

La liberté des avocats et les garanties de l'exercice des droits de la défense

Richard Wagner

Volume 33, Number 4, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027412ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027412ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Wagner, R. (2003). La liberté des avocats et les garanties de l'exercice des droits de la défense. *Revue générale de droit*, 33(4), 635–655.
<https://doi.org/10.7202/1027412ar>

La liberté des avocats et les garanties de l'exercice des droits de la défense*

RICHARD WAGNER¹

Avocat associé, Lavery, de Billy, Montréal

SOMMAIRE

I.	La reconnaissance de l'indépendance et de la liberté des avocats en tant que fondements d'un système judiciaire démocratique ...	636
A.	L'émergence de l'indépendance et de la liberté des avocats en Angleterre, en France et aux États-Unis	636
B.	L'émergence de l'indépendance et de la liberté des avocats au Canada et au Québec.....	639
II.	Les garanties d'indépendance et de liberté inhérentes à la relation avocat-client.....	641
A.	Le droit à l'avocat et la liberté du client de choisir son avocat.....	641
B.	Le secret professionnel de l'avocat.....	643
C.	La limitation des perquisitions dans les cabinets juridiques	646
D.	La communication de la preuve en matières pénales, criminelles et disciplinaires	648
E.	Le droit de l'avocat de mener sa cause	650
III.	Les limites à l'indépendance et à la liberté de l'avocat.....	650
A.	Les moyens financiers limités de certains clients et l'insuffisance de l'aide juridique	650

* Présenté dans le cadre du XXVIII^e Congrès de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises (IDEF) sur le thème « Justice et droits de l'Homme », au Palais de Luxembourg (Sénat) à Paris du 6 au 8 mars 2003.

1. L'auteur tient à remercier M^e Odette Jobin-Laberge et M^e Raymond Doray qui ont participé à la rédaction de ce texte.

B. La tendance lourde à limiter les droits d'appel ou de révision judiciaire.....	651
C. L'outrage au tribunal.....	652
D. Les médias en tant que menace aux droits d'une partie	653
Conclusion	654

I. LA RECONNAISSANCE DE L'INDÉPENDANCE ET DE LA LIBERTÉ DES AVOCATS EN TANT QUE FONDEMENTS D'UN SYSTÈME JUDICIAIRE DÉMOCRATIQUE

A. L'ÉMERGENCE DE L'INDÉPENDANCE ET DE LA LIBERTÉ DES AVOCATS EN ANGLETERRE, EN FRANCE ET AUX ÉTATS-UNIS

D'un point de vue historique, l'autonomie des professions juridiques semble être directement reliée à l'émergence du libéralisme politique. C'est d'abord et avant tout parce que l'indépendance du Barreau et de ses membres a été jugée essentielle pour assurer le respect de la règle de droit (*rule of law*) ou pour faire contrepoids aux pouvoirs de l'État que les sociétés libérales ont progressivement reconnu ce principe. Dans certains cas, cette reconnaissance s'est manifestée *de facto*, c'est-à-dire par le comportement de l'État et plus particulièrement, du pouvoir exécutif, à l'égard du Barreau et des avocats. Dans d'autres sociétés, ce sont les tribunaux qui progressivement ont statué que le respect de la règle de droit, l'indépendance de la magistrature et la séparation des pouvoirs ne pouvaient s'accomplir qu'en présence d'un Barreau libre et indépendant². Enfin, il y a des juridictions qui ont plus ou moins consacré ce principe dans leurs lois voire même dans leur constitution ou leur charte des droits fondamentaux.

En Angleterre, il semble que la naissance d'un Barreau indépendant date du XIV^e ou du XV^e siècle alors que les *Inns of Court* ont été établis, sans intervention du Parlement ou du

2. T.C. HOLIDAY, L. KARPIK, *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism*, 1997, Clarendon Press-Oxford, aux pp. 20 et suivantes.

roi. Selon un auteur³, l'indépendance du Barreau dans ce pays n'aurait été remise en question que deux fois, à savoir sous le règne de Jacques II au XVII^e siècle et 300 ans plus tard, sous le gouvernement de Margaret Thatcher.

Après la Guerre civile anglaise et la restauration de Charles II, Jacques II a semble-t-il remis en question les prérogatives historiques des associations, dont le Barreau, auxquelles avaient antérieurement été accordée une certaine indépendance à l'égard de la Couronne. Le roi jugeait que ces *petites républiques* risquaient de se répandre à travers le royaume au point de compromettre l'existence d'un bon gouvernement. Mais la révolution qui a réinstallé sur le trône William et Mary et qui a donné lieu à l'adoption du *Act of Settlement*, en 1701, a fait en sorte qu'ont alors été rétablis les pouvoirs, les prérogatives et l'indépendance de ces corps intermédiaires. On admet depuis lors que ces principes font partie de la constitution non écrite de l'Angleterre.

Vers la fin du XX^e siècle, soit au cours des années 1980, le gouvernement conservateur de madame Thatcher a également cherché à réduire les pouvoirs des professions. Le Barreau anglais a réagi en faisant valoir qu'un pouvoir judiciaire indépendant est l'un des fondements de la démocratie britannique et que l'indépendance judiciaire ne peut survivre en l'absence d'un barreau autonome. Il faut néanmoins constater que pour la première fois, le gouvernement britannique a alors réussi à amener le Parlement à légiférer sur l'organisation de la profession juridique, ce qui avait été considéré comme intolérable pendant plusieurs siècles. Ces lois n'ont toutefois pas compromis l'essence même de l'indépendance du Barreau qui exerce toujours le contrôle et la surveillance de ses membres dans la fière Albion.

En France, il appert que les avocats ont participé à une remise en question des pouvoirs monarchiques au début du XVIII^e siècle. Selon Karpik⁴, le Barreau a été fidèle au Parlement non seulement parce que celui-ci exerçait à l'époque un pouvoir judiciaire mais également parce qu'il constituait un

3. M. BURRAGE, *Mrs. Thatcher Against the Little Republics : Ideology, Precedents and Reactions* dans T.C. HOLIDAY, L. KARPIK, précité, note 2, ch. 4.

4. L. KARPIK, *Les avocats entre l'État, le public et le marché*, 1995, Paris, Gallimard.

moyen de limiter le pouvoir absolu du roi. Dans cette perspective, les avocats ont à l'époque fait grève, et à certaines occasions, ils ont même complètement bloqué le système judiciaire pour embarrasser l'autorité royale.

Dans l'histoire de la France, on retrouve par la suite d'autres manifestations de l'autonomie du Barreau, notamment par un affranchissement progressif à l'égard des pouvoirs du Parlement ou du gouvernement. Rétabli sous Napoléon avec des pouvoirs diminués, le Barreau a progressivement regagné son autonomie à partir de 1870 et ce, sans relâche jusqu'à aujourd'hui.

Cette autonomie du Barreau français ne se limite pas au pouvoir de choisir des représentants et de réglementer la discipline des membres mais elle vise également la protection de ceux-ci à l'encontre des pouvoirs externes ainsi que la capacité des avocats de se mobiliser politiquement pour défendre leur statut⁵.

Aux États-Unis, à l'instar de leurs collègues d'Angleterre, les avocats ont joui d'une relative autonomie professionnelle jusqu'à la révolution américaine. Cette dernière a pour ainsi dire anéanti les corporations professionnelles autonomes qui n'ont revu le jour que vers 1870⁶. Par la suite, l'autonomie du Barreau a été considérée comme un des éléments essentiels de l'indépendance judiciaire et du droit à l'avocat.

Dans cette perspective, le Barreau américain a obtenu progressivement voix au chapitre pour la sélection des juges fédéraux comme il a pu faire reconnaître, notamment en s'appuyant sur le VI^e amendement de la Constitution américaine, que le droit à l'avocat inclut le droit à ce que ce dernier soit indépendant de l'État.

5. T.C. HOLIDAY, L. KARPIK, 1997, précité, note 2, p. 26.

6. M. BURRAGE, *Revolution as the Starting Point for the Comparative Analysis of the French, American and English Legal Professions* dans ABELL et LOUIS, vol. 3, cité dans HOLIDAY et KARPIK, précité, note 2, p. 28.

B. L'ÉMERGENCE DE L'INDÉPENDANCE ET DE LA LIBERTÉ DES AVOCATS AU CANADA ET AU QUÉBEC

Avant même que le Canada ne devienne un pays autonome à l'égard de la Couronne britannique, l'indépendance du Barreau a été consacrée dans les lois du Bas-Canada. Ainsi, en 1849, *The Act respecting the Bar of Lower Canada*⁷ mentionnait que le Barreau constituait une corporation habilitée à adopter les règles, les règlements et les ordonnances jugés nécessaires pour assurer la discipline et l'honneur de ses membres et pour réglementer l'admission des candidats à l'étude ou à la pratique du droit. Cette autonomie fonctionnelle du Barreau a par la suite été maintenue dans la législation applicable dans la province de Québec après la Confédération de 1867⁸.

Au Canada, les relations entre le Barreau, ses membres et l'État sont des questions qui relèvent du droit public et par conséquent, c'est la common law britannique qui a été la principale source de cette indépendance. En effet, le droit public canadien est d'origine britannique et ce, même dans la province de Québec, tandis que le droit civil en cette province est de tradition française et civiliste. Mais au fil du temps, des dispositions statutaires ont tantôt encadré, tantôt réitéré les pouvoirs et l'autonomie du Barreau.

Comme nous l'avons vu précédemment, l'indépendance du Barreau a toujours été considérée en Angleterre comme ayant des assises constitutionnelles. Or, le préambule de la *Constitution du Canada* mentionne que celle-ci repose sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni. La Constitution canadienne a donc indirectement consacré chez nous l'indépendance des avocats.

7. *Victoria*, chap. 46, art. 3.

8. *Acte pour l'incorporation du Barreau du Bas-Canada* (Statuts provinciaux du Canada 1849, 12 Vict., c. 46); *Acte concernant le Barreau du Bas-Canada* (S.R.B.-C. 1861, c. 72); *Acte concernant le Barreau de la Province de Québec* (S.Q. 1881, 44-45 Vict., c. 27); *Des professions libérales. Du Barreau de la province de Québec* (S.R.Q. 1888, titre X, c. 1), art. 3504 à 3600; *Des professions libérales. Du Barreau de la province de Québec* (S.R.Q. 1909, Titre X, c. 2), art. 4477 à 4567; *Loi du Barreau* (S.R.Q. 1925, c. 210); *Loi du Barreau* (S.R.Q. 1941, c. 262); *Loi du Barreau* (S.R.Q. 1964, c. 247); *Loi sur le Barreau* (L.R.Q., c. B-1).

Cela dit, outre la question du secret professionnel qui a été reconnue par la jurisprudence canadienne dès 1876⁹, il aura néanmoins fallu l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en 1982¹⁰, pour que les tribunaux affirment explicitement que la règle de droit et l'indépendance judiciaire, qui sont au cœur du constitutionnalisme canadien, ne sauraient avoir de signification véritable en l'absence d'un barreau indépendant. Dans l'une des premières décisions rendues par la Cour suprême du Canada, suite à l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹, le plus haut tribunal de notre pays a écrit que l'une des marques d'une société libre est l'indépendance du Barreau face à un État de plus en plus envahissant. Pour la Cour suprême, la réglementation des membres du Barreau par l'État doit, *dans la mesure où cela est humainement possible, être exempte de toute ingérence politique dans la fourniture de services aux citoyens, surtout dans les domaines du droit public et du droit pénal*. Du point de vue de l'intérêt public dans une société libre, il est des plus important, de dire la Cour suprême, que les membres du Barreau soient indépendants, impartiaux et accessibles et que le grand public ait, par leur intermédiaire, accès aux conseils et aux services juridiques en général.

Dans la même veine en 1989, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*¹², la Cour suprême du Canada écrivait ce qui suit :

Il est incontestable que la profession juridique joue un rôle très important et, en fait, un rôle d'une importance fondamentale dans l'administration de la justice tant en matière criminelle qu'en matière civile. Je n'essaierai pas de répondre à la question que soulèvent les décisions des tribunaux d'instance inférieure et qui consistent à savoir si le rôle de la profession juridique peut être qualifié de judiciaire ou de quasi judiciaire, mais je soulignerai qu'en l'absence d'une profession juridique indépendante, possédant l'expérience et les compétences

9. *Anderson c. Bank of British Columbia*, (1876), 2 Ch.d. 644 (C.A.).

10. 1982, c. 11 (R.U.) dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44, Annexe B.

11. *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, pp. 335-336.

12. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, pp. 187-188.

nécessaires à l'exercice de son rôle dans l'administration de la justice et le processus judiciaire, le système juridique en entier serait dans un état précaire. En l'exercice de ce que l'on pourrait appeler ses fonctions de nature privée, c'est-à-dire, en jouant le rôle de conseiller juridique et de représentant de clients devant les tribunaux judiciaires et autres, l'avocat se voit conférer de vastes pouvoirs non consentis aux membres d'autres professions libérales.

(...)

Peu importe la norme qu'on applique, ces pouvoirs et fonctions sont essentiels au maintien de l'ordre dans notre société et à l'application régulière de la loi dans l'intérêt de toute la collectivité.

Enfin, dans l'arrêt *R. c. Henry*¹³, la Cour d'appel du Québec a statué que *l'indépendance de l'avocat est un principe qui est au cœur même de notre système judiciaire contradictoire sans lequel il ne saurait offrir les garanties d'indépendance et de justice et remplir ainsi son irremplaçable rôle de maintien des libertés démocratiques et individuelles*. Pour la Cour d'appel, les règles de droit et d'égalité de tous devant la loi ne seraient plus assurées si les avocats ne pouvaient faire valoir les intérêts de leurs mandants et combattre la thèse opposée sans, en même temps, tenir compte des intérêts de tiers, notamment de l'État.

En somme, au Canada et au Québec, l'indépendance du Barreau et des avocats a des origines constitutionnelles mais ce sont principalement les tribunaux qui en ont assuré la reconnaissance en l'absence de texte explicite.

II. LES GARANTIES D'INDÉPENDANCE ET DE LIBERTÉ INHÉRENTES À LA RELATION AVOCAT-CLIENT

A. LE DROIT À L'AVOCAT ET LA LIBERTÉ DU CLIENT DE CHOISIR SON AVOCAT

La *Charte canadienne des droits et libertés* qui fait partie de la *Constitution du Canada* reconnaît à son article 10 qu'en

13. *R. c. Henry*, [1990] R.J.Q. 2455, p. 7 (C.A.).

cas d'arrestation ou de détention, toute personne a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit. La même règle est énoncée à l'article 29 de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*.

Il faut bien comprendre que ce « droit à l'avocat » s'applique essentiellement en matière pénale et criminelle, c'est-à-dire lorsqu'une personne est arrêtée ou détenue. Qui plus est, il ne s'agit pas véritablement de la reconnaissance du « droit à l'avocat » mais bien du « droit de recourir à un avocat », ce qui implique que l'État n'a pas l'obligation de fournir un avocat à la personne arrêtée ou détenue ou d'assumer ses frais juridiques. Cependant, si cette personne répond à certains critères socio-économiques, elle sera admissible à l'aide juridique, ce qui lui permettra de retenir les services d'un avocat de son choix, en autant que ce dernier accepte d'exécuter un mandat au tarif accordé par ce régime public d'assistance juridique.

Pour sa part, le droit du client de choisir son avocat ne reçoit aucune consécration constitutionnelle ou quasi constitutionnelle au Canada et au Québec. Ce sont d'abord et avant tout les règles du marché qui gouvernent le libre choix de l'avocat par le client. Cela dit, les tribunaux ont généralement reconnu que dans la mesure du possible, il fallait permettre au justiciable d'être représenté par l'avocat de son choix, en ce sens que les règles de procédure et de conflit d'intérêts ne doivent pas outre mesure faire obstacle à la volonté du justiciable. Dans la même veine, le *Code de déontologie des avocats de la province de Québec* prévoit d'ailleurs, à son article 3.05.02 que *l'avocat ne doit en aucune façon porter atteinte au droit d'un client de choisir son avocat*.

Dans cette perspective, le *Code de procédure civile* du Québec reconnaît clairement qu'une partie peut révoquer son procureur, à condition de lui payer ses honoraires et déboursés¹⁴. Ce n'est que lorsque l'autre partie s'oppose à cette révocation parce qu'elle en subit un préjudice que le juge sera appelé à intervenir¹⁵. Cependant, l'étude de la jurisprudence permet de constater qu'à moins d'indices leur permet-

14. *Code de procédure civile*, art. 252.

15. *Id.*, art. 253.

tant de croire que la substitution de procureur a pour but de retarder indûment l'audition de la cause, les tribunaux l'autorisent et accordent les remises nécessaires afin de permettre au nouveau procureur de se familiariser avec le dossier. On reconnaît même aujourd'hui que le fait de refuser à une partie le droit de retenir les services d'un nouveau procureur et ce, même en cours d'instance, peut, selon les circonstances, constituer une violation des règles de justice naturelle¹⁶.

Ce principe voulant que les justiciables aient le droit de choisir leur procureur est à ce point ancré dans nos mœurs juridiques que de manière systématique, les tribunaux le prendront en considération pour évaluer l'existence d'un conflit d'intérêts. À telle enseigne que lorsque les tribunaux canadiens et tout particulièrement la Cour suprême du Canada ont été appelés à déterminer s'il y avait un conflit relié à la représentation simultanée de plusieurs clients par un même avocat ou cabinet d'avocats, à trancher la question de savoir si un avocat pouvait agir contre un ancien client¹⁷ ou encore, à traiter du cas de l'avocat qui quitte un bureau pour se joindre à un autre alors que les deux cabinets en cause représentent des parties adverses, le libre choix de l'avocat par le client a toujours été un critère pris en considération¹⁸.

B. LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

L'expression, « faut-il le reconnaître », prête à confusion. Il s'agit plutôt du secret professionnel du client de l'avocat puisqu'il existe au profit de ce client.

La *Constitution du Canada* ne mentionne pas expressément que le secret professionnel de l'avocat est un droit fondamental auquel le législateur ne peut porter atteinte. Malgré ce silence, les tribunaux canadiens et ce, depuis plus de vingt ans, ont reconnu que le secret professionnel était un des principes fondamentaux de notre système de justice.

16. *Location Claude Toutait Inc. c. Commission de transport du Québec*, J.E. 86-721 (C.S.).

17. *R. c. Neil*, (2002) C.S.C. 70.

18. *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235.

En 1980, dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*¹⁹, notre Cour suprême a reconnu pour la première fois et de manière explicite que *le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client (...)*. Deux ans plus tard, dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*²⁰, le plus haut tribunal de notre pays a pris la peine de souligner que le secret professionnel de l'avocat n'était pas seulement une règle de preuve mais également une règle de fond. En d'autres mots, la règle du secret professionnel de l'avocat fait en sorte que ni lui ni son client ne peuvent être contraints à témoigner sur les confidences échangées dans le cadre de leur relation professionnelle (règle de preuve). De plus, à l'extérieur de l'enceinte des tribunaux, les tiers et plus particulièrement l'État et les forces policières, ne peuvent généralement chercher à connaître les confidences échangées entre l'avocat et son client (règle de fond), notamment en procédant à des perquisitions ou en interceptant des conversations téléphoniques.

Plus récemment, la Cour suprême du Canada a expliqué avec plus de détails les raisons qui l'ont amenée à reconnaître au secret professionnel de l'avocat une telle importance. Dans *R. c. Gruenke*²¹, la Cour indique que la protection des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que celles-ci sont essentielles au bon fonctionnement du système juridique. La Cour écrira quelques années plus tard que *le secret professionnel de l'avocat est fondé sur les besoins fonctionnels de l'administration de la justice*²².

Nos tribunaux ont également rattaché le secret professionnel de l'avocat à certains droits fondamentaux consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, entre autres au droit à une défense pleine et entière, au droit à l'assistance d'un avocat, au droit de l'accusé de ne pas s'incriminer et à la présomption d'innocence²³. Il a également été décidé que le droit au secret professionnel de l'avocat faisait partie du droit à la vie privée dont les sources constitutionnelles se trouvent

19. *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

20. *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

21. *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.

22. *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565.

23. *Jones c. Smith*, [1999] 1 R.C.S. 455.

dans les articles 7 (droit à la liberté auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale) et 8 (protection contre les fouilles et perquisitions abusives) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁴.

C'est justement parce que le secret professionnel de l'avocat est l'un des volets du droit à la vie privée que l'on peut soutenir qu'il reçoit aujourd'hui une protection constitutionnelle tant en matières pénales et criminelles qu'en matières civiles et ce, à l'encontre des interventions législatives ou exécutives de l'État.

Le secret professionnel de l'avocat souffre cependant d'un certain nombre d'exceptions qui ont été définies par les tribunaux eux-mêmes. Ces exceptions sont au nombre de trois à savoir que le secret professionnel peut être mis de côté :

- 1° lorsque l'innocence de l'accusé et son droit à une défense pleine et entière peuvent être établis par la divulgation de l'information autrement protégée par le secret professionnel²⁵;
- 2° lorsque le conseiller juridique participe à la commission de l'acte criminel avec son client²⁶ ou que le client utilise l'avocat pour commettre un acte criminel;
- 3° lorsqu'une ou plusieurs personnes identifiées ou identifiables voient leur vie ou leur sécurité menacée de manière imminente et que la violation du secret professionnel permettrait de leur porter secours²⁷.

Eu égard à la place centrale que le secret professionnel de l'avocat occupe dans notre système juridique, ce privilège ne peut être levé que lorsqu'il entre en conflit avec d'autres droits fondamentaux constitutionnellement protégés²⁸.

Toujours en ce qui a trait au secret professionnel de l'avocat, mentionnons en terminant qu'au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne* de cette province consacre formellement le droit au secret professionnel en tant que

24. *R. c. Brown*, (2002) C.S.C. 32; *Jones c. Smith*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Lavallée c. Canada*, (2002) C.S.C. 61.

25. *R. c. Dunbar et Doglan*, [1982] C.A. (Ontario); *Jones c. Smith*, [1999] 1 R.C.S. 455.

26. *Descôteaux c. Mierzewski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

27. *Jones c. Smith*, [1999] 1 R.C.S. 455.

28. *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445.

droit fondamental²⁹. Cependant, la charte québécoise en fait un droit relatif en édictant qu'une disposition expresse de la loi peut y contrevenir. À la lumière des arrêts de la Cour suprême du Canada précédemment mentionnés, on peut sérieusement se demander si ce *caveat* important qu'on retrouve dans la Charte québécoise des droits et libertés de la personne n'est pas contraire à la *Constitution du Canada*.

C. LA LIMITATION DES PERQUISITIONS DANS LES CABINETS JURIDIQUES

Nous l'avons vu, les tribunaux canadiens reconnaissent trois exceptions à la règle de la confidentialité des communications avocat-client. Le corollaire de ces exceptions c'est qu'il sera permis, dans certaines circonstances, aux policiers de procéder à une perquisition dans un bureau d'avocats. Mais encore là, les tribunaux ont sérieusement limité la marge de manœuvre des forces policières.

Avant les années 70, il y avait rarement des perquisitions dans les bureaux d'avocats au cours d'enquêtes criminelles. Mais depuis quelques années, on a assisté au Canada et aux États-Unis à la tendance consistant à employer des méthodes d'enquête plus agressives, dont la délivrance de mandats autorisant la perquisition dans des bureaux d'avocats pour chercher des éléments de preuve de crimes³⁰. Dans cette mouvance, le législateur canadien a adopté l'article 488.1 du *Code criminel* en 1985 pour dissiper certaines craintes manifestées par les avocats et pour instaurer une procédure permettant de faire sceller des documents afin d'assurer la protection du caractère confidentiel des communications avocat-client.

Récemment saisie de la question de la validité de cette procédure de perquisition, la Cour suprême du Canada a conclu que l'article 488.1 du *Code criminel* portait atteinte de façon plus que minimale au secret professionnel de l'avocat et qu'elle équivalait à une fouille, une perquisition ou à une saisie abusive, contrairement à l'article 8 de la *Charte cana-*

29. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 9.

30. L.H. BLOOM, JR., *The Law Office Search : An Emerging Problem and Some Suggested Solutions*, (1980), 69 G et O.L.J. 1.

dienne des droits et libertés. Pour la Cour suprême, le régime de perquisition mis en place dans le *Code criminel* n'est pas acceptable parce qu'il est susceptible de mettre en péril le secret professionnel de l'avocat³¹. À cette occasion, l'honorable juge Arbour de la Cour suprême a énoncé les lignes directrices que le législateur devra suivre pour qu'une perquisition dans un bureau d'avocats soit constitutionnellement valide :

- 1° Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat;
- 2° Aucun mandat de perquisition dans un bureau d'avocats ne peut être décerné non plus s'il existe d'autres solutions de rechange raisonnables;
- 3° Le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant pour ce qui est des communications entre client et avocat;
- 4° Sauf autorisation contraire du mandat judiciaire, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou saisis;
- 5° Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition et, lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, un représentant du Barreau devrait superviser la mise sous scellés et la saisie des documents;
- 6° L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux;
- 7° S'il est possible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la Cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège;

31. *Lavallée, Rachel et Heintz c. Canada*, (2002) C.S.C. 61.

- 8° Le Procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance et l'autorité poursuivante ne pourra examiner les documents uniquement que lorsqu'un juge aura conclu qu'ils ne sont pas privilégiés;
- 9° Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête;
- 10° Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la Cour.

D. LA COMMUNICATION DE LA PREUVE EN MATIÈRES PÉNALES, CRIMINELLES ET DISCIPLINAIRES

En matière pénale et criminelle, le droit à une défense pleine et entière que protège l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, fonde le droit de l'accusé d'être informé de tous les éléments de preuve dont dispose la poursuite³².

Le ministère public est donc tenu de communiquer à l'accusé tous les renseignements qui sont raisonnablement susceptibles d'avoir un effet sur son droit à une défense pleine et entière. Il doit le faire assez tôt pour laisser à l'accusé suffisamment de temps pour prendre les mesures qui ont un effet sur ses droits. À titre d'exemple, la poursuite doit aviser assez tôt avant le procès la personne accusée de conduite avec facultés affaiblies de la disponibilité d'un second échantillon de sang sur lequel on fonde l'accusation³³. De même, la poursuite devra divulguer intégralement le contenu des affidavits déposés à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique³⁴. De manière exceptionnelle, pour justifier une non-divulgaration préalable de la preuve à l'accusé, le ministère public devra démontrer que la divulgation causerait préjudice aux indicateurs, à des personnes innocentes ou aux autorités chargées d'appliquer la loi et que ce préjudice l'emporte sur les intérêts de l'accusé³⁵.

32. *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

33. *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451.

34. *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3.

35. *R. c. Durette*, précité, note 34; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281 et *R. c. Pearson*, J.E. 2002-1665 C.A.Q.).

L'omission pour le ministère public de s'acquitter de cette obligation de divulgation préalable peut entraîner un arrêt des procédures ou un autre redressement. La pertinence de ce remède sera déterminée en fonction de l'usage que la défense entend faire des renseignements³⁶.

Dans certains cas, on a même reconnu que l'obligation du ministère public de divulguer sa preuve à l'accusé inclut le dossier médical du plaignant. Si celui-ci a choisi de porter plainte, c'est qu'il acceptait que soit transmise à l'accusé l'information dont dispose le ministère public. Si le dossier est en mains tierces, l'accusé devra d'abord convaincre le juge qu'il est vraisemblable qu'il soit pertinent. Le juge devra alors examiner le dossier pour voir si tel est le cas et il pourra assortir l'ordonnance de divulgation de toute condition appropriée³⁷.

Cette obligation de la poursuite de communiquer la preuve à la partie adverse s'applique également en matière disciplinaire, notamment lorsque le syndic d'un ordre professionnel cite un membre de l'ordre devant le comité de discipline. Avant que la cause ne soit entendue par le comité de discipline qui exerce chez nous des pouvoirs quasi judiciaires, le syndic devra faire parvenir au professionnel ou à son avocat la preuve qu'il entend soumettre au tribunal³⁸.

En matière civile, la communication de la preuve entre la poursuite et la défense n'a pas de fondement constitutionnel. Par contre, on observe chez nous, depuis plusieurs années, une tendance lourde chez les juges d'exiger que les parties s'échangent à l'avance leurs rapports d'experts, leur preuve documentaire, leurs autorités jurisprudentielles, etc. Cette philosophie judiciaire qui a été traduite dans les règles de pratique des cours est maintenant consacrée législativement dans le nouveau *Code de procédure civile* du Québec qui est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003³⁹.

36. *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727.

37. *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

38. *Corporation professionnelle des notaires c. Delorme*, [1994] D.D.C.P. 287 (T.P.).

39. À titre d'exemple, la mise en disponibilité des pièces alléguées au soutien d'une requête introductive d'instance (art. 119 C.p.c.) et les dispositions relatives à la communication des pièces (art. 331.1 à 331.8 C.p.c.).

E. LE DROIT DE L'AVOCAT DE MENER SA CAUSE

En matière civile, la réforme récente du *Code de procédure civile* a mené à l'adoption d'un « principe directeur » clair donnant aux parties (et donc à leurs avocats) la maîtrise de leur dossier dans le respect toutefois des règles de procédure et de bonne foi (art. 4.1). Il faut de plus que les procédures choisies eu égard à leur coût et au temps exigé, soient proportionnelles à la nature et la qualité ainsi qu'à la complexité du litige (art. 4.2 C.p.c.) et enfin les tribunaux, avec le consentement des parties, peuvent intervenir pour favoriser la conciliation entre elles (art. 4.3).

Ces principes directeurs encadrent d'une certaine manière la liberté de l'avocat, ou, du moins, ils peuvent être rappelés à l'autorité judiciaire en cas d'interventionnisme judiciaire excessif.

De plus, la réforme prévoit deux modes de gestion de l'instance : le premier est établi par une entente intervenue entre les parties et, à défaut, le juge interviendra pour trancher les désaccords. Dans des cas plus complexes ou exceptionnels, il peut y avoir « gestion particulière » de l'instance et le juge sera alors le seul maître de la conduite du litige.

III. LES LIMITES À L'INDÉPENDANCE ET À LA LIBERTÉ DE L'AVOCAT

A. LES MOYENS FINANCIERS LIMITÉS DE CERTAINS CLIENTS ET L'INSUFFISANCE DE L'AIDE JURIDIQUE

Quand on y pense, la principale limite à l'indépendance et à la liberté de l'avocat, notamment en défense, c'est souvent la faiblesse des moyens financiers de son client. Dans une poursuite civile qui met en cause un individu d'une part et une entreprise, d'autre part, cette dernière a généralement les moyens de faire effectuer les recherches les plus approfondies, d'obtenir des rapports d'experts, de retenir les meilleurs plaideurs, etc. De plus, l'entreprise aura généralement les moyens de se pourvoir en appel, ce que l'individu, à moins qu'il ne dispose d'une fortune personnelle, ne pourra financièrement assumer. Il en résulte que la liberté de l'avocat pour

faire valoir le point de vue de son client risque d'être compromise pour des raisons bêtement matérielles.

C'est dans ce contexte que l'émergence du recours collectif qui permet à une personne d'intenter un recours civil en tant que représentant d'un groupe de victimes s'avère une solution intéressante pour pallier l'inégalité financière des parties. D'inspiration américaine, le *class action* ou recours collectif permet généralement aux avocats des demandeurs non seulement de faire payer leurs honoraires et frais en entier par la partie qui succombe mais de plus, d'obtenir des avances de fonds de l'État, par le biais du Fonds d'aide aux recours collectifs.

L'inégalité des parties se manifeste également en matière administrative lorsqu'un citoyen désire exercer un recours afin de faire reconnaître ses droits à l'égard de l'État. L'obtention d'un permis, la contestation d'une décision administrative, l'obtention de documents, la contestation d'une ordonnance en matière environnementale ou d'une charge fiscale placent généralement le citoyen dans une situation désavantageuse. C'est toute la machine de l'État dont les moyens financiers sont inépuisables qu'il devra souvent affronter pour faire valoir ses droits. Admettons-le, il faut être riche pour attaquer les décisions de l'État, ce qui pose un sérieux problème démocratique.

B. LA TENDANCE LOURDE À LIMITER LES DROITS D'APPEL OU DE RÉVISION JUDICIAIRE

Quoique moins judiciarisée que la société étatsunienne, la société canadienne l'est certes plus que la France⁴⁰. Le nombre des litiges au Canada et au Québec a nettement augmenté au cours des 25 dernières années si tant est que les délais pour être entendu par la Cour sont souvent devenus source d'injustice.

Pour obvier à cette difficulté, plutôt que d'augmenter le nombre de juges et les moyens techniques ou technologiques de la Cour, nos gouvernements ont eu tendance à limiter le

40. L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État : étude comparative de la judiciarisation en France et aux États-Unis*, Paris : Presses universitaires de France, 1992, c. 1985.

droit d'appel ou de révision judiciaire. Au Québec, la plupart des appels en matières civiles⁴¹ et administrative⁴² ne sont plus de plein droit mais requièrent désormais l'autorisation de la Cour. Or, ces autorisations sont accordées avec beaucoup de parcimonie pour ne pas dire de réticence, au point où les justiciables peuvent se sentir lésés.

Dans le même ordre d'idées, les décisions de l'ordre administratif, qu'elles soient ou non juridictionnelles, ne peuvent être attaquées et cassées par les tribunaux que lorsqu'elles répondent au critère de l'erreur déraisonnable et dans certains cas même, de l'erreur manifestement déraisonnable. C'est certes là un moyen de reconnaître le caractère spécialisé de certains tribunaux administratifs mais à l'inverse, il n'en demeure qu'un système judiciaire qui n'intervient que pour sanctionner la déraison, est un système qui somme toute cautionne l'application incorrecte des règles de droit.

C. L'OUTRAGE AU TRIBUNAL

En matières civile et criminelle, pour assurer le respect de l'autorité des tribunaux, il est permis aux juges de citer un avocat pour outrage au tribunal, ce qui peut avoir pour effet de lui imposer une amende élevée voire même donner lieu à son emprisonnement⁴³.

Certes, ce n'est que dans les cas très graves où les avocats violent systématiquement les règles de preuve, de procédure, de décorum et de respect de la magistrature que des ordonnances d'outrage seront émises.

Quoique de façon générale le juge outragé choisisse de référer le dossier à un collègue, il n'en demeure pas moins curieux que soit permis juridiquement au juge outragé de sanctionner lui-même les avocats dont il n'a pas apprécié le comportement. Comment justifier, au XXI^e siècle, que les

41. Le seuil d'appel *de plano* a été porté à 50 000 \$, autrement une permission doit être demandée (*Code de procédure civile*, art. 26).

42. Une permission d'en appeler doit être demandée pour tout jugement rendu en matière de révision judiciaire d'une décision d'un tribunal administratif (*Code de procédure civile*, art. 26).

43. *Code de procédure civile*, art. 50 et art. 708 *Code criminel*.

juges soient autorisés à violer la règle cardinale voulant qu'on ne puisse être juge et partie dans une cause?

D. LES MÉDIAS EN TANT QUE MENACE AUX DROITS D'UNE PARTIE

En terminant, il nous semble opportun de nous poser la question de savoir si les médias qui constituent aujourd'hui le quatrième pouvoir et qui à bien des égards sont des chiens de garde de la démocratie et de l'indépendance judiciaire, ne seraient pas également une menace aux droits d'une partie à un litige.

Car il faut bien le reconnaître, lorsque les médias décident de juger une personne ou une entreprise sur la place publique, bien que cette dernière puisse être éventuellement acquittée ou exonérée par les tribunaux, la sentence médiatique est généralement sans appel et ses stigmates, irréparables.

Ce qui était jadis une règle bien établie dans notre droit, à savoir la règle du *sub judice*, est pratiquement disparue. Il s'agit d'ouvrir n'importe quel journal pour constater que les causes criminelles, pénales, civiles ou administratives pendantes ou à venir sont allègrement commentées par les médias qui par les artifices du montage ou de leur supposées enquêtes, tirent des conclusions finales et sans appel et appliquent eux-mêmes la sanction.

La consécration de la liberté de la presse à titre de droit constitutionnel dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et la prééminence de la liberté d'expression ont fait en sorte qu'il est maintenant pratiquement impossible d'obtenir une injonction pour empêcher un journaliste de publier des informations fausses, libelleuses, tendancieuses et extrêmement préjudiciables à l'une ou l'autre des parties à un litige. Croire que les juges en particulier et que la population en général pourront faire abstraction de ce qu'ils ont lu dans le journal nous semble quelque peu naïf. Pour paraphraser le vieil adage, il en reste toujours quelque chose. Ou pour citer le tristement célèbre Joseph Goebbels, *plus un mensonge est gros, plus il a de chances d'être cru*.

Au Canada, l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* a fait en sorte que les tribunaux sont plus que réticents à émettre de telles injonctions, à moins que le demandeur ne soit en mesure d'établir avec un certain degré de certitude que les médias s'apprêtent à diffuser des informations clairement diffamatoires⁴⁴. Plus souvent qu'autrement, lorsqu'ils seront saisis de telles demandes, les tribunaux répondront que les préjudices subis pourront éventuellement être compensés par des dommages-intérêts.

À notre avis, c'est là une vision bien étroite du rôle des tribunaux tout autant qu'une vision bien naïve de ce que l'argent peut compenser. Certains préjudices tels que l'atteinte à la réputation et à la vie privée sont irrémédiables et des millions de dollars ne sauraient véritablement donner justice à la victime. Certes, les médias condamnés à des dommages-intérêts pourront dans certains cas être plus vigilants à l'avenir. Mais ce n'est pas toujours le cas. On sait très bien que certains journaux, journalistes ou animateurs de radio et de télévision qui multiplient les faussetés, les accusations et la diffamation considèrent que ces éventuels dommages-intérêts auxquels ils seront condamnés sont un bien faible tribut à payer pour continuer à faire des profits et augmenter leur tirage ou leur cote d'écoute.

CONCLUSION

Vous l'aurez compris, le présent exposé n'a pas la prétention de fournir une liste exhaustive des garanties d'indépendance et de liberté des avocats. Nous avons simplement voulu fournir ici quelques illustrations de ces garanties et de ces libertés telles qu'elles sont reconnues au Canada et au Québec. Un constat s'impose toutefois, c'est que les avocats canadiens et québécois peuvent depuis une vingtaine d'années puiser dans la *Constitution du Canada* et dans la *Charte canadienne des droits et libertés* qui en fait partie intégrante pour défendre leur indépendance et leur liberté, au bénéfice de leurs clients. Et à ce jour, les tribunaux canadiens

44. *Scotia Macleod c. Champagne*, [1989] R.J.Q. 1845 (C.S.); *Champagne c. CEGEP de Jonquière*, [1997] R.J.Q. 2395 (C.A.).

ont manifestement été favorables à la reconnaissance de ces garanties et libertés de l'avocat.

Mais ces acquis sont fragiles et requièrent la plus grande vigilance des barreaux et des avocats. Comme l'histoire de notre profession l'a démontré, notamment en Angleterre, en France et aux États-Unis, l'indépendance des avocats et des barreaux a parfois été anéantie, du jour au lendemain, parce qu'elle représentait une menace à l'autorité de l'État.

De manière plus contemporaine, on n'a qu'à penser aux lois visant à lutter contre le blanchiment d'argent que les pays occidentaux vont adopter ou sont sur le point d'adopter ou encore, aux lois relatives à la sécurité adoptées au lendemain des événements du 11 septembre 2001. De manière systématique, ces lois cherchent à obliger l'avocat à violer son secret professionnel voire même à manquer à son devoir de loyauté pour enquêter sur les sources financières de ses clients et les dénoncer aux forces policières. Là encore, nous devons être vigilants. Non pas parce que la lutte au blanchiment d'argent ou au terrorisme n'est pas un objectif louable, bien au contraire. Mais un tel objectif ne saurait justifier que l'on mette de côté nos principes les plus fondamentaux qui sont en quelque sorte les fondements mêmes de nos sociétés démocratiques. L'indépendance du Barreau et des avocats fait sans aucun doute partie de ces principes fondamentaux qui ne devraient pas être tassés à la légère ou bousculés en fonction de la conjoncture, à moins qu'il ne soit établi hors de tout doute que les exceptions sont nécessaires et circonscrites.

Richard Wagner
Lavery, de Billy
1 Place Ville Marie, bureau 400
MONTRÉAL (Québec) H3B 4M4
Tél. : (514) 871-1522
Télec. : (514) 871-8977
Courriel: rwagner@lavery.qc.ca