remarques qui vont suivre en distinguant quatre groupes de juristes au service de l'État : les procureurs de la Couronne, les plaideurs, les conseillers juridiques et les légistes.

Je pense que les fonctions différentes qu'ils occupent justifient de donner un traitement particulier à chacun de ces différents groupes. Voyons d'abord ce qu'on peut dire des procureurs de la Couronne.

A. *Les procureurs de la Couronne*

Les procureurs de la Couronne, que l'on désigne maintenant au Québec sous le nom de « procureurs aux poursuites criminelles et pénales »³⁴, forment assurément le groupe d'avocats œuvrant pour l'État dont les devoirs sont davantage connus. Cela s'explique par les fonctions très spécifiques qu'ils occupent dans l'administration de la justice.

En effet, la fonction de procureur de la Couronne a une origine assez ancienne. Ce rôle ainsi que les devoirs des avocats qui occupent cette fonction se sont progressivement dessinés dans le contexte d'une longue tradition qui a pris naissance en Grande-Bretagne et qui s'est par la suite développée également au Canada et aux États-Unis.

L'importance particulière de cette fonction dans l'administration de la justice pénale et criminelle ainsi que sa longue histoire marquée de très nombreuses décisions des tribunaux qui en ont cerné le rôle et qui ont défini les devoirs de ceux qui l'occupent font en sorte qu'il s'agit du groupe d'avocats œuvrant pour l'État qui a fait l'objet

34. *Loi sur le Directeur des poursuites criminelles et pénales*, L.R.Q., c. D-9.1.1, 2006, 2005, ch. 34.

d'une attention que n'ont pas eue les autres groupes d'avocats de l'État que sont les plaideurs, les conseillers juridiques ou les légistes.

Le fait qu'on connaisse mieux les devoirs des procureurs de la Couronne s'explique aussi par le fait que ces derniers groupes d'avocats de l'État sont arrivés plus récemment et que les tribunaux ont eu peu souvent l'occasion de faire des commentaires sur leur pratique, contrairement aux procureurs de la Couronne.

En fait, les devoirs et les obligations déontologiques des procureurs de la Couronne se sont développés au fil des ans à partir d'une abondante jurisprudence. Ils ont aussi reçu une attention régulière de la part des auteurs de traités portant sur la déontologie des avocats.

C'est ce qui explique que les obligations éthiques concernant ce groupe d'avocats soient mieux connues que celles pouvant intéresser les autres groupes d'avocats du Gouvernement. Voyons ce qu'on peut en dire. Comme nous le verrons éventuellement, plusieurs aspects de l'éthique professionnelle applicable aux procureurs de la Couronne auront des échos lorsque nous parlerons des autres groupes d'avocats qui sont au service de l'État.

On a vu en introduction qu'autant la Cour suprême des États-Unis que celle du Canada ont bien situé le rôle que devaient tenir les procureurs de la Couronne : on a dit qu'ils n'avaient pas pour mission de simplement chercher à obtenir un verdict de culpabilité mais que leurs fonctions visent plutôt à aider à ce que justice soit rendue.

L'expression de ce devoir fondamental des procureurs de la Couronne se retrouve dans la plupart des codes de déontologie.

Par exemple, aux États-Unis, dans les *American Bar Association's Standards relating to the Administration of Criminal Justice, the Prosecution Function*, on lit ceci :

[The] duty of the prosecutor is to seek justice, not merely to convict.³⁵

Cet énoncé est semblable à celui qui se retrouve dans les deux principaux textes sur la déontologie du Barreau américain, soit le

35. Standard 3-1.2(b).

Model Code of Professional Responsibility dans lequel on peut lire ceci :

The responsibility of a public prosecutor differs from that of the usual advocate ; his duty is to seek justice, not merely to convict.³⁶

Et dans les *Model Rules* actuelles, où on exprime les choses ainsi :

A prosecutor has the responsibilities of a minister of justice and not simply of an advocate. This responsibility carries with it specific obligation to see that the defendant is accorded procedural justice and that guilt is decided upon the basis of sufficient evidence.³⁷

Ici au Canada, ce principe est tout à fait le même et il est décrit dans un langage presque identique.

Dans la décision de la Cour suprême *R. c. Boucher* dont nous avons déjà parlé, on retrouve les propos suivants :

La situation qu'occupe l'avocat de la Couronne n'est pas celle de l'avocat en matière civile. Ses fonctions sont quasi-judiciaires. Il ne doit pas tant chercher à obtenir un verdict de culpabilité qu'à assister le juge et le jury pour que la justice la plus complète soit rendue. La modération et l'impartialité doivent toujours être les caractéristiques de sa conduite devant le tribunal. Il aura en effet honnêtement rempli son devoir et sera à l'épreuve de tout reproche si, mettant de côté tout appel aux passions, d'une façon digne qui convient à son rôle, il expose la preuve au jury sans aller au-delà de ce qu'elle a révélé.³⁸

Le *Code de déontologie du Barreau canadien*, lui aussi, va dire les mêmes choses au sujet du rôle du procureur de la Couronne et des devoirs que cela comporte :

L'avocat engagé comme procureur de la Couronne ne doit pas simplement rechercher une condamnation, mais doit présenter au tribunal toute la preuve disponible et pertinente au crime imputé, pour que justice soit faite sur les mérites de la cause lors d'un procès équitable. L'avocat de la poursuite est investi de fonctions publiques assorties de larges pouvoirs discrétionnaires : il doit en conséquence agir de façon

36. *ABA Model Code of Professional Responsibility*, Ethic consideration EC 7-13.

37. *ABA Model Rules of Professional Conduct*, Rule 3.8 : Special Responsibilities of a Prosecutor, comment [1].

38. [1955] R.C.S. 16, 21.

sereine et juste. Il ne doit pas nuire au droit de l'accusé d'être représenté par un avocat ou de communiquer avec celui-ci.³⁹

Cela nous renseigne déjà assez bien sur les devoirs essentiels des avocats qui occupent cette fonction.

On a souvent évoqué la discrétion que possèdent les procureurs de la Couronne dans l'évaluation de la décision à prendre de poursuivre ou de ne pas le faire. Cette discrétion origine des fonctions mêmes du procureur général et il n'est pas nécessaire d'en traiter en détails ici, sauf pour rappeler que les procureurs de la Couronne ont à ce niveau le devoir de toujours agir de bonne foi et dans l'intérêt public. Les arrêts *Nelles* de la Cour suprême et *Proulx* de la Cour d'appel du Québec en ont discuté abondamment⁴⁰.

En matière de communication de la preuve, les tribunaux ont rappelé que le procureur de la Couronne devait agir avec la plus grande bonne foi⁴¹.

On mentionne souvent que les procureurs de la Couronne doivent en toutes circonstances agir avec objectivité et impartialité.

Les auteurs Proulx et Layton à qui on doit l'importante étude sur le droit criminel intitulée *Ethics and the Canadian Criminal Law*⁴² ajoutent aussi à ces devoirs ceux de favoriser un procès juste et de ne pas nuire à une personne non représentée. Ils ajoutent qu'ils ne doivent pas utiliser de tactiques injustes, ni agir de façon vindicative.

Ils doivent éviter les envolées enflammées et excessives devant les jurés, ne pas discréditer la fonction qu'ils occupent en ayant des agissements qui auraient comme conséquence de miner leur crédibilité. Ils doivent se souvenir que l'intérêt public leur impose le devoir de faire en sorte que le procès dans lequel ils occupent se déroule équitablement.

Ils doivent agir avec modération, notamment lorsqu'ils s'adressent aux jurés et éviter toute tactique pouvant être considérée comme inacceptable ou répréhensible ou « de bas niveau ». Ils ne doivent pas

39. Association du Barreau canadien, *Code de déontologie professionnelle*, (2006) chapitre IX – *L'avocat dans ses fonctions*, commentaire 9, p. 63.

40. *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170 ; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9.

41. *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 401.

42. Michel PROULX et David LAYTON, *Ethics and Canadian Criminal Law*, Irwin Law, 2001.

faire usage de langage abusif, de sarcasme et encore moins de propos injurieux.

Ainsi, on peut dire que les avocats qui agissent à titre de procureurs aux poursuites pénales et criminelles ont des devoirs déontologiques assez bien définis qui reflètent d'ailleurs le rôle spécifique qu'ils assument dans le système de justice criminelle.

Ces devoirs ne devraient évidemment pas les empêcher d'agir avec vigueur et de mettre toute l'énergie nécessaire pour bien défendre la position de la poursuite.

C'est ce que disait madame la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Cook* :

On ne devrait pas non plus présumer que le ministère public ne peut pas se comporter en rude adversaire dans le déroulement de ce processus contradictoire. À cet égard, il est à la fois permis et souhaitable qu'il s'engage vigoureusement et au mieux de ses habiletés dans la poursuite d'un but légitime.⁴³

Dans le même sens, la Cour d'appel de l'Ontario disait dans *R. c. Elliot* que :

The prosecutor is entitled to seek a conviction provided that he or she does not resort to unfair means to do so.⁴⁴

On peut lire dans *Ethics and the Canadian Criminal Law*⁴⁵ que l'obligation d'agir équitablement n'empêche pas le procureur de la Couronne de se servir de toutes ses ressources de plaideur. Pourtant c'est souvent là que les réels problèmes se retrouvent, alors que dans le feu de l'action il est important de maintenir un haut niveau de respect des règles qui s'appliquent à un procureur de la Couronne tout en agissant avec conviction et vigueur.

Les mêmes auteurs citent à cet égard l'arrêt *Cook*⁴⁶ que nous venons de voir et dans lequel on disait :

43. [1997] 1 R.C.S. 1113, 1124 et 1125. Cet extrait, comme plusieurs autres, se retrouve dans un texte très complet intitulé « L'éthique et la déontologie en droit criminel » de Louis BELLEAU et de Guy COURNOYER, publié dans la Collection de droit 2007-2008, vol. 1, *Éthique, déontologie et pratique professionnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, chapitre IV, p. 137 et s.

44. (2003), 181 C.C.C. (3d) 118 (C.A. Ont.), p. 160.

45. Précité, note 42.

46. Précité, note 43.

The prosecutor as strong advocate is a critical element of this country's criminal law mechanism.

Ils ajoutent ce commentaire :

There can be a great difficulty in reconciling the adversarial nature of the prosecutor's role with the non-adversarial duty of a "minister of justice". It has been said that "our adversary system makes it extremely difficult to be a fair prosecutor" and that the potential is there for terrible conflict.⁴⁷

Les auteurs soulignent à l'appui de cette dernière remarque le fait que peut réellement exister pour un procureur de la Couronne un désir de gagner des causes dans le but de favoriser l'obtention d'une promotion. Ils ajoutent qu'il n'est pas toujours facile, dans le feu de l'action, même de façon inconsciente, d'éviter un excès de zèle ou une action intempestive, surtout face à une attaque personnelle provenant de la défense. Ils font aussi remarquer que, comme avocat, il est probablement naturel de tout simplement vouloir gagner lorsqu'on croit à la justesse de la cause que l'on défend.

Et ils terminent avec une conclusion qui est très vraie :

In a perfect world, the boundary between acceptable zealous advocacy by the Crown and impermissible prosecutorial abuse would always be clear and not open to disagreement. But drawing fine line in black and white is not realistic. The controversy over the acceptable degree of advocacy practiced by Crown counsel will probably never cease, given the dynamics of the adversarial system and the inherent tension between a prosecutor's dual role as minister of justice and forceful advocate.⁴⁸

Ce bref examen, qui demeure incomplet, nous permet quand même de dire qu'on s'attend à ce qu'un procureur de la Couronne applique de très hauts standards d'éthique.

Mais qu'en est-il maintenant des autres avocats du Gouvernement ? Les plaideurs, les conseillers juridiques ou les légistes ? Quels sont leurs devoirs ? Sont-ils aussi élevés que ceux des procureurs de la Couronne ? Dans leurs cas cependant, contrairement à ce qui se passe

47. M. PROULX et D. LAYTON, *Ethics and Canadian Criminal Law*, précité, note 42, p. 645.

48. *Ibid.*, p. 647.

pour les procureurs de la Couronne, on ne peut que constater qu'il y a bien peu de textes qui ont été écrits à leur sujet. On peut malgré tout y puiser certaines idées intéressantes qui appuient notre idée que les avocats du Gouvernement ont des devoirs déontologiques fort élevés.

B. Les plaideurs

On dit que l'avocat qui représente le Gouvernement dans un litige civil n'a pas un client du même genre que celui que l'on retrouve ordinairement dans tout procès. On ajoute que le fait que l'avocat représente l'État devrait avoir un impact certain sur la façon dont il devrait mener un procès.

Aux États-Unis, le devoir mis de l'avant par la Cour suprême des États-Unis pour les procureurs de la Couronne dans l'arrêt *Berger*⁴⁹, soit de rechercher la justice davantage que de chercher à faire conclure à un verdict de culpabilité, a été étendu à tous les autres avocats du Gouvernement. Eux aussi auraient obligation de « rechercher la justice » et ceci, parce que l'État qu'ils représentent a l'obligation, non seulement dans le contexte du droit criminel, mais en toute autre circonstance, d'agir équitablement et avec impartialité envers tous les citoyens. Par exemple, on va retrouver dans les décisions américaines des commentaires comme celui-ci :

Government attorneys, by virtue of their unique position, owe a greater responsibility to the justice system. The courts have come to expect and have rightly demanded a higher degree of candor from the government attorneys.⁵⁰

Les auteurs qui attribuent un rôle particulier aux avocats du Gouvernement font aussi la remarque que si l'État a ce devoir d'agir avec justice et impartialité envers tous, les avocats qui le représentent seraient liés par cette obligation, dans la mesure où ils ne pourraient agir autrement que ne le ferait l'État lui-même. On ajoute que cette obligation existe également à cause de leurs obligations de fonctionnaires⁵¹.

49. 295 U.S. 78 (1935).

50. *Braun c. Harris*, United States District Court for the Eastern District of Wisconsin, 1980 U.S. District Lexis 17642, HN3.

51. Bruce A. GREEN, « Must Government Lawyers “Seek Justice” in Civil Litigations ? », (2000) *Widener Journal of Public Law* 235 ; Steven K. BERENSON, « The Duty Defined : Specific Obligations that Follow from Government Lawyers' Duty to Serve the Public Interest », Thomas Jefferson School of Law 2003 Research Paper series, *Brandeis Law Journal*, vol. 42.

De manière générale, les auteurs vont dire qu'il y a une perception tant au niveau des juges que du public, que les avocats du Gouvernement doivent tenir compte dans tout ce qu'ils font de l'intérêt public et le fait qu'ils représentent l'État leur donnerait un statut ainsi que des obligations s'apparentant à ceux des procureurs de la Couronne, de sorte qu'on s'attendrait à ce qu'ils agissent avec la même honnêteté, la même impartialité et la même modération que celles des procureurs de la Couronne.

Quelles seraient donc ces responsabilités spéciales que l'on prête alors aux avocats qui représentent le Gouvernement devant les tribunaux ? C'est ce que nous essayerons de voir maintenant.

En cherchant à développer cette idée que les avocats qui plaident pour le Gouvernement auraient des devoirs particuliers, les auteurs vont faire des distinctions entre différents types de causes dans lesquelles les avocats représentent le Gouvernement.

C'est ainsi qu'on va identifier les cas de litiges concernant l'application de lois à caractère pénal ou ceux impliquant des questions d'importance pour la société, comme en matière d'environnement, de valeurs mobilières ou de droits et libertés et pour lesquels il est plus facile de prétendre que les avocats qui représentent l'État auraient des devoirs similaires à ceux des procureurs de la Couronne. On va distinguer ce genre de dossiers de ceux concernant des litiges dans lesquels le fait que l'État soit une partie n'est pas en soi une composante essentielle.

On donnait alors comme exemples à cet égard les procès concernant des contrats essentiellement de nature commerciale impliquant le Gouvernement, des achats, ventes d'équipements etc. ou encore des cas de réclamations en dommages faisant suite à des accidents.

On se demandait alors si de tels cas dans lesquels le fait que l'État soit impliqué n'est pas significatif, impliquaient aussi qu'on pouvait avoir des attentes particulières à l'endroit des avocats du Gouvernement ou si dans de tels types de dossiers, les avocats du Gouvernement n'auraient pas de responsabilité particulière pouvant les distinguer des autres avocats.

Devrait-on, selon le type de dossiers, considérer que leur rôle se rapproche de celui des procureurs de la Couronne ou au contraire doivent-ils se considérer comme tout simplement des plaideurs qui visent à faire gagner leur client ?

Un des aspects qu'il faut alors considérer est le degré de latitude et de discrétion que peut avoir le plaideur face au Gouvernement. On sait que les procureurs de la Couronne jouissent d'une grande discrétion dans l'accomplissement de leurs fonctions et par conséquent on peut facilement comprendre que cela implique des obligations importantes de leur part, ce qui ne serait pas nécessairement aussi essentiel dans le cas d'un plaideur de pratique privé qui doit s'en remettre à quelqu'un, son client, pour la majorité des décisions à prendre.

Les codes de déontologie ne nous donnent pas beaucoup de points de repère sur ces questions mais on peut quand même y trouver, à l'occasion, des débuts de réponses.

Par exemple, dans le *Model Code* américain on peut lire le commentaire suivant :

EC 7-14. A government lawyer in a civil or administrative action has a responsibility to seek justice and to develop a full and complete record, and he should not use his position or the economic power of the government to harass or to bring about unjust settlement or results.⁵²

On voit cependant à travers ce genre de textes et à travers les articles qui existent que les plaideurs du Gouvernement sont perçus comme ayant l'obligation de se comporter de façon différente des autres plaideurs.

Cette affirmation est-elle exacte et si oui qu'est-ce qui, au quotidien, doit être différent ?

Dans la mesure où on soutient l'idée que les avocats du Gouvernement devraient agir un peu de la même façon que les procureurs de la Couronne, on viendrait dire qu'ils ont, eux aussi, comme premier devoir, de chercher à ce que justice soit faite. Une telle orientation pourrait avoir des implications importantes dans la conduite des litiges de nature civile dont ils s'occupent⁵³.

52. Notons qu'il ne s'agit pas ici de l'expression d'une règle disciplinaire mais d'un commentaire. En effet, dans le Code de déontologie du Barreau américain on retrouve d'une part des règles qui en cas de contraventions entraînent des sanctions disciplinaires et d'autre part des « ethics considerations » qui sont essentiellement des invitations à agir selon ce qui est proposé, mais qui ne sont pas des règles contraignables.

53. B.A. GREEN, « Must Government Lawyers "Seek Justice" in Civil Litigations ? » et S.K. BERENSON, « The Duty Defined : Specific Obligations that Follow from Government Lawyers' Duty to Serve the Public Interest », précités, note 51.

Cette idée que l'élément essentiel serait de rechercher la justice devrait, par exemple, influencer les arguments que les avocats du Gouvernement pourraient employer ainsi qu'encadrer très certainement le choix des procédures, stratégies et tactiques de procès qui pourraient normalement être envisagées par un plaideur.

En ce sens, on affirme que les avocats de pratique privée peuvent faire valoir tous les arguments auxquels ils peuvent penser et qu'ils sont en droit de plaider tout ce qui peut servir l'intérêt de leurs clients, à condition que ce ne soit pas faux, frivole ou abusif, et cela même s'ils sont conscients que l'argument invoqué n'a que très peu de chances d'être retenu au bout du compte.

Dans la mesure où on accepte de comparer les obligations des plaideurs civilistes du Gouvernement à celles des procureurs de la Couronne, est-ce qu'on pourrait aller jusqu'à affirmer qu'ils auraient l'obligation de ne pas défendre de « mauvaises causes » ou de ne pas en entreprendre qui seraient téméraires ?

Également, si l'on admet que pour le praticien privé la défense des intérêts de son client passe avant tout, on peut facilement prétendre qu'il est non seulement possible, mais parfaitement légitime de profiter des erreurs de la partie adverse ou de son avocat.

Mais pourrait-on soutenir que les avocats de l'État, au même titre que les procureurs de la Couronne, ne devraient pas agir de cette façon et qu'ils auraient moins de latitude que leurs confrères de pratique privée ? Certains qui soutiennent cette idée vont même jusqu'à dire qu'en raison de ce devoir de favoriser la justice, ils auraient plutôt l'obligation de corriger les erreurs ou omissions de l'avocat de la défense.

Mentionnons que ces dernières propositions concernant la façon d'agir des avocats de l'État en matière civile ne sont pas admises d'emblée et elles sont même fortement contestées par certains⁵⁴.

En fait, toutes ces questions des devoirs des avocats de litige pour le Gouvernement doivent nécessairement se regarder en ne s'éloignant pas trop du concret. En effet, il faut tenir compte du fait que dans la réalité, ce sont les ministres, les sous-ministres, les

54. Catherine J. LANCTOT, « The Duty of Zealous Advocacy and the Ethics of the Federal Government Lawyer : the Three Hardest Questions », (1991) 64 *Southern California Law Review* 591.

procureurs chefs ou les avocats en chef d'un service ou encore d'autres représentants de l'État qui vont indiquer comment ils voient les choses.

Ce sont ces personnes en autorité qui ont généralement, dans les faits, la capacité de décider de poursuivre ou de régler un litige. L'avocat du Gouvernement serait donc dans une situation assez semblable à celle du praticien privé dont le client est celui qui prend les décisions en dernier ressort et auquel l'avocat doit nécessairement se référer pour avoir des instructions.

S'il est possible de prétendre que les avocats qui sont chargés d'exercer divers recours ou poursuites concernant l'application des lois générales visant le bien-être de la collectivité, auraient des devoirs assez similaires à ceux des procureurs de la Couronne, on pourrait dire qu'ils auraient, eux aussi, cette obligation de rechercher non pas une victoire avant tout mais de faire en sorte que justice soit rendue.

Par conséquent, on pourrait considérer que s'applique à eux tout ce qu'on a dit au sujet des procureurs de la Couronne, à savoir qu'ils ne doivent pas « charger » et qu'ils doivent mettre de côté l'utilisation de tactiques ou de stratégies « agressives ».

Une des auteures qui a le plus écrit sur le rôle des avocats de l'État, et qui soutenait l'idée que les avocats du Gouvernement auraient des devoirs différents et supérieurs à ceux des autres avocats en général, soulignait que les tribunaux canadiens ont à l'occasion mentionné que les avocats du Gouvernement avaient un plus grand devoir de franchise que les autres envers le tribunal. Elle ajoute que les tribunaux américains ont été plus loin que de simplement émettre des commentaires de cet ordre et qu'ils auraient effectivement adressé des reproches aux avocats de l'État qui n'auraient pas fait montre de transparence ou qui auraient été trop agressifs⁵⁵.

Si on prend pour acquis que les plaideurs du Gouvernement ont des devoirs supérieurs ou à tout le moins si on admet que les tribunaux et le public leur prêtent cette obligation d'agir « mieux » que les autres plaideurs, qu'est-ce que cela pourrait vouloir signifier en pratique ?

55. D. MACNAIR, précité, note 5. Cette auteure a publié un article intéressant concernant les avocats du gouvernement fédéral : « The Role of the Federal Public Sector Lawyer : from Polyester to Silk », (2002) 50 *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick* 126. Il y est cependant davantage fait état de leurs tâches que des questions de déontologie.

À ce sujet, on peut trouver intéressant de voir ce que disait justement à ce sujet l’American Federal Bar Association, une association qui regroupe aux États-Unis les avocats à l’emploi du Gouvernement fédéral. Dans un guide préparé à l’intention de ses membres, on disait que les avocats du Gouvernement fédéral avaient les obligations suivantes :

- Éviter d’instituer ou de poursuivre des litiges qui sont injustes ;
- Tenter devant une telle situation de convaincre ses supérieurs de cet état de fait ;
- Rechercher la justice et ne pas se servir de ses pouvoirs et des ressources du Gouvernement pour chercher à obtenir un règlement injuste.

Un auteur ajoute aussi que les tribunaux n’appréciaient pas en général les arguments de nature purement technique proposés par les avocats du Gouvernement⁵⁶.

Pour être encore plus concret, voyons certains exemples qui peuvent nous permettre de nous faire une idée de ce qui serait vu comme étant souhaitable de la part d’un procureur de l’État.

Prenons un premier cas et qui sert d’ailleurs d’illustration à un auteur américain pour discuter de l’existence de ces devoirs supérieurs⁵⁷.

Dans cet article, l’auteur présentait le cas d’un avocat d’une commission des droits de la personne qui avait entrepris un recours au bénéfice d’une personne congédiée apparemment pour des motifs raciaux. La loi dans ce cas pouvait se comparer au régime que nous avons au Québec. Il s’agissait donc, en application de cette loi visant à contrer la discrimination, d’obtenir au bénéfice de la victime une indemnisation de la part de l’employeur fautif.

L’avocat chargé du dossier, après l’interrogatoire de témoins, en arrivait à suspecter que le témoignage de la victime était faux.

56. Steven BERENSON, « Hard Bargaining on Behalf of the Government Tortfeasor : A Study in “Government Lawyers Ethics” », (2005) 56 *Case W. Res. L. Review* 345.

57. B.A. GREEN, « Must Government Lawyers “Seek Justice” in Civil Litigations ? », précité, note 51.

Si l'avocat, dans un tel cas, considère qu'il agit comme un avocat représentant une partie civile, l'auteur de l'article est d'avis que cet avocat peut se dire que ce n'est pas à lui qu'il appartient de remettre en cause la version de la personne qu'il représente et que son mandat serait plutôt au contraire de soutenir la thèse de celle-ci et qu'il reviendra éventuellement au juge de trancher.

L'avocat de l'État peut-il ou doit-il se dire la même chose ? Comment agir correctement s'il est convaincu que la version de la présumée victime est fausse et que la continuation de cette poursuite risque de conduire à une injustice ?

La discussion que fait ensuite l'auteur montre que la réponse à ce genre de questions n'est pas nécessairement évidente.

Au-delà du fait que l'avocat peut sûrement être assez mécontent du fait qu'on l'aurait induit en erreur et d'avoir formé un recours mal fondé parce qu'il a cru la version qu'on lui présentait, l'auteur de l'article indique qu'il faut quand même que cet avocat se demande, avant d'aller plus loin, s'il a raison de croire que la personne qu'il représente ne dit pas la vérité et que ce serait plutôt les autres témoins qui auraient effectivement raison. Évidemment, il a rediscuté avec sa cliente de la version des autres témoins et cette dernière lui a réitéré qu'elle disait bien la vérité. Il reste convaincu que cette dernière n'est pas sincère.

L'auteur de l'article continue en disant que si l'avocat considère que son rôle est assez semblable au rôle de tout avocat, il peut effectivement concevoir que ce n'est pas à lui de trancher et que son opinion personnelle concernant la crédibilité de la victime n'est pas celle qui compte vraiment mais bien plutôt celle du juge.

Cette attitude n'est pas indéfendable.

Par contre, dans l'article dont il est question, l'avocat fait plutôt le choix de se désister de la poursuite, et ceci malgré les protestations de la personne concernée, étant convaincu que cette poursuite s'avère injuste. En agissant ainsi, l'auteur dit que l'avocat moule alors son action sur ce qu'un procureur de la Couronne ferait, soit de retirer des accusations lorsqu'il se rend compte que la poursuite n'est pas justifiée et qu'il y aurait injustice à aller plus loin.

On peut trouver un certain appui à cette dernière façon de faire dans un commentaire du Code de déontologie du Barreau américain.

Cette citation qui est assez longue mérite d'être reprise dans son entier puisqu'elle semble le seul texte que l'on peut trouver dans les divers codes de déontologie qui touche assez en détail aux questions qui nous intéressent ici, soit les devoirs des avocats agissant pour l'État. On peut y lire ceci :

A government lawyer who has discretionary power relative to litigation should refrain from instituting or continuing litigation that is obviously unfair. A government lawyer not having such discretionary power who believes there is lack of merit in a controversy submitted to him should so advise his superiors and recommend the avoidance of unfair litigation. 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.⁵⁸

On doit cependant mentionner que ce texte est essentiellement un commentaire explicatif. Les « commentaires » dans ce code important aux États-Unis que constituent les *Model Rules* sont en fait une indication de ce qui devrait être fait par les avocats et ne représentent pas l'énoncé de devoirs pouvant faire l'objet de plaintes disciplinaires.

À la fin de son article, l'auteur en arrive à la conclusion que l'avocat a adopté la position qu'il avait l'obligation avant tout de « rechercher la justice » et qu'il était justifié dans les circonstances de demander le retrait de la poursuite malgré les objections de l'employée.

Il n'est très certainement pas évident de trancher ce genre de dilemmes et la réponse appropriée ne coule pas de source.

D'ailleurs, une auteure va plutôt suggérer que l'avocat du Gouvernement n'aurait pas, dans un contexte comme celui-ci, à adopter une attitude différente de celle de l'avocat de pratique privée⁵⁹.

58. *ABA Model Code of Professional Responsibility*, Canon 7, commentaire 7-14. Le Model Code est composé de « canons » qui sont les grandes règles, et qui sont suivis de « ethical considerations » et de « disciplinary rules ». Dans le préambule on dit ceci : « The Ethical Considerations are aspirational in character and represent the objectives towards which every member of the profession should strive. » Quant aux *Disciplinary Rules*, elles sont obligatoires (*mandatory*).

59. Catherine J. LANCTOT, « The Duty of Zealous Advocacy and the Ethics of the Federal Government Lawyer : The Three Hardest Questions », (1991) 64 *Southern California Law Review* 951, texte repris dans Thomas B. METZLOFF, *Professional Responsibility Anthology*, Anderson Publishing Co., 1994, p. 122 à 128, p. 125.

En examinant les articles concernant la question des obligations des avocats de l'État, même s'ils sont peu nombreux, nous y trouvons des exemples intéressants qui permettent de poursuivre la réflexion sur l'intensité des devoirs qu'auraient les avocats du Gouvernement.

Par exemple, on y présente le cas suivant : l'avocat du Gouvernement, dans une poursuite civile dans laquelle l'État est demandeur, se rend compte que le recours qu'il a entrepris serait prescrit et il voit bien que l'avocat en défense ne l'a pas constaté⁶⁰.

La question que l'on pose alors est de savoir si, connaissant cette situation, l'avocat du Gouvernement peut quand même tenter de négocier un règlement, sans dévoiler que le recours est prescrit.

Le Comité de déontologie de l'American Bar Association, saisi de ce problème, émettait une opinion selon laquelle les devoirs de l'avocat du Gouvernement dans un tel contexte ne sont pas différents de ceux des autres avocats, et que l'avocat du Gouvernement ne commettrait aucune infraction en tentant d'en arriver à un règlement favorable à l'État⁶¹.

Par contre, le comité prenait soin de mentionner que cette opinion devait être lue en fonction uniquement des règles de déontologie donnant ouverture à des sanctions disciplinaires. Cela en limite donc la portée.

Un troisième exemple assez proche du précédent montre encore que les questions auxquelles peuvent être confrontés les avocats de litige du Gouvernement peuvent ne pas être nécessairement simples à solutionner.

L'exemple dont il est question est le suivant : par suite d'une décision d'une commission administrative, l'avocat du Gouvernement, alors qu'il discute avec l'autre avocat, se rend compte que ce dernier fait une erreur dans le calcul des délais dont il dispose pour entreprendre le recours en révision qu'il envisage. L'avocat du Gouvernement est conscient que la demande de révision serait bien fondée dans les circonstances.

60. B.A. GREEN, « Must Government Lawyers "Seek Justice" in Civil Litigations ? », précité, note 51.

61. American Bar Association, *Committee on Ethics and Professional Responsibility*, Formal Opinion 387 (1994).

La question qui se pose est de savoir si l'avocat du Gouvernement doit corriger l'erreur que s'apprête à faire son confrère. Notons que cette situation est différente de celle où, en présence du cas où le délai aurait déjà été dépassé on soulèverait ce point pour demander le rejet de la demande. Ici, le délai n'est pas encore écoulé.

En fait, la question qui se pose consiste à se demander si l'avocat du Gouvernement a envers l'avocat de la partie adverse l'obligation de corriger la méprise que ce dernier s'apprête à faire. On peut également se poser la question de savoir si envers son client, l'État, il n'aurait pas plutôt l'obligation de ne pas aider la partie adverse.

Encore une fois, un questionnement de ce genre s'inscrit dans le débat entre la vision du rôle que doit avoir l'avocat au service de l'État. Doit-il être entièrement dédié aux intérêts de son service, de son ministère ou de l'organisme gouvernemental qui l'emploie ? Son rôle est-il de faire gagner son client ou plutôt, comme avocat et comme fonctionnaire n'a-t-il pas, même en situation de litige, à faire prévaloir la justice, l'État ne pouvant en principe être injuste envers les citoyens ?

Pour essayer de répondre à ce dernier exemple, on peut encore une fois regarder les solutions qui ont été envisagées aux États-Unis et elles sont loin d'aller toutes dans la même direction. En effet, dans un contexte factuel assez similaire, un comité de déontologie d'un Barreau américain concluait que l'avocat pouvait informer son confrère de l'erreur que celui-ci s'apprêtait à commettre mais qu'il n'était pas obligé d'agir ainsi⁶². Par contre, dans une situation semblable, la Cour d'appel de l'État de Washington en arrivait à la conclusion que l'avocat du Gouvernement n'avait pas l'obligation d'avertir la partie adverse d'un défaut de se conformer à une règle de procédure⁶³.

Où tout cela nous amène-t-il ?

La première constatation qui peut être faite est que si l'avocat du Gouvernement, dans ces exemples, considère que son rôle de plaideur s'apparente fortement à celui de ses collègues de la pratique privée, les auteurs vont dire qu'il va nécessairement avoir tendance à mouler sa conduite sur ce qu'il connaît et sur ce qu'il a appris à

62. N.Y. State Bar Association, *Committee on Professional Ethics*, opinion 728 (2000).

63. *Lybbert c. Grant County*, 969 P.2d 1112, 1115 (Wash. Ct. App. 1999), citée dans B.A. GREEN, précité, note 51.

l'université ou dans une carrière antérieure en pratique privée et qu'il va considérer qu'il n'a pas, en qualité d'avocat du Gouvernement, de devoirs différents de ceux des autres plaideurs.

Si, au contraire, l'avocat du Gouvernement voit son rôle comme étant plus proche de celui des procureurs de la Couronne que de celui des plaideurs en général, il est fort possible que les réponses qu'il apportera aux questions précédentes ne seront pas nécessairement les mêmes, sauf qu'il n'existe pas pour le guider le même cadre qui s'est développé chez les procureurs de la Couronne.

Maintenant est-il possible de trouver des appuis réels à cette conception du rôle des plaideurs du Gouvernement comme étant davantage proche de celui des procureurs de la Couronne que de celui de l'avocat en général ?

Les auteurs affirment qu'on peut trouver dans les codes de déontologie et dans des décisions émanant des tribunaux, mais aussi dans les règles de gouvernance des gouvernements, des éléments permettant d'appuyer fortement cette idée. Ils réfèrent aux divers énoncés et déclarations de l'État concernant les devoirs de l'État et de ses fonctionnaires envers les citoyens, comme par exemple pour nous au Québec, la Déclaration de valeurs de l'administration publique de 2002.

On va plaider qu'il serait inconvenant que ces engagements de l'État soient mis de l'avant par l'État et par l'ensemble de ses fonctionnaires, mais qu'ils ne le soient pas par ses propres avocats.

En effet, on peut invoquer que les plaideurs ne sont pas seulement des avocats dont le client serait l'État mais qu'ils sont aussi des membres de la fonction publique et qu'à ces deux niveaux, ils ont d'importants devoirs envers tous les citoyens, devoirs qui devraient faire en sorte de ne pas pouvoir traiter la partie adverse comme étant un simple « adversaire ».

Est-ce à dire que les obligations des procureurs civils du Gouvernement seraient tout à fait comparables à ceux des procureurs de la Couronne ?

Probablement que ce serait aller trop loin. Un auteur⁶⁴ nous apporte à cet égard des nuances qui me semblent tout à fait pertinentes.

64. B.A. GREEN, précité, note 51, p. 279.

tes. Il affirme que le devoir des plaideurs du Gouvernement de rechercher la justice ne serait pas nécessairement, dans le contexte des litiges civils, tout à fait similaire ou de même niveau que celui qui doit guider les procureurs de la Couronne, mais que cela signifierait quand même qu'ils auraient des devoirs différents de ceux auxquels sont tenus les praticiens privés.

Il indique que la différence serait la suivante :

It will be a difference in how government lawyers approach decisions concerning the objectives of the litigation or the means by which to accomplish them. The duty to "seek justice" may also imply specific professional obligations designed to make it more likely that, where the government is a party, the outcome of the litigation is just and the process is fair.

L'auteur canadien Mackenzie ajoute un commentaire intéressant qui va tout à fait dans le même sens en disant que les citoyens ont droit à ce que le Gouvernement agisse envers eux avec équité et que cette confiance envers le Gouvernement serait érodée si ses avocats utilisaient devant les tribunaux des tactiques mesquines, excessivement agressives ou s'ils tendaient des pièges⁶⁵.

En ce sens, comme de nombreux auteurs, il affirme que les avocats du Gouvernement ne devraient pas se servir de ce que l'on appelle en anglais des « hard ball litigations tactics ». Il ajoute cependant que cela ne devrait pas non plus être toléré de la part de n'importe quel avocat.

Il conclut que dans toutes les causes civiles, l'État doit rester juste, équitable et modéré et que, par conséquent, l'avocat qui agit pour le Gouvernement doit nécessairement agir dans ce sens.

On peut essayer en terminant de dresser une liste de ce que pourraient au quotidien être les obligations des plaideurs en fonction de tout ce que nous venons de dire :

- Obligation de très grande franchise envers le tribunal ;
- Intégrité ;

65. Gavin MACKENZIE, *Lawyers and Ethics*, Carswell, 1993, feuilles mobiles, chapitre 21, p. 21-1 et s.

- Mesure dans les arguments et en toute chose ;
- Respect envers le tribunal et toutes les personnes présentes au procès y compris l'adversaire ;
- Collaboration avec l'avocat adverse ;
- Éviter tout genre de tactique qui est inutilement agressive visant à piéger ou à déstabiliser l'adversaire.

Un article particulièrement intéressant⁶⁶ en énumère d'autres :

- Obligation de n'entreprendre que des poursuites qui s'avèrent fondées sur des assises extrêmement solides ;
- Devoirs importants de franchise et de transparence tant envers la cour qu'envers la partie adverse ;
- Devoir d'assurer que la partie non représentée par avocat ait droit à un procès équitable ;
- Éviter de se servir de la discrétion dont ils peuvent disposer pour agir injustement envers la partie adverse.

Je pense que cette énumération des devoirs des plaideurs du Gouvernement correspond bien, d'une part aux attentes que les juges, les avocats et le public ont à leur endroit. Cela correspond également à la façon dont les avocats du Gouvernement qui plaident des procès perçoivent leur rôle : pas tout à fait comme des procureurs de la Couronne mais avec une responsabilité presque semblable de favoriser la justice et en se sentant l'obligation d'agir de façon tout à fait irréprochable.

Voyons ce qu'on peut dire maintenant au sujet des conseillers juridiques.

C. Les conseillers juridiques

Ce groupe d'avocats est important dans une organisation comme un gouvernement. Les fonctions que les conseillers juridiques

66. Neil M. PERETZ, « The Limits of Outsourcing : Ethical Responsibilities of Federal Government Attorneys Advising Executive Branch Officials », (2006) 6:1 *Connecticut Public Interest Law Journal* 23.

occupent sont variées et il n'est pas nécessaire de les voir plus en détail, notre propos étant essentiellement les devoirs déontologiques qui peuvent les concerner plus spécifiquement.

Évidemment, le contexte normal de leur travail qui consiste à répondre à des demandes d'opinions juridiques n'implique pas nécessairement qu'on va y retrouver continuellement des difficultés au point de vue de l'éthique. C'est évident. Ce qui va donc nous intéresser, ce sont nécessairement les situations particulières qui peuvent soulever des questions de déontologie.

En effet, œuvrant pour un organisme aux fonctions aussi importantes et complexes que l'État, on peut penser que des situations plus difficiles risquent de survenir et vont forcer l'avocat à s'interroger sur ses obligations déontologiques.

Ce pourrait être le cas lorsque les opinions juridiques qui sont demandées portent sur des questions controversées ou dont les conséquences peuvent être importantes pour le Gouvernement ou pour la population ou encore celles qui peuvent comporter une dimension politique particulière.

De manière générale, les auteurs qui se sont intéressés au rôle des avocats qui agissent comme conseillers juridiques de l'État vont tenir à souligner que ces avocats ont également des responsabilités importantes en raison du fait que les conclusions juridiques auxquelles ils vont arriver ne sont pas nécessairement soumises à la critique ni confrontées à d'autres opinions, comme c'est le cas pour le plaideur dont l'argumentation fera l'objet d'une réplique en règle de la part de l'adversaire, le juge ayant ensuite à décider laquelle, entre les deux thèses opposées qui lui sont soumises, il va retenir.

Par contre, dans le cas du conseiller juridique, celui à qui l'opinion juridique est donnée agira en se fondant sur ce que son conseiller juridique lui aura dit être la position juridique à adopter, en regard de l'état du droit. Il s'agit d'une responsabilité importante, cela va sans dire.

Les commentateurs vont dire que, dans le contexte de l'administration publique, cette responsabilité particulière qu'implique le statut d'expert en matière de droit impose des obligations déontologiques importantes dont la première serait de faire preuve de la plus grande compétence. Ils vont aussi s'interroger sur le rôle exact que

devraient avoir les conseillers juridiques au service de l'État ainsi que sur la conception que ceux-ci devraient avoir de leur rôle.

En effet, leur rôle doit-il simplement consister à faire connaître la règle de droit ou devrait-on considérer plutôt que les fonctions de conseillers juridiques impliquent aussi l'obligation d'émettre des avis sur l'à-propos du projet ou de l'action au sujet desquels on les a consultés ou même sur la légitimité ou la moralité de ce qui est envisagé ?

Dans certains autres articles, on pose autrement la question du rôle que devrait avoir le conseiller juridique de l'État. Deux idées principales sont émises. La première voulant que le rôle du conseiller juridique soit d'essayer de trouver tous les arguments juridiques possibles pouvant favoriser les objectifs recherchés par celui qui demande l'assistance de son conseiller juridique pour faire avancer un projet.

L'autre position irait plutôt dans le sens contraire et dirait que le conseiller juridique devrait non pas nécessairement développer les seuls arguments de droit qui peuvent favoriser l'orientation que souhaite prendre celui qui sollicite son avis mais plutôt émettre un avis reflétant la « meilleure » interprétation possible de la loi.

En ce sens, il s'agit là d'une conception plus neutre du rôle que devrait avoir un conseiller juridique et qui impliquerait que le but à atteindre serait réellement la recherche de l'interprétation la plus plausible d'une difficulté juridique, c'est-à-dire celle à laquelle un tribunal en arriverait vraisemblablement s'il était saisi de la question.

Cela nous ramène d'une certaine façon à la question du début, soit qui est réellement le client ?

En effet, si on considère que c'est le service dans lequel le juriste travaille, la vision qu'on en aura alors ne sera pas nécessairement la même que si on considère que le client serait l'État dans son entier, ou en fait l'intérêt public.

Lequel de ces deux rôles est le bon ?

On peut peut-être trouver un début de réponse en regardant du côté des conseillers juridiques d'entreprise qui, comme on l'a vu, partagent avec les juristes de l'État la problématique associée au fait d'œuvrer pour une organisation et dont on a davantage remis en

question le rôle qu'ils occupaient dans une organisation à cause malheureusement du contexte des scandales financiers dont il a été question précédemment et qui a attiré sur eux l'attention et suscité une réflexion sur le rôle qu'ils devraient jouer au sein de leur organisation.

En effet, on a adressé à ces avocats le reproche de ne pas avoir rempli le rôle de « chien de garde » de la légalité des opérations des entreprises dont ils étaient les conseillers juridiques. Les obligations qu'on leur a imposées de dénoncer les situations illégales qu'ils constatent au sein de leur organisation, confirment qu'ils auraient réellement à jouer un rôle de garant de la légalité au sein de l'entreprise.

Plusieurs ont même affirmé que l'avocat de l'entreprise avait le rôle d'être la conscience de l'organisation. Est-ce qu'on devrait dire la même chose des conseillers juridiques de l'État ? C'est peut-être difficile de l'affirmer catégoriquement, mais on ne peut certainement pas rejeter totalement cette idée du revers de la main. Un article américain bien structuré en faisait récemment la promotion⁶⁷.

Évidemment, le conseiller juridique dans le contexte gouvernemental ne sera pas nécessairement confronté aux mêmes types de problèmes qui peuvent se produire dans les organisations commerciales, mais on peut penser que des problèmes difficiles de déontologie peuvent sûrement se rencontrer dans le contexte de l'organisation étatique et qui, tout comme dans le cas de l'avocat d'entreprise vont confronter l'avocat à la question de devoir déterminer où doit aller sa loyauté.

Un intéressant article américain donne une très bonne illustration de tout ce qu'on vient de voir⁶⁸. L'exemple que l'on y donne est celui d'un jeune avocat du ministère de la Justice qui se fait demander si certaines mesures impliquant l'usage de la force sont permises lors de l'interrogatoire d'un prisonnier.

Notons que cet exemple tire en fait son origine d'une situation qui s'est réellement produite puisque cette question de la torture et des avis juridiques donnés par les avocats du Gouvernement améri-

67. « Government Counsel and Their Obligations », (2008) 121 *Harvard Law Review* 1410 (dans cette revue, les articles intitulés « Notes » ne mentionnent pas l'auteur).

68. N.M. PERETZ, « The Limits of Outsourcing : Ethical Responsibilities of Federal Government Attorneys Advising Executive Branch Officials », précité, note 66.

cain avaient donné lieu il y a quelques années à un important débat sur la place publique. On critiquait sévèrement le rôle qu'avaient tenu des avocats du Gouvernement à qui on adressait le reproche d'avoir été complaisants et d'avoir émis les avis juridiques souhaités par l'administration, sans examiner suffisamment les arguments juridiques qui s'y opposaient, ni s'interroger sur la justification ou la moralité du recours à de telles mesures. C'est à ce niveau que cet exemple est particulièrement intéressant.

Dans cet article, on dit que le jeune avocat dont on sollicite l'avis commence d'abord par se demander si la demande que lui adresse l'administration est motivée par le désir de se doter d'une politique qui soit compatible avec la loi ou au contraire parce qu'on veut se mettre à l'abri des critiques futures en disant avoir reçu une opinion favorable des juristes. D'une façon ou d'une autre, il est conscient que son opinion risque d'avoir des répercussions.

L'article ajoute que ce jeune avocat aimerait bien faire sa marque dans l'administration et il est conscient que l'administration souhaiterait pouvoir tenir des interrogatoires musclés. Au surplus, il partage personnellement les vues de son administration à l'égard de l'importance de faire une lutte intensive au terrorisme international.

S'interrogeant sur la façon d'aborder la question, il se demande quel est réellement son rôle à titre de conseiller juridique : s'agit-il d'un rôle qui consiste strictement à donner des opinions sur le droit sans critiquer ce que l'administration se propose de faire et encore moins de juger de la moralité des choix du Gouvernement ?

Il se demande si sa tâche est de trouver des arguments juridiques pour l'administration qui souhaite aller de l'avant ou si son rôle de conseiller juridique serait plutôt de proposer ce qui devrait être la meilleure interprétation possible du droit.

Cela ramène jusqu'à un certain point au questionnement que l'on avait au départ : l'avocat, à titre de conseiller juridique, est-il au service de son supérieur immédiat, de l'administration ou encore doit-il considérer qu'il doit d'abord servir l'intérêt public ?

Dans l'article dont est tiré cet exemple, l'auteur va conclure que les obligations éthiques de l'avocat sont effectivement de faire ressortir non seulement les arguments juridiques qui peuvent appuyer la position de l'administration mais aussi tous les aspects juridiques qui peuvent aller dans le sens contraire.

L'auteur ajoute même qu'il serait du devoir du conseiller juridique de faire connaître les doutes qu'il a sur le bien-fondé de ce que l'administration veut faire et ceci dans le but d'éviter que ne se produisent les conséquences néfastes qu'il entrevoit si l'administration va de l'avant.

Est-il clair que les conseillers juridiques ont un tel rôle de chien de garde ? La réponse n'est pas évidente mais cet exemple permet d'illustrer quels sont les devoirs déontologiques les plus importants pour ceux qui occupent cette fonction.

En premier lieu, comme on l'a déjà mentionné, le devoir le plus important serait celui d'agir avec compétence. On doit ajouter immédiatement après les obligations d'intégrité et d'indépendance qui, comme l'exemple plus haut le fait voir, sont primordiales.

En terminant, il convient de dire qu'il est évident que le conseiller juridique ne doit pas toujours agir de la même façon et que dans certaines circonstances, il sera approprié qu'il cherche essentiellement les arguments aptes à soutenir la position que souhaite l'administration alors que dans d'autres cas, au risque de déplaire, il pourra être nécessaire de suggérer à son interlocuteur de s'abstenir de faire ce qu'il envisage.

Cela demande de se souvenir que le client n'est pas nécessairement toujours l'interlocuteur qui s'adresse à lui. Les valeurs éthiques de l'avocat que sont l'indépendance et l'intégrité impliquent que les conseillers juridiques doivent mettre d'abord leur expertise au service de l'intérêt public.

D. Les légistes

Il s'agit d'un groupe d'avocats dont les traités généraux d'éthique ne parlent pas. On constate qu'il y a très peu de choses qui ont été écrites à leur sujet et sur les questions de déontologie qui pourraient les concerner⁶⁹.

69. Robert J. MARCHAND, « Representing Representatives : Ethical Considerations for the Legislature's Attorneys », (2003) *N.Y.U.J. Legis & Pub.* 437 ; Beverley G. SMITH, *Legal Ethics and the Legislative Drafter*, Institut canadien d'administration de la justice, *Les nouvelles perspectives en rédaction législative*, Conférence nationale 9-10 septembre 2004 ; Deborah MACNAIR, *Ethics and Drafting*, même conférence ; Louis SORMANY, *L'éthique au service du légiste québécois*, même conférence.

Dans les rares textes dans lesquels on parle d'eux, on souligne évidemment qu'ils jouent un rôle important dans le développement des lois et dans leur adoption et on ajoute que les conséquences de leurs travaux peuvent être importantes. En effet, une loi mal rédigée ou ambiguë risque de coûter cher à l'État et aux citoyens qui doivent composer avec celle-ci.

Voici ce qu'on dit d'eux aux États-Unis :

Legislative drafting is one particular area, which has been insufficiently examined. Legislation has significant impact on societal growth, and control over legislative expression, exercised to a considerable extent by lawyers, needs to be examined in a responsible way. Although the number of lawyers acting as legislative drafters is small compared to those engaged in private practice, the impact of their ultimate product may be disproportionate. Yet, little attention or guidance is afforded these aspects of the legal system and lawyers activities.⁷⁰

Que peut-on dire de leurs devoirs éthiques particuliers ?

On dit d'abord qu'en raison de la position de confiance qu'ils occupent, il est important que ces juristes observent des standards d'éthique élevés.

On souligne qu'ils ont principalement des devoirs d'honnêteté, d'intégrité, de loyauté et de compétence.

Dans le cadre d'un panel au Nouveau-Brunswick on soulignait que leur devoir principal était celui d'être particulièrement compétent en raison des conséquences importantes que peut avoir leur travail.

On va ajouter aussi à leur sujet que, au même titre que les procureurs de la Couronne, il est essentiel qu'ils fassent preuve d'indépendance⁷¹.

On leur prête aussi l'obligation, plus qu'à tous les autres avocats au service de l'État, d'être non partisans.

En effet, on va dire que leur rôle particulier implique de considérer qu'ils ont pour mission première de traduire correctement dans

70. Roger PURDY, « Professional Responsibility for Legislative Drafters : Suggested Guidelines and Discussion of Ethics and Role Problems », 11 *Seton Hall Legislative Journal* 67, cité par D. MACNAIR, voir note 5.

71. D. MACNAIR, *Ethics and Drafting*, précité, note 69, p. 4.

des projets de loi ou des textes réglementaires les politiques du Gouvernement et qu'à cet égard, même s'ils sont en désaccord avec les mesures proposées, ils sont tenus de tout faire pour bien les transposer dans des textes législatifs efficaces. C'est revenir là au rôle essentiel de l'avocat fiduciaire des intérêts de son client.

Le légiste peut parfois avoir des problèmes de conscience en ayant à refléter par la meilleure rédaction possible des décisions politiques que lui-même ne partagerait pas. Par exemple, les législations sur le mariage des personnes de même sexe, l'avortement, le suicide assisté, les lois spéciales en matière de relations de travail peuvent sûrement servir à illustrer la difficulté.

En tant que légiste, la vision personnelle de l'avocat doit céder le pas devant l'intérêt du Gouvernement. On peut ajouter à ce dernier point le dilemme que peut présenter parfois le devoir de transcrire correctement les objectifs et la vision des décideurs et l'obligation de s'assurer que les idées même les meilleures ou encore celles auxquelles tient le plus l'administration ne viennent pas en conflit avec les chartes.

En fait, ce groupe d'avocats ferait face en grande partie aux mêmes contraintes et aux mêmes difficultés éthiques que celles que rencontrent les conseillers juridiques et qui peuvent les obliger à faire preuve de l'indépendance requise pour mettre de l'avant la règle de droit. À cet égard, tout comme pour les conseillers juridiques, il n'y a vraiment pas de place pour la complaisance.

CONCLUSION : Comment tout cela peut-il se regarder dans le contexte de l'administration publique ?

Quelles sont maintenant les réflexions qui nous viennent après ce survol des questions concernant les questions de déontologie propres aux juristes de l'État ?

Le premier constat que l'on peut faire est que ce groupe d'avocats que constituent les juristes de l'État exerce sa profession dans un contexte très particulier. L'État, en effet, n'est pas un client ordinaire et être à son service impose des responsabilités particulières.

Le deuxième constat est que les écrits et les réflexions traitant des questions de déontologie concernant les avocats du Gouvernement sont très peu nombreux au Canada et évidemment aussi au

Québec. C'est dommage et cela fait en sorte de laisser dans l'ombre et malheureusement assez méconnus les problèmes de déontologie que peuvent rencontrer les juristes de l'État.

Le troisième constat est que les dispositions concernant les avocats œuvrant pour une organisation, je pense aux articles 3.05.17 et 3.05.18 de notre *Code de déontologie*, qui sont les seuls touchant spécifiquement les avocats d'organisations, ne me semblent pas correspondre réellement à des problèmes rencontrés par les juristes de l'État.

Le dernier constat que j'ai pu faire est que tous les avocats de l'État, même si c'est un peu moins vrai pour les procureurs de la Couronne, effectuent leur travail généralement loin des médias et loin des controverses publiques.

Est-ce à dire que les juristes de l'État ne rencontrent pas de problèmes de déontologie difficiles à résoudre ? Je ne le pense pas. Ce que l'on peut seulement constater, c'est le fait que ces difficultés sont peu connues et je pense qu'il serait utile de s'y intéresser.

En ce sens, il serait important d'identifier plus précisément quelles sont les inquiétudes et les préoccupations déontologiques des juristes de l'État ainsi que les dilemmes auxquels ils peuvent avoir à faire face en tant qu'avocats et membres du Barreau.

À mon avis, des efforts importants devraient être faits pour mieux explorer la déontologie dans le contexte particulier de l'exercice de la profession d'avocat au sein de l'État.

J'espère seulement que ce texte sera une amorce de réflexion sur le sujet et que se développera un intérêt des chercheurs afin que soient mieux comprises les particularités de l'exercice du droit au service de l'État et mieux connues les difficultés que cela présente pour un avocat et ainsi aider à y trouver des réponses.

Malheureusement très peu d'attention a été portée à ce groupe d'avocats dans les écrits juridiques, probablement parce que ceux qui le constituent, les juristes de l'État, exercent le plus souvent leur profession de façon discrète et loin des feux de la rampe. Cette absence de textes les concernant est dommage, compte tenu que ce groupe important en nombre de membres du Barreau occupent, et cela dit sans flatterie, des fonctions essentielles dans un État de droit comme le nôtre.