

Les Cahiers de droit



Pouvoirs discrétionnaires et contrôles *ex post facto* par les juges : entre justice procédurale et compétence de l'avocat

Marie-Ève Arbour

Volume 44, numéro 2, 2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043747ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043747ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Arbour, M.-È. (2003). Pouvoirs discrétionnaires et contrôles *ex post facto* par les juges : entre justice procédurale et compétence de l'avocat. *Les Cahiers de droit*, 44(2), 183–205. <https://doi.org/10.7202/043747ar>

Résumé de l'article

Au Québec, la justice procédurale contemporaine évoque une approche pragmatique relativement à l'administration de la justice et dans l'interprétation des règles de droit positif, laquelle se matérialise par un accroissement des pouvoirs discrétionnaires dévolus aux juges par le législateur, doublée d'une protection majorée des droits individuels. Cette tendance s'observe en outre à travers l'arrêt *Carignan c. La Reine*, lequel illustre l'incidence de pouvoirs discrétionnaires et l'exercice de droits fondamentaux sur l'autonomie professionnelle et la compétence des avocats. En matière civile, l'équilibre entre le principe de la stabilité des jugements et l'intérêt de chaque justiciable à voir le litige particularisé à sa situation est tributaire d'une certaine souplesse dans l'application des règles de procédure. Ces observations posent la problématique de la réévaluation des paramètres de la compétence des avocats devant les tribunaux au regard d'une justice procédurale de « seconde modernité ».

Pouvoirs discrétionnaires et contrôles *ex post facto* par les juges : entre justice procédurale et compétence de l'avocat*

Marie-Ève ARBOUR**

Au Québec, la justice procédurale contemporaine évoque une approche pragmatique relativement à l'administration de la justice et dans l'interprétation des règles de droit positif, laquelle se matérialise par un accroissement des pouvoirs discrétionnaires dévolus aux juges par le législateur, doublée d'une protection majorée des droits individuels. Cette tendance s'observe en outre à travers l'arrêt Carignan c. La Reine, lequel illustre l'incidence de pouvoirs discrétionnaires et l'exercice de droits fondamentaux sur l'autonomie professionnelle et la compétence des avocats. En matière civile, l'équilibre entre le principe de la stabilité des jugements et l'intérêt de chaque justiciable à voir le litige particularisé à sa situation est tributaire d'une certaine souplesse dans l'application des règles de procédure. Ces observations posent la problématique de la réévaluation des paramètres de la compétence des avocats devant les tribunaux au regard d'une justice procédurale de « seconde modernité ».

In Québec, contemporary procedural justice evokes a pragmatic approach to the administration of justice and the interpretation of substan-

* Le texte qui suit constitue une version partielle et remaniée du mémoire de maîtrise présenté par l'auteure à l'Université Laval (2000). L'auteure remercie Louise Langevin, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, pour ses commentaires des versions antérieures de ce texte, ainsi que le Fonds québécois de la recherche sur la société et la culture et la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa pour le soutien financier lui ayant permis de mener à bien ce projet.

** LL.M. Université Laval; doctorante à la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e Perfezionamento di Pisa, Italie. Courriel : arbour sssup.it.

tive law, which is materialized by an increase in the discretionary powers vested in judges by the legislator, and further amplified by greater protection of individual rights. This trend is observable in the case of *Carignan vs. R.*, which illustrate the impact of discretionary powers and the exercising of fundamental rights on the professional autonomy and competence of attorneys. In civil matters, the state of equilibrium between the stability of judgments and justiciable interests of anyone appearing in court to see the proceedings adapted to his or her situation depends upon the degree of flexibility in how the rules of procedure are applied. These observations raise the issue of re-evaluating the parameters of attorneys' competence before the courts as regards procedural justice in an era of « second modernism ».

	<i>Pages</i>
1 La procédure d'appel en matière pénale et le contrôle <i>ex post facto</i> de la compétence professionnelle par le juge	186
1.1 L'exemple de l'arrêt <i>Carignan c. La Reine</i>	187
1.1.1 Le contexte factuel	187
1.1.2 L'appréciation de la Cour d'appel : de la Constitution au <i>Code criminel</i>	187
1.2 L'indépendance du professionnel et l'intervention des tribunaux	190
1.2.1 Le paradigme de l'autonomie de l'avocat	190
1.2.2 La portée de l'arrêt <i>Strickland v. Washington</i> : quelques perspectives comparées	191
1.2.3 L'inversion de la cause et de l'effet, ou la position québécoise	194
2 L'exercice de pouvoirs discrétionnaires en matière de procédure civile	196
2.1 Les exemples de la procédure en rétractation de jugement et de la prorogation de délai	197
2.2 L'évolution jurisprudentielle de l'expression « impossibilité d'agir »	198
2.2.1 La dichotomie entre l'erreur et la négligence	199
2.2.2 L'interprétation <i>lato sensu</i> et la résorption de la négligence de l'avocat	203
2.3 L'incidence de la procédure civile sur le contrôle de la compétence de l'avocat	204
Conclusion	205

Du point de vue méthodologique, l'étude de la compétence professionnelle de l'avocat s'effectue en premier lieu au regard des responsabilités civile ou disciplinaire qui lui sont imputées¹. Pourtant, les caractéristiques de la profession qu'il exerce offrent un cadre d'analyse supplémentaire, lequel découle de la relation qu'il entretient avec l'instance judiciaire par l'entremise des règles de procédure. Plus précisément, l'étude des décisions jurisprudentielles portant sur l'exercice de certains pouvoirs discrétionnaires par les tribunaux de droit commun permet de mettre à jour la qualité de l'argumentation présentée par l'avocat, ou le non-respect des délais de rigueur en contexte litigieux.

Il n'est pas de notre propos d'analyser l'action en dommages-intérêts par laquelle le client recherche la responsabilité de son avocat, mais plutôt étudier la dynamique du débat contradictoire de l'instance pour laquelle l'avocat a obtenu un mandat. Cette démarche permet d'observer certains mécanismes de contrôle indirect de la compétence professionnelle² qui naissent de la position privilégiée des juges en tant que témoins du travail effectué par les procureurs. D'ailleurs, les juges sont souvent en mesure de souligner des manquements dans la conduite du procès ou de la présentation de la preuve et de les corriger afin d'éviter au justiciable d'en subir préjudice³. Par cette intervention, une fraction des fautes professionnelles

1. Sur ces thèmes, voir notamment : R. LAPERRIÈRE, « L'éthique et la responsabilité professionnelle des juristes en matière de compétence », (1995) 33 *Alta. L. Rev.* 882 ; P.A. MOLINARI, « La responsabilité civile de l'avocat », (1977) 37 *R. du B.* 275 ; M.-È. ARBOUR, « Réflexions portant sur le contrôle de la compétence professionnelle des membres du Barreau du Québec », (2001) 42 *C. de D.* 1063 ; Y.-M. MORISSETTE, « Pathologie et thérapeutique du plaideur trop belliqueux », (2002) 32 *R.D.U.S.* 251 ; A. HUTCHINSON, *Legal Ethics and Professional Responsibility*, Concord, Irwin Law, 1999 (QL) ; W.H. HURLBURT, « Incompetent Service and Professional Responsibility », (1980) 18 *Alta. L. Rev.* 145 ; G. MACKENZIE, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, Scarborough, Carswell, 1993 (mis à jour) ; S.M. GRANT et L.R. ROTHSTEIN, *Lawyers' Professional Liability*, Toronto, Butterworths, 1998 ; D.A.A. STAGER et H.W. ARTHURS, *Lawyers in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1990. Aux États-Unis : D. LUBAN, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*, Princeton, Princeton University Press, 1988 ; D.E. ROSENTHAL, « Evaluating the Competence of Lawyers », (1976) 11 *Law & Society* 257 ; R.L. ABEL, *American Lawyers*, New York, Oxford University Press, 1989.
2. Nous reprenons la définition de la compétence professionnelle proposée par R. LAPERRIÈRE, *loc. cit.*, note 1, 886, suivant son acception comprenant « la connaissance de la loi, des principes juridiques, des procédures, et des moyens de les faire valoir devant les tribunaux ou dans les contrats et autres actes juridiques ».
3. Cela évoque le pouvoir des juges d'adjuger les dépens aux procureurs ; voir : A. BIRON, « Les principes d'attribution des dépens en matière familiale et de la condamnation personnelle de l'avocat aux frais », (1987) 47 *R. du B.* 147 ; Y.-M. MORISSETTE, « L'initiative

commises par l'avocat dans l'exécution de son mandat sont néanmoins soustraites du régime de responsabilité professionnelle puisqu'elles sont résorbées par l'appareil judiciaire. Ce constat pose la problématique du maintien de la souplesse des règles de procédure nécessaires à la bonne administration de la justice, sans pour autant ébranler le paradigme de la protection du public qui se cristallise dans la présomption de compétence des avocats.

Nous aborderons ce thème à la lumière des règles procédurales de nature civile et pénale. En outre, une décision rendue par la Cour d'appel dans le contexte d'un procès de nature criminelle, *Carignan c. La Reine*⁴, offrira un exemple de l'incidence des règles de procédure d'appel sur l'autonomie de l'avocat (1). De même, l'analyse de l'exercice de certains pouvoirs discrétionnaires dans le contexte des rapports de droit privé contenus dans le *Code de procédure civile*⁵ ou dans d'autres lois particulières illustrera notre propos (2). À l'issue de cette étude, nous proposons que l'interprétation *lato sensu* des règles de procédure, laquelle s'inscrit dans le contexte plus large de l'évolution du droit au Québec, ne doit pas entraîner un certain laxisme dans le contrôle de la compétence des avocats.

1 La procédure d'appel en matière pénale et le contrôle *ex post facto* de la compétence professionnelle par le juge

L'arrêt *Carignan c. La Reine* rendu récemment par la Cour d'appel présente un intérêt particulier alors qu'il pose des questions d'ordre sociojuridique qui dépassent le seul cadre d'un pourvoi en appel (1.1). Plus précisément, il illustre comment les pouvoirs discrétionnaires de la Cour d'appel en matière pénale peuvent édulcorer le principe de l'autonomie de l'avocat, du moins quant à la créativité dont il fait montre dans la représentation de son client. Alors qu'il se situe aux confins de la justice procédurale et de l'éthique juridique, l'arrêt dont il est question nourrit le dialogue entre les professions juridique et judiciaire par le truchement de l'exercice des droits constitutionnels par l'accusé (1.2).

judiciaire vouée à l'échec et la responsabilité de l'avocat ou de son mandant », (1984) 44 R. du B. 397 ; O. JOBIN-LABERGE, « Le plaideur téméraire : gradation des sanctions ? », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en déontologie et responsabilité professionnelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 117.

4. Il s'agit de l'arrêt *Carignan c. La Reine*, C.A. Québec, n° 200-10-001309-025, 25 mars 2003, J.E. 2003-702.

5. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25 (ci-après cité C.p.c. »).

1.1 L'exemple de l'arrêt *Carignan c. La Reine*

Pour circonscrire les enjeux liés à la problématique étudiée, un résumé succinct des faits s'impose (1.1.1). Par la suite, l'analyse critique de l'arrêt à travers le prisme du droit comparé permet la mise en relief des questions théoriques qu'il soulève et des aspects sociojuridiques qu'il exacerbe (1.1.2).

1.1.1 Le contexte factuel

Les faits qui ont porté à l'acte d'accusation naissent d'un nébuleux accident de voiture, ayant causé des lésions corporelles, pour lequel l'accusé aurait omis de s'arrêter. Celui-ci allègue s'être endormi au volant de son véhicule avant de percuter un « trottoir ou un panneau de signalisation » et avoir continué sa route malgré l'intensité du choc et l'importance des dommages subis à son véhicule. Le jour des événements, l'accusé est dans un état grippal et consomme un médicament destiné à en soulager les symptômes. Or ce n'est que le lendemain qu'il prend contact avec les policiers en réalisant qu'il a peut-être frappé autre chose qu'un objet. En première instance, l'accusé enregistre un plaidoyer de culpabilité à l'accusation prévue dans l'article 252 (1) a) (1.2) du *Code criminel*⁶ portant sur l'omission de s'arrêter lors d'un accident dans lequel il est impliqué. La Cour du Québec le condamne alors à douze mois d'incarcération à purger dans la collectivité, à une ordonnance de probation de deux ans et à une interdiction de conduire de un an.

L'accusé se pourvoit en appel de ce jugement au motif qu'il aurait été victime d'une erreur judiciaire en ayant été privé de son droit à une défense pleine et entière. D'une part, il allègue qu'il a été contraint à plaider coupable par ses avocats et, d'autre part, il soutient que ceux-ci auraient omis de l'informer de la pertinence de la défense d'automatisme par rapport à sa situation. En définitive, il suggère que son consentement au plaidoyer de culpabilité n'était ni libre ni éclairé puisque ses avocats ont mis en échec ses possibilités d'être acquitté⁷.

1.1.2 L'appréciation de la Cour d'appel : de la Constitution au *Code criminel*

Le pourvoi s'articule autour de la difficulté de réaliser l'équilibre entre les droits constitutionnels de l'accusé et le principe général de la stabilité des jugements. En ce sens, l'article 686 du *Code criminel* prévoit les

6. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

7. *Carignan c. La Reine*, précité, note 4, paragr. 6 (j. Gendreau).

conditions de recevabilité de l'appel d'une déclaration de culpabilité⁸. Lorsqu'elle est utilisée dans le contexte de représentations inappropriées par le procureur de l'accusé, la demande d'appel est jumelée avec la présentation d'une requête en recevabilité d'une preuve nouvelle, tel que le souligne la Cour : « La preuve nouvelle vise ici à démontrer les circonstances d'un processus inéquitable qui a fait obstacle à la présentation par l'accusé d'une défense valable et n'a pas pour objet de soutenir un moyen de défense pour faire échec à l'acte d'accusation⁹. » À la lumière de ces dispositions et des principes dégagés de l'arrêt *R. c. Delisle*¹⁰, la Cour d'appel accueille la requête afin de procéder à un examen contextualisé des circonstances de l'exécution du mandat par les avocats.

Se penchant sur le mérite du pourvoi, la Cour précise d'entrée de jeu que le droit à une représentation appropriée est une composante du droit constitutionnel à un procès juste et raisonnable, garanti aux articles 11 d) et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹, dans la mesure où l'inconduite de l'avocat a une incidence sur l'issue du procès. En conséquence, la Cour anticipe l'examen de la gravité du préjudice, puis se penche sur la conduite des avocats¹². En outre, elle souligne le caractère crucial de la qualité de la représentation en raison des conséquences qu'elle comporte pour l'accusé et qui ne sauraient être compensées par les règles de la responsabilité civile professionnelle.

La Cour précise d'abord les paramètres de l'exécution du mandat dont est investi l'avocat et rappelle que « l'accusé reste maître de sa défense et en particulier sur les décisions essentielles comme celles de se faire entendre ou d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité¹³ ». De manière corollaire, celui-ci doit pouvoir être placé dans les conditions qui lui permettent d'exercer les choix stratégiques liés à sa défense ou, à plus forte raison, à sa décision d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité. S'autorisant des conclusions de l'arrêt *R. c. Delisle*¹⁴, la Cour réitère que la moindre faute

8. L'article 686 (1) du *Code criminel* dispose ceci : « Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité [...], la cour d'appel : a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas : [...] (iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire. »

9. *Carignan c. La Reine*, précité, note 4, paragr. 9 (J. Gendreau). *Code criminel*, art. 683 (1) a) et b). En l'espèce, la preuve nouvelle consiste en son témoignage, celui de ses anciens procureurs et d'un expert en psychiatrie.

10. *R. c. Delisle*, [1999] R.J.Q. 129 (C.A.).

11. *Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. (1985), app. II, no 44, annexe B, partie I.

12. *R. c. Delisle*, précité, note 10.

13. Voir *Carignan c. La Reine*, précité, note 4, paragr. 31, se référant à l'arrêt *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520.

14. *R. c. Delisle*, précité, note 10.

commise par l'avocat ne saurait en effet conférer à l'appelant un droit à une révision *ex post facto* de la stratégie de l'avocat.

Quant au premier reproche formulé par l'accusé à l'endroit de ses avocats, la Cour étudie les témoignages et observe que les avocats auraient fortement recommandé à leur client de plaider coupable ; ils lui auraient effectivement affirmé qu'il risquait la prison et qu'aucun juge ne le croirait s'il présentait une défense à l'acte d'accusation¹⁵. En gardant à l'esprit que « la frontière entre l'opinion juridique et la contrainte peut parfois être difficile à tracer¹⁶ », la Cour examine les modalités de l'exécution du mandat de représentation par les avocats devant le tribunal de première instance et note les difficultés qu'ils ont éprouvées à recueillir des éléments de preuve permettant d'étayer une défense. Pour cette raison, les avocats lui suggèrent d'enregistrer d'un plaidoyer de culpabilité, afin de faciliter les négociations avec le substitut du procureur de la Couronne et d'obtenir le retrait de certains autres actes d'accusation.

À l'intérieur des paramètres posés par ce cadre juridique et à la lumière des éléments de la preuve présentée (soit la personnalité de l'accusé, son expérience de vie et l'ensemble du contexte factuel), le tribunal conclut que ce dernier n'a subi aucune pression induite par ses avocats et qu'il a exprimé un consentement libre à son plaidoyer de culpabilité¹⁷.

Quant au second reproche adressé aux procureurs, la Cour observe que les souvenirs détaillés et précis des événements qui ont précédé l'impact et de ceux qui l'ont suivi relatés par l'accusé ne permettaient pas d'étayer les éléments de la défense d'automatisme, laquelle aurait peut-être pu justifier la confusion de l'accusé au moment de l'impact, mais n'aurait certes pu expliquer le délit de fuite, seule infraction dont il est question : « la lecture de la description de son état et de ses allées et venues rend invraisemblable une allégation d'inconscience au-delà des quelques instants qui ont suivi le choc¹⁸ ». En l'absence de préjudice en raison du manque de bien-fondé de la défense d'automatisme aux faits de l'espèce, la Cour s'abstient de se prononcer sur la conduite des avocats à cet égard et rejette le pourvoi.

15. *Carignan c. La Reine*, précité, note 4, paragr. 50.

16. *Id.*, paragr. 35.

17. *Id.*, paragr. 62-64. Signalons que l'accusé allègue au surplus que les avocats n'étaient pas investis du mandat de négocier les conditions du plaidoyer de culpabilité avec le substitut du procureur de la Couronne, argument qui a également été rejeté par la Cour.

18. *Id.*, paragr. 85. Voir l'exposé de la Cour des principes liés à la défense d'automatisme, que nous ne reprenons pas ici (paragr. 66-79).

1.2 L'indépendance du professionnel et l'intervention des tribunaux

En général, les efforts en vue de mettre en doute la qualité des représentations effectuées par l'avocat *ad litem* se heurtent à une présomption de compétence de ce dernier, liée à son appartenance à un ordre professionnel¹⁹ (1.2.1). Lorsqu'elle s'adjoint au principe de la stabilité des jugements, cette présomption se matérialise par la difficulté qu'éprouve un justiciable à contester *ex post facto* les modalités de l'exécution du mandat par l'avocat. À ce sujet, l'expérience américaine évoquée par les tribunaux canadiens illustre des mécanismes de pondération de ces intérêts (1.2.2), bien que la position québécoise s'en soit peu à peu éloignée (1.2.3).

1.2.1 Le paradigme de l'autonomie de l'avocat

À titre de mandataire, l'avocat peut effectuer les actes qui ne sont pas étrangers aux fonctions qu'il exerce, incluant l'évaluation de la pertinence des différents recours et le choix du plus approprié²⁰; lui seul peut juger de l'opportunité d'utiliser un véhicule procédural ou une stratégie argumentative plutôt qu'une autre²¹. Cette autonomie qui caractérise le travail du professionnel découle des connaissances particulières qu'il possède. La prolifération du nombre de lois et les difficultés d'interprétation qu'elles soulèvent nécessitent une compréhension approfondie des règles du droit positif et de la jurisprudence, doublée d'une mise à jour constante en matière de procédure. En raison de la complexité de son savoir, l'avocat échappe en principe au contrôle de ses clients, qui, profanes, ne peuvent évaluer la qualité des services qui leur ont été rendus²². De manière corollaire, le justiciable sporadique est exposé à une asymétrie des connaissances en raison de sa vulnérabilité devant la complexité des règles de

19. Sur la notion de compétence en matière disciplinaire, voir notamment M.-È. ARBOUR, *loc. cit.*, note 1. Cette présomption est consacrée à l'arrêt *R. c. Delisle*, précité, note 10, paragr 15.

20. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2137 (ci-après cité « C.c.Q. »).

21. Cette affirmation trouve sa limite dans la métaphore des *hired guns*, soit les avocats à la merci de leurs clients. Voir C.W. WOLFRAM, *Modern Legal Ethics*, St.Paul, West Publishing Co., 1986, p. 154 et suiv.; D.E. ROSENTHAL, *Lawyer and Client: Who's in Charge?*, New York, Russell Sage Foundation, 1975. Au Canada, la force de cette image est toutefois tempérée par un auteur: voir A.C. HUTCHINSON, *op. cit.*, note 1, chap. 2 « Traditional Accounts: Contents and Criticism », p. 17.

22. Voir B.G. GARTH, « Rethinking the Legal Profession's Approach to Collective Self-Improvement: Competence and the Consumer Perspective », (1983) 3 *Wis. L. Rev* 639, 650.

droit²³. Pour ce motif, l'ordre professionnel est tenu d'assurer la protection du public en prévoyant des mécanismes de contrôle de la compétence professionnelle par les pairs.

Indépendamment de l'issue du pourvoi, la procédure d'appel au motif de l'incompétence des procureurs procède d'une forme d'immixtion de l'instance judiciaire à l'intérieur du débat contradictoire à la demande du mandant. Cet outil de révision de la conduite de l'avocat, complété par les règles relatives à l'admissibilité d'une preuve nouvelle, suggère que l'action en responsabilité civile ou l'instance devant le comité de discipline ne permettraient pas d'assurer la protection du public, dans la mesure où il en résulterait une impasse juridique pour laquelle d'éventuels dommages-intérêts ne seraient pas appropriés.

Utilisé à outrance, le contrôle *ex post facto* des stratégies et des tactiques des avocats constitue non seulement un facteur d'instabilité de la justice procédurale, mais aussi un fardeau financier pour l'ensemble des contribuables qui sont obérés du coût lié à l'appel. Cette procédure présente le risque d'une multiplication des recours, alimentée par l'idée d'obtenir une seconde chance, à l'image de la situation qui s'observe aux États-Unis au lendemain de l'arrêt *Strickland v. Washington*.

1.2.2 La portée de l'arrêt *Strickland v. Washington* : quelques perspectives comparées

S'inscrivant dans le contexte de la longue tradition américaine d'exercice des droits fondamentaux, la problématique liée à l'incompétence des procureurs a pris une importance particulière au regard des verdicts de peine de mort²⁴. Bien qu'il soit étranger à la réalité canadienne, ce débat (par ailleurs fort émotif) met en évidence certains effets négatifs causés par l'immixtion des tribunaux à l'intérieur du mandat de représentation par le truchement des règles de procédure.

23. Sur ce thème, voir D.B. WILKINS, « Who Should Regulate Lawyers ? », (1992) 105 *Harv. L. R.* 799, 829 ; D.L. RHODE, « Ethical Perspectives on Legal Practice », (1985) 37 *Stan. L.R.* 589, 631 ; D.L. RHODE, « Institutionalizing Ethics », (1994) 44 *Case W. Res. L. Rev.* 665, 679.

24. Voir la jurisprudence basée sur le sixième amendement, qui garantit à tout accusé le droit à une défense pleine et entière, lequel comprend celui d'être représenté par un avocat compétent : *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 771 (1970) et *Strickland v. Washington*, 104 S. Ct. 2052 (1984) (ci-après cité « arrêt *Strickland* »). En doctrine, voir surtout : D.A. DRIPPS, « Ineffective Assistance of Counsel : The Case for An Ex Ante Parity Standard », (1997) 88 *J. Crim. L. & Criminology* 242 ; G.J. CHIN et R.W. HOLMES JR., « Effective Assistance of Counsel and the Consequences of Guilty Pleas », (2002) 87 *Cornell L. Rev.* 697 ; V.O. BERGER, « The Supreme Court and Defense Counsel : Old Roads, New Paths – A Dead End ? », (1986) 86 *Colum. L. Rev.* 9 ; D. LUBAN, *op. cit.*, note 1, p. 74.

La décision *Strickland v. Washington* est la pierre angulaire du débat aux États-Unis²⁵. L'inculpé Washington, après une période de dix jours durant lesquels il a commis trois meurtres et plusieurs vols, s'est rendu aux autorités et a plaidé coupable à tous les chefs d'accusation, contrairement aux conseils prodigués par son avocat. Lors des représentations sur sentence, son procureur a indiqué la présence de certaines circonstances atténuantes dans le but d'éviter à son client la peine de mort. Hormis l'absence d'antécédents judiciaires significatifs, l'avocat a insisté sur la situation de stress et le désarroi dont l'accusé était accablé au moment de la perpétration des crimes. Pourtant, l'avocat n'a présenté aucune preuve particulière du caractère de l'accusé (ni par expertise psychiatrique ni par témoignages) afin d'éviter le contre-interrogatoire de son client et la contre-expertise du procureur.

Devant l'allégation par l'accusé d'une violation de ses droits constitutionnels, la Cour précise que le justiciable doit démontrer l'incompétence de son avocat à la lumière du critère objectif d'une représentation raisonnable, lequel est toutefois tempéré par les circonstances et la gravité du préjudice qu'il subit :

First, the defendant must show that counsel's performance was deficient. This requires showing that counsel made errors so serious that counsel was not functioning as the « counsel » guaranteed the defendant by the Sixth Amendment. Second, the defendant must show that the deficient performance prejudiced the defense. This requires showing that counsel's errors were so serious as to deprive the defendant of a fair trial, a trial whose result is reliable²⁶.

Suivant ces paramètres, le premier critère implique une appréciation de la conduite de l'avocat, de ses tactiques et de sa stratégie. Une présomption de compétence professionnelle s'applique, et la qualité de la défense

25. Cet arrêt s'inscrit dans la continuité des décisions *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), et *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932), où la Cour suprême constate la violation du droit à une défense pleine et entière de deux adolescents accusés de meurtre puis condamnés à la peine de mort, ayant été représentés par un procureur qui leur a été attribué le jour même du procès. Voir les critiques de G. GOODPASTER, « The Adversary System, Advocacy, and Effective Assistance of Counsel in Criminal Cases », (1986) 14 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 59, et R. KLEIN, « The Emperor Gideon Has No Clothes : The Empty Promise of the Constitutional Right to Effective Assistance of Counsel », (1985-1986) 13 *Hastings Const. L.Q.* 625.

26. Arrêt *Strickland*, précité, note 24, 687. Selon le juge Marshall, dissident : « If counsel had investigated the availability of mitigating evidence, he might well have decided to present some such material at the hearing. If he had done so, there is a significant chance that respondent would have been given a life sentence. In my view, those possibilities, conjoined with the unreasonableness of counsel's failure to investigate, are more than sufficient to establish a violation of the Sixth Amendment and to entitle respondent to a new sentencing proceeding » (p. 719).

sera évaluée à la lumière du contexte factuel. En revanche, afin de ne pas poser un frein à la créativité des avocats, la Cour suprême refuse de poser les balises du seuil de compétence professionnelle acceptable, laissant plutôt à l'ordre professionnel le soin de les définir. Quant au second critère, il permet de constater ou non l'existence d'un lien causal entre l'incompétence de l'avocat et l'issue du procès. La Cour suprême a jugé que l'avocat, par cette stratégie, a fait montre d'une compétence raisonnable et que, même s'il avait présenté d'autres éléments de preuve, la décision du juge serait demeurée inchangée.

Réitérant les conclusions de l'arrêt *Strickland*, la décision *Hill v. Lockhart*²⁷ illustre l'interaction entre les droits constitutionnels de l'accusé et le rôle des procureurs dans la décision de plaider coupable. Dans cette affaire, l'avocat avait informé erronément l'accusé de sa possibilité d'obtenir une libération conditionnelle après avoir purgé le tiers de sa peine, alors qu'en réalité il devait en purger la moitié. La Cour, appliquant les critères dégagés de l'arrêt précité, statue ceci : « The defendant must show that there is a reasonable probability that, but for counsel's errors, he would not have pleaded guilty and would have insisted on going to trial²⁸. » En concluant à l'absence de préjudice pour l'accusé, la Cour rejette le pourvoi.

Alors qu'elle procède dans l'ordre des choses, c'est-à-dire en exigeant du justiciable qu'il prouve d'abord la faute et, ensuite, le préjudice, la démarche américaine se caractérise par un potentiel d'intervention relativement élevé des tribunaux à l'intérieur du débat contradictoire. Suivant cette approche, il en résulte que les avocats voient leur stratégie mise à jour et analysée par la Cour dans la mesure où l'accusé soulève une potentielle violation de son droit constitutionnel à une défense pleine et entière. Néanmoins, cette démarche n'est pas unanime au sein de la Cour suprême des États-Unis. Au sein du banc *Strickland*, une autre voix militait déjà en faveur d'une démarche différente. Dissident quant à chacun des points de droits exprimés par la majorité, le juge Marshall affirmait que le critère de la raisonnableté de la compétence de l'avocat, par son caractère ambigu,

27. *Hill v. Lockhart*, 474 U.S. 52 (1985). Voir G.J. CHIN et R.W. HOLMES, *loc. cit.*, note 24 ; ces auteurs analysent l'étendue du devoir d'information des avocats envers leur clients, soulignant que les conséquences collatérales d'un plaidoyer de culpabilité « can operate as a secret sentence » (p. 700).

28. *Hill v. Lockhart*, précité, note 27, 59. Voir le débat soulevé par M. BAGARIC et J. BREBNER, « The Solution to the Dilemma Presented by the Guilty Plea Discount : The Qualified Guilty Plea – I'm Pleading Guilty Only Because of the Discount... », (2002) 30 *Int'l Journal of the Sociology of Law* 51.

est dépourvu de toute signification²⁹. En préconisant plutôt la pleine application du sixième amendement, il aurait accueilli l'appel de Washington³⁰.

Cette opinion dissidente a trouvé écho en droit canadien, où la Cour d'appel du Québec a inversé l'ordre analytique des critères dégagés de la jurisprudence américaine et précisé que le respect des droits fondamentaux de l'accusé commande l'étude anticipée du préjudice causé par l'incompétence de son avocat, suivie de l'autopsie de la tactique privilégiée par l'avocat.

1.2.3 L'inversion de la cause et de l'effet, ou la position québécoise

Avant l'arrêt *Carignan*, la Cour d'appel du Québec s'était déjà penchée sur la possibilité d'utiliser les articles relatifs à l'admissibilité d'une preuve nouvelle au motif de l'incompétence de l'avocat lors de l'arrêt *R. c. Renaud*³¹, où un accusé interjette appel du verdict rendu à la suite d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle, alléguant le défaut de son premier avocat d'avoir interrogé et contre-interrogé des témoins de manière appropriée. En réitérant que la protection constitutionnelle est subordonnée à ce que les erreurs alléguées aient eu une incidence sur le résultat du procès³², le juge LeBel rappelle les conditions d'admissibilité de l'appel en ces mots :

On doit démontrer, d'après les standards objectifs, que les actes ou les omissions tombaient en-dessous du niveau raisonnable d'habileté professionnelle ou de jugement, reconnu par les principes généraux de déontologie professionnelle. Enfin, il ne suffit pas de démontrer l'incompétence de l'avocat. On doit établir, toujours par la prépondérance des probabilités, que le résultat du procès aurait été différent³³.

29. À ce propos, D.A. DRIPPS, *loc. cit.*, note 24, 244, propose une solution originale quant aux critères d'appréciation de la qualité de l'argumentation présentée : « Because the effectiveness of counsel is relative to the opposition, the test should be whether the defendant is represented by a lawyer roughly as good and roughly as well-prepared as counsel for the prosecution. »

30. Arrêt *Strickland*, précité, note 24, 2077. Voir également V.O. BERGER, *loc. cit.*, note 24, 22 et suiv.

31. *R. c. Renaud*, AZ-99011050 (SOQUIJ), J.E. 99-231 (C.A.). Voir aussi : *R. c. Garofoli*, (1988) 41 C.C.C. (3d) 97 (C.A.); *R. c. White*, (1997) 114 C.C.C. (3d) 325.

32. *R. c. Silvini*, (1991) 68 C.C.C. (3d) 251 (Ont. C.A.); et *R. c. B. (L.C.)*, (1996) 104 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.).

33. *R. c. Renaud*, précité, note 31, 16 et 17 ; voir aussi : *R. c. Strauss*, (1995) 100 C.C.C. (3d) 303 (B.-C. C.A.); *R. c. Joannis*, (1995) 102 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.). Cette double démarche a été validée par la Cour suprême : voir surtout *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, où l'avocat de l'appelant a omis de produire une conversation enregistrée contredisant le témoignage d'une victime d'agression sexuelle. La Cour rejette le pourvoi en l'absence d'incompétence ou de lien causal.

À l'instar de l'arrêt *Strickland*, la Cour conclut que les erreurs commises par l'avocat touchaient à la pertinence de preuves secondaires et rejette le pourvoi ; l'incompétence de l'avocat ne saurait justifier l'intervention de la Cour d'appel en l'absence d'un lien causal entre le défaut de présenter une preuve pertinente et le verdict de culpabilité.

Il faut attendre l'arrêt *R. c. Delisle*³⁴ pour que la Cour d'appel s'autorise des principes dégagés de l'affaire précédente et parvienne à une conclusion inverse. Un justiciable, reconnu coupable de voies de fait par la Cour supérieure, se pourvoit en appel de la décision de culpabilité au motif que son avocat a fait preuve de négligence dans la conduite de son procès ; en ne croyant pas la version des faits de son client, celui-ci n'a fait aucune démarche pour rencontrer un témoin important de la scène permettant de prouver l'innocence de l'appelant. Devant cette violation évidente du droit de l'accusé à une défense pleine et entière et en présence du grave préjudice subi par le justiciable, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès³⁵.

Sous l'angle méthodologique, l'originalité de cette dernière décision consiste dans l'inversion de la dialectique de la faute et du préjudice : « il me paraît donc plus prudent pour une cour d'appel qui n'est pas en mesure de rejeter d'entrée de jeu une allégation d'incompétence manifestement mal fondée, de ne pas s'engager d'abord à un examen de la question de compétence, lorsque par ailleurs elle est convaincue que de toute façon aucun préjudice n'en a résulté³⁶ ». Cette inversion de la perspective analytique favorise une approche plus pragmatique, axée sur les conséquences de l'incompétence alléguée sur l'issue du procès³⁷.

Ce faisant, l'inversion de la cause et de l'effet évite une immixtion inconsiderée de la Cour à l'intérieur du débat contradictoire, mettant l'avocat à l'abri d'une analyse de sa stratégie et de son choix des moyens

34. *R. c. Delisle*, précité, note 10.

35. Signalons que cette affaire n'était pas contestée par le substitut du procureur de la Couronne.

36. *R. c. Delisle*, précité, note 10, paragr. 26 (j. Proulx). Voir généralement P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédures pénales*, 8e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, no 2179, p. 886-887.

37. Voir les décisions suivantes : *Sankar v. State of Trinidad and Tobago*, [1995] 1 W.L.R. 194 ; *Regina v. Clinton*, [1993] 1 W.L.R. 1181 ; *Mills v. The Queen*, [1995] 1 W.L.R. 524 ; *Regina v. McLoughlin*, [1985] 1 N.Z.C.R. 106 ; *Anderson v. HM Advocate*, (1996) S.L.T. 155 citées dans *R. c. Delisle*, précité, note 10. *Contra* : *R. c. Joannis*, précité, note 33.

de l'exécution de son mandat³⁸. Pourtant, ce pouvoir d'intervention de la Cour d'appel à l'intérieur du processus de représentation trouve sa limite mais également son excès à travers le renversement de la perspective analytique. Alors qu'elle consacre une approche pragmatique marquée par la prééminence de l'intérêt individuel et du respect des droits fondamentaux, elle s'oppose à l'utilisation à outrance du droit à la défense pleine et entière pour déclencher un mécanisme de contrôle *ex post facto* de la compétence de l'avocat par les tribunaux supérieurs. L'inversion emporte donc deux conséquences.

D'abord, elle suggère que l'évaluation anticipée du préjudice filtre en quelque sorte les immixtions de la Cour à l'intérieur du débat contradictoire de première instance, alors qu'elle la limite aux seuls cas où l'issue du procès aurait été différente, n'eût été de l'incompétence du procureur. En cela, elle réduit quantitativement le nombre d'interventions judiciaires et place l'avocat à l'abri d'un examen de sa stratégie en l'absence de la preuve du préjudice.

Ensuite, elle comporte le risque paradoxal pour l'avocat de voir sa tactique examinée par le juge à la moindre erreur, dans la mesure où celle-ci influe sur le verdict rendu par la Cour. Cette conséquence démontre l'inadéquation du processus de révision par les tribunaux et invite à une grande réserve dans l'évaluation de la qualité de la représentation en gardant à l'esprit ce qui suit : « Representation is an art, and an act or omission that is unprofessional in one case may be sound or even brilliant in another³⁹. »

2 L'exercice de pouvoirs discrétionnaires en matière de procédure civile

À l'instar du *Code criminel*, le *Code de procédure civile* prévoit des pouvoirs discrétionnaires dont l'exercice a parfois pour effet de résorber l'incompétence de l'avocat, lorsqu'ils cherchent à éviter d'obérer le justiciable du préjudice qui résulterait d'une application rigoriste des règles de droit positif. Si le principe de la stabilité des jugements demeure un dénominateur commun à la procédure pénale et civile, il importe de particulariser les enjeux sous-jacents à l'une et l'autre. À la différence de la seconde,

38. La High Court l'énonce de manière encore moins équivoque : « No encouragement has been [sic] [given] to the idea that the court should become involved in criticism of the way in which the defence was presented. The essential point which emerges [...] is that it is only where it can be said that the accused was deprived of his defence that the court can say that a miscarriage of justice has occurred » : *Anderson v. H.M. Advocate*, précité, note 37, 160.

39. Arrêt *Strickland*, précité, note 24, 693 (J. O'Connor).

la première n'implique pas l'exercice de droits constitutionnels liés à la qualité d'inculpé d'un justiciable. Elle participe d'objectifs plus larges rattachés à l'efficacité des institutions judiciaires et au respect du principe de justice naturelle *audi alteram partem*.

En outre, plusieurs dispositions contenues dans le *Code de procédure civile* confèrent aux tribunaux une marge d'appréciation discrétionnaire qui leur permet notamment d'assurer le bon fonctionnement de l'enquête et de l'audition. Celles-ci interagissent avec les règles portant sur l'exécution du mandat de l'avocat dans la mesure où ces pouvoirs discrétionnaires sont utilisés pour relever une partie de son défaut en raison d'un acte ou d'une omission de son procureur (2.3). Nous nous limiterons cependant ici à l'étude de l'expression « impossibilité d'agir » dans les contextes de la procédure en rétractation de jugement et de la prorogation de délai (2.1) dont l'interprétation détermine souvent l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par les juges, avant de porter un regard critique sur la jurisprudence qui s'y greffe (2.2)⁴⁰.

2.1 Les exemples de la procédure en rétractation de jugement et de la prorogation de délai

L'intérêt de la notion à contenu variable que représente l'expression « impossibilité d'agir » réside dans la possibilité qu'elle offre aux tribunaux de pallier les conséquences résultant de l'inaction commise par un procureur, en l'assimilant à l'impossibilité d'agir de la partie elle-même. Cette notion se retrouve notamment au sein des règles régissant le pouvoir général de la Cour d'appel, la procédure en rétractation de jugement et la prorogation de délai.

À titre d'exemple, l'article 523 C.p.c. prévoit que la Cour d'appel peut, à l'intérieur d'un délai de six mois depuis le jugement et malgré l'expiration du délai permettant de présenter une demande pour permission d'appeler, « accorder une permission spéciale d'appeler à la personne qui démontre qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt ». De même, la procédure prévue par les articles 482 et 483 C.p.c.⁴¹ permet à la partie condamnée par défaut de comparaître ou de plaider d'obtenir une rétractation de jugement par le tribunal qui l'a rendu. Cette démarche doit s'effectuer dans le respect des conditions posées par l'article 484 C.p.c., qui prévoit un délai

40. D'autres pouvoirs discrétionnaires liés à l'impossibilité d'agir se trouvent à l'intérieur du *Code de procédure civile*, soit les articles 700 et 1005 al. 2.

41. Voir *Janelle c. Champagne*, [1981] C.S. 898, pour un bref historique de cette disposition.

de quinze jours à compter du jour de la connaissance du jugement ou de la cause donnant ouverture à une telle procédure. Ce délai est de rigueur, bien que le tribunal puisse, à l'intérieur d'un délai de six mois, « relever des conséquences de son retard la partie qui démontre qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt ». Pour sa part, l'article 110.1 C.p.c. (ancien article 481.11) prévoit un délai de 180 jours pour inscrire l'action pour enquête et audition, lequel peut toutefois être prorogé « si la partie démontre qu'elle était dans l'impossibilité d'agir ».

Enfin, d'autres règles contenues dans des lois particulières prévoient une certaine souplesse dans l'application des règles procédurales pour assurer une saine administration de la justice⁴². Bien que chacune d'elles s'inscrive dans un contexte particulier, les tribunaux les ont maintes fois interprétées de manière homogène, en se référant indistinctement à la jurisprudence de l'une ou de l'autre pour motiver leurs conclusions. À cet égard, les décisions rendues par la Cour suprême ont fait souffler un vent de pragmatisme sur la jurisprudence des tribunaux québécois qui procède de l'esprit de la réforme du *Code de procédure civile* de 1966.

2.2 L'évolution jurisprudentielle de l'expression « impossibilité d'agir »

Diverses interprétations coexistent au regard de l'interprétation de l'expression « impossibilité d'agir » contenue dans les articles précédemment mentionnés⁴³. De manière synthétique, la problématique s'articule autour de la difficulté de déterminer dans quelle mesure l'inaction ou l'omission d'un procureur peut constituer une forme d'impossibilité d'agir justifiant l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par les tribunaux. Le compromis, qui gravite autour de la distinction entre l'erreur et la négligence des avocats, pose les paramètres de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires

42. Voir, par exemple, l'article 177.1 du *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, ou l'article 135 de la *Loi sur l'aide et l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.Q. 1993, c. 54 (non en vigueur, référence administrative : L.R.Q., c. A-13.2.1). Les dispositions générales du C.c.Q. s'appliquent de manière subsidiaire : « la prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l'impossibilité en fait d'agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d'autres » (art. 2904).

43. Pour une traduction de ce débat en termes théoriques, voir J.-G. BELLEY, « Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile », (2001) 46 *R. D. McGill* 317, qui expose l'analyse mythologique des juges proposée par F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », dans P. BOURETZ (dir.), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 241.

par les tribunaux⁴⁴. Plus particulièrement, cette distinction s'inscrit dans la continuité de la tendance législative québécoise vers une application assouplie des règles de procédure destinée à favoriser un débat sur le fond entre les parties (2.2.1), allant parfois jusqu'à résorber la négligence du procureur (2.2.2). Quelques décisions illustrent cette tendance.

2.2.1 La dichotomie entre l'erreur et la négligence

À l'occasion de l'arrêt *Hamel c. Brunelle*⁴⁵, la Cour suprême avait déjà évoqué l'esprit de la réforme du *Code de procédure civile* de 1966, par laquelle le législateur avait clairement exprimé son désir de ne plus assujettir les règles de droit à des conditions de forme, en écartant la théorie de la nullité pour informalité, proclamant ceci : « Quand la décision sur une question de forme a pour conséquence qu'un justiciable perd son droit, elle cesse d'être une question de forme et devient une question de droit⁴⁶. » Ce principe a trouvé écho dans les circonstances de l'arrêt *Cité de Pont Viau c. Gauthier MFG. Ltd.*⁴⁷, où la Cour s'est penchée sur l'incidence des conséquences d'une erreur professionnelle sur l'issue d'un litige. Dans cette affaire, un avocat avait omis de signifier une inscription en appel à l'une des parties à l'instance et désirait se prévaloir de l'article 523, al. 2 C.p.c. pour s'exécuter hors délai⁴⁸. Aux yeux de la Cour, il ne faisait aucun doute que l'absence de signification était le fait d'une erreur. Elle a interprété le deuxième alinéa de l'article 523 C.p.c. au bénéfice du mandant, de manière à y inclure l'incurie du procureur :

44. Voir à ce sujet : M. PARADIS et T. HAYKOWSKY, « La distinction entre l'erreur et la négligence d'un procureur en matière de rétractation de jugement », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit civil* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 153, à la page 181 ; D. FERLAND et B. EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 3e éd., t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 1 et 2.

45. *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147.

46. *Id.*, 154 (j. Pigeon). Voir de même *Duquet c. Ville de Ste-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132. Voir les articles 2, 4.1, 4.2 et 46 C.p.c., ainsi que : *Québec (Communauté urbaine de) c. Services de santé du Québec*, [1992] 1 R.C.S. 426 ; *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299 ; *Municipalité du canton de Shefford c. Provençal*, C.A. Québec, no 500-09-000647-958, 6 septembre 2001 ; COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Une nouvelle culture judiciaire*, rapport, Québec, Ministère de la Justice, 2001.

47. *Cité de Pont Viau c. Gauthier MFG Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516, 521 (j. Pratte). Voir également *Bowen c. Ville de Montréal*, [1979] 1 R.C.S. 511, 519 (j. Pigeon), et *Wassef c. Abitbol*, [1986] R.D.J. 73 (C.A.), où la Cour accueille une requête en prorogation de délai en vertu de l'article 484 C.p.c. malgré les erreurs des protonotaires et des procureurs.

48. Voir *Bowen c. Ville de Montréal*, précité, note 47, où la Cour autorise l'appelant à intenter la procédure nécessaire pour faire adjuger sur des conclusions en nullité d'une expropriation.

La dernière partie de l'article 523 C.p.c. a été édictée en faveur de la partie elle-même de façon à tempérer la rigueur de la déchéance automatique du droit d'appel lorsque le titulaire de ce droit [...] n'a pu agir à temps. *L'impossibilité d'agir doit donc s'apprécier du point de vue de celui qui aura à supporter les conséquences de la forclusion s'il n'en est pas relevé*⁴⁹.

Cet arrêt consacre le principe selon lequel l'erreur d'un procureur constitue, selon le contexte, un motif d'impossibilité d'agir qui fonde la Cour d'appel à exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est dévolu par le législateur⁵⁰.

S'autorisant des conclusions dégagées de l'arrêt précédent, la Cour s'est penchée sur l'application du même article alors que les appelants avaient déposé une inscription en appel au mauvais greffe. Elle a accueilli la requête et a accordé une permission d'appeler hors délai⁵¹. Par la même occasion, la Cour suprême précise d'ailleurs les paramètres de la discrétion en statuant que l'impossibilité d'agir ne résulte pas d'un « obstacle invincible », mais s'apparente plutôt à une impossibilité factuelle et relative⁵². Guidés par ces paramètres, les tribunaux inférieurs ont notamment

49. *Cité de Pont Viau c. Gauthier MFG. Ltd.*, précité, note 47, 527 (J. Pratte), l'italique est de nous. Voir aussi *CEGEP André Laurendeau c. Adanox ltée*, [1982] C.A. 253.

50. Signalons que ce délai ne peut dépasser six mois, sous peine de déchéance : *Microlab inc. c. Dauphin*, [1983] C.A. 269 ; *Béland c. Scott*, [1983] R.D.J. 456 (C.A.). Aussi, les chances de succès de l'appel seront prises en considération dans l'exercice de la discrétion : *Longmoor Building Co. Ltd. c. Main Plumbing & Heating Supplies Co.*, [1984] C.A. 82 ; *Berthiaume c. Kinomont Construction inc.*, J.E. 97-463 (C.A.).

51. Voir notamment : *D'Aragon & Associés c. Gravel*, [1996] R.D.J. 33 (C.A.) ; *Canadian Roadway Car Rentals inc. c. Location L.M.S. du Canada (1979) ltée*, [1984] R.D.J. 456 (C.A.) ; *Collard c. Commerce & Industry Insurance Co. of Canada*, [1989] R.D.J. 177 (C.A.) ; *Watier c. Watier*, [1990] R.D.J. 364 (C.A.) ; *Saratoga Construction Ltd. c. Grenache*, [1979] C.A. 227 ; *Nationwide Advertising Service Inc. c. Lafrance*, [1980] R.P. 256 (C.A.) ; *Naudi c. McDonald*, J.E. 79-829 (C.S.) ; *Girard c. Breault*, [1986] R.J.Q. 372 (C.S.) ; *Savard c. Savard (mandataire de)*, B.E. 97BE-98 (C.S.) ; *Scotstown Woodcraft Ltd. c. Dorval Manufacturing Co. Ltd.*, [1978] C.S. 833 ; *Blenda Construction Inc. c. Gouveia*, [1981] C.S. 272 ; *Droit de la famille-1705*, J.E. 93-42 (C.A.) ; *Bunchan c. Robic & Associés inc.*, J.E. 93-541 (C.A.) ; *Latulippe c. Constructions Yvan Labbé*, [1994] R.D.J. 37 (C.A.), J.E. 93-1614 ; *Droit de la famille-3416*, B.E. 99BE-1161 (C.S.) ; *Bois c. Voyages Marcel Béliveau inc.*, J.E. 97-1813 (C.A.) ; *2847-8428 Québec inc. c. Bélanger*, J.E. 99-1893 (C.S.) ; *Anpro Démolition ltée c. Société nationale de cautionnement inc.*, J.E. 98-284 (C.S.).

52. *St-Hilaire c. Bégin*, [1981] 2 R.C.S. 79, 86 (J. Lamer). Voir dans le même sens : *Société canadienne des postes c. Syndicat des postiers du Canada*, J.E. 96-22 (C.A.). Aussi, l'impossibilité ne saurait être réduite à la définition de la force majeure : *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, et *Montréal (communauté urbaine de) c. Crédit Commercial de France*, [2001] R.J.Q. 1187 (C.A.).

prononcé des mesures de redressement dans les cas de problèmes de gestion interne ou de nature administrative, où des erreurs avaient été commises de bonne foi⁵³.

Par opposition, les tribunaux ont maintes fois refusé d'assimiler l'inaction injustifiée des procureurs à une forme d'« impossibilité d'agir », y voyant plutôt un comportement négligent faisant obstacle au prononcé d'une mesure de redressement.

Dans l'affaire *Occhionero c. Roy*⁵⁴, un avocat respectant à la lettre les délais prévus dans le *Code de procédure civile* fait rejeter les défenses des trois parties adverses et procède *ex parte* contre celles-ci en l'absence injustifiée du procureur des défendeurs. Ce dernier présente autant de requêtes en rétractation à l'encontre de ces jugements, lesquelles sont rejetées tour à tour par le juge de première instance et la Cour d'appel. Les décisions s'appuient sur la dichotomie entre l'erreur et la négligence d'un procureur, soulignant que, si la première invite à l'exercice de la discrétion, la seconde constitue une fin de non-recevoir à l'exercice de la discrétion par le tribunal : « la négligence des procureurs ne saurait, en toutes circonstances et encore moins en la présente instance, être assimilée à l'impossibilité prévue par l'article 523 C.p.c.⁵⁵ ». Devant le défaut des procureurs des défendeurs de motiver leur inaction, la Cour d'appel rejette la requête pour permission d'en appeler des trois jugements.

Ces propos ont été repris plus récemment, lorsqu'un avocat a omis de produire son inscription quant au fond dans le délai de 180 jours prévu dans l'ancien article 481.11 C.p.c. (devenu l'article 110.1 C.p.c.), croyant erronément qu'il devait attendre le jugement d'une objection à trancher née d'un interrogatoire après défense avant d'inscrire l'action pour l'enquête

53. Voir par exemple : 2741-5876 *Québec inc. c. Espace Aventure Amérique-Europe inc.*, J.E. 97-1982 (C.Q.) ; *Bilodeau c. Duchesne*, [1997] A.Q. (Quicklaw) no 3325 (C.Q.), J.E. 97-1981 ; *Tremblay c. General Accident Cie d'Assurance du Canada*, [1998] A.Q. (Quicklaw) no 2122 (C.Q.), J.E. 98-337 ; *Matériaux J.P.C. inc. c. Larouche*, J.E. 98-232 (C.Q.) ; *Raphaël c. Moyal*, [1997] A.Q. (Quicklaw) no 3641 (C.Q.), J.E. 97-2138 ; *Aciers Verrelco inc. c. Vinac Construction inc.*, [1997] A.Q. (Quicklaw) no 3642 (C.Q.), J.E. 97-2137 ; *La Société Canada Trust c. Les Placements rue Viger ltée*, C.A. 500-09-005351-978, 12 septembre 1997 ; *Tremblay c. General Accident cie d'assurance du Canada*, C.Q. 200-22-000508-978, 17 octobre 1997, J.E. 98-337.

54. *Occhionero c. Roy*, J.E. 90-1691 (C.A.). Dans le même sens, voir : *Ouellet c. Beaurivage*, [1986] R.J.Q. 2610 (C.A.) ; *CEGEP André Laurendeau c. Adanox ltée*, précité, note 49.

55. *Occhionero c. Roy*, précité, note 54, 33. Voir également *Roy c. Bergeron*, [1970] C.A. 477, 479, et en doctrine : H. KÉLADA et S. NAGUIB, *Les moyens de se pourvoir contre les jugements*, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1997, p. 35 ; M. PARADIS et T. HAYKOWSKY, *op. cit.*, note 44, p. 153.

et l'audition⁵⁶. La Cour rappelle que l'« impossibilité d'agir » s'apprécie non seulement au regard de la distinction entre l'erreur et la négligence de l'avocat, mais également à la lumière d'autres critères, dont le préjudice causé à la partie adverse et la valeur du recours intenté⁵⁷. Elle souligne que l'interprétation donnée à cette expression ne doit pas avoir pour effet secondaire de contourner la responsabilité de l'avocat, dans l'hypothèse où l'autre partie subirait un préjudice de la mesure de redressement proposée par le tribunal, et rejette la requête en ces termes⁵⁸ :

Qu'il s'agisse de Bowen, de Végo ou de Cité de Pont-Viau, toutes ces décisions me semblent respecter le principe que, si la procédure doit servir le droit, elle ne doit surtout pas être source d'injustice pour les justiciables. Je suis d'avis qu'elles n'ont pas pour effet la mise au rancart des règles de droit applicables à la compétence et à la responsabilité de l'avocat.

Les principes qui se dégagent de ces arrêts témoignent d'une certaine réticence des tribunaux à faire supporter au client les conséquences découlant d'erreurs procédurales des avocats en l'absence de préjudice pour la partie adverse⁵⁹. L'exercice de pondération qui en découle évoque l'équilibre entre le droit des justiciables à une justice contextualisée, et celui de la collectivité à la stabilité des jugements. Il aboutit à un compromis qui se matérialise à travers la distinction entre l'erreur et la négligence du procureur. Alors que la première justifie les tribunaux de relever la partie de son défaut, la seconde renvoie le justiciable aux règles de la responsabilité professionnelle et de la déontologie, lorsqu'elles s'appliquent.

56. *Têtu c. Bouchard*, [1998] R.J.Q. 1938 (C.A.). Sur l'application de cette disposition, voir également *Gagné c. Studer*, [1998] A.Q. (Quicklaw) no 3052 (C.A.); *Montrose Builders Ltd. c. Laval (Ville de)*, [1998] A.Q. (Quicklaw) no 2441 (C.A.); *Lafleur c. Vaillancourt*, C.A. Montréal, no 500-09-009683-004, 13 octobre 2000 (*obiter dictum* du juge Chamberland), J.E. 2000-2038.

57. *Têtu c. Bouchard*, précité, note 56, paragr. 43.

58. *Id.*, paragr. 51 (j. Letarte). Voir aussi : *Réal Boisvert Transport inc. c. Ménard*, J.E. 98-285 (C.S.); *Yale Properties Ltd. c. 2869-4917 Québec inc.*, B.E. 98 BE-1268 (C.S.); *Pouliot c. Vachon*, J.E. 98-283 (C.S.). *Contra* : *Larouche c. Matériaux J.P.C. inc.*, J.E. 98-232 (C.A.); *Brasserie Labatt ltée c. Roy*, J.E. 98-2348 (C.A.); *Yeun c. Kabbaj*, B.E. 2000BE-390 (C.A.); *Morasse c. A.P.C.H.Q.*, [1998] R.J.Q. 1621 (C.Q.). Voir de plus l'importante jurisprudence recensée par H. REID et C. CARRIER, *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine 2003*, 19e éd., coll. « Alter Ego », Montréal, Wilson & Lafleur, 2003.

59. *St-Hilaire c. Bégin*, précité, note 52, 88.

2.2.2 L'interprétation *lato sensu* et la résorption de la négligence de l'avocat

Si la distinction prend toute sa signification dans le contexte de l'évaluation de la faute civile ou de l'instance en déontologie professionnelle, certains remettent en question sa pertinence dans le contexte de l'interprétation de l'impossibilité d'agir. Lors de l'arrêt *Ouellet c. Beaurivage*, la Cour observait ce qui suit : « Il est maintenant constant que *l'erreur et la négligence* de l'avocat ne devraient pas préjudicier au client qui a fait diligence raisonnable, s'il y a possibilité d'y remédier sans injustice pour la partie adverse⁶⁰. » De même au sein du banc de l'arrêt *Occhionero*⁶¹, une voix préconisait un usage contextualisé de la discrétion judiciaire, sans égard à la distinction entre l'erreur et la négligence⁶². La dissidence de l'un des juges de la Cour d'appel à l'occasion de l'arrêt *Têtu c. Bouchard* abonde dans le même sens :

La Cour suprême a plusieurs fois rappelé à notre Cour que, malgré la rigueur du texte de procédure la sauvegarde des droits de la partie, *même et peut-être surtout si son avocat fut négligent* devait demeurer le souci premier d'un juge si le redressement ne cause aucun préjudice à l'adversaire.⁶³

Il n'est pas de notre propos de discuter de l'opportunité d'inclure la négligence parmi les motifs d'« impossibilité d'agir ». Quelle que soit la portée attribuée à ces jugements, il demeure que l'exercice de cette discrétion par la Cour constitue souvent une entorse aux règles traditionnelles du mandat (qui aménagent les sanctions de l'inexécution par l'une des parties). En ce sens, il interagit sur les plans pratique et théorique avec le mécanisme de contrôle formel de la compétence des avocats que sont la responsabilité civile et l'action disciplinaire⁶⁴.

60. *Ouellet c. Beaurivage*, précité, note 54, 2614 (j. Bernier, dissident pour d'autres motifs). *Contra* : D. FERLAND et B. EMERY, *op. cit.*, note 44, p. 4 et 5.

61. *Occhionero c. Roy*, précité, note 54 : « With respect, however, I am unable to share his views [juge Brossard] as to any distinction, in relation to « impossibility to act » within the meaning of 484 and 523 C.C.P., between « l'erreur de procédure de la part d'un avocat... et la négligence pure et simple du procureur » (j. Fish).

62. Voir également *CEGEP André Laurendeau c. Adanox ltée*, précité, note 49 (j. Owen).

63. *Têtu c. Bouchard*, précité, note 56 (j. Gendreau), l'italique est de nous.

64. *St-Hilaire c. Bégin*, précité, note 52, 87, et *Commerce & Industry Insurance Co. of Canada c. Collard*, [1989] R.D.J. 177 (C.A.), où un criminaliste, peu familiarisé avec la procédure en matière civile, a négligé de réviser l'avis d'audition et s'est présenté en retard à l'audition. La Cour a statué que la partie (le client) n'avait pas à subir le poids du préjudice causé par la négligence de son procureur.

2.3 L'incidence de la procédure civile sur le contrôle de la compétence de l'avocat

Plus précisément, la pertinence de ces décisions réside dans le chevauchement qu'elles opèrent entre la responsabilité professionnelle et la justice procédurale, particulièrement lorsqu'elles attribuent à la négligence les mêmes effets juridiques qu'à l'erreur. L'inclusion de la négligence des avocats dans la sphère des motifs justifiant l'exercice de pouvoirs discrétionnaires en matière civile a pour effet de contourner les règles de la responsabilité civile des avocats.

Par-delà cette distinction, il y a lieu de rappeler que les avocats, en matière de procédure, sont souvent débiteurs d'une obligation de résultat, du moins quant à la computation des délais⁶⁵. D'un point de vue purement théorique, donc, chaque mesure de redressement imposée par les tribunaux et née de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire équivaut à autant d'actions en responsabilité professionnelle évitées⁶⁶, et chaque action en responsabilité professionnelle évitée correspond à une inexécution contractuelle demeurée sans conséquence pour l'avocat. Ce syllogisme porte à la conclusion suivante : une fraction des incompétences demeure en marge des mécanismes de contrôle de la compétence des avocats puisqu'elles sont peu susceptibles d'être soumises à l'attention du comité de discipline en raison de l'absence de préjudice pour le mandant.

65. Voir notamment : *Lavoie c. West Island Plomberie et Chauffage ltée*, [1996] R.R.A. 13 (C.A.); *Stranges c. Bélanger*, [1993] R.R.A. 580 (C.S.); *Beaupré c. Joly*, [1971] C.S. 199; *Turgeon c. Blanchet*, [1973] C.S. 18; *Lacoursière c. Laplante*, [1976] C.A. 433; *Lemay c. Richer*, [1987] R.R.A. 190 (C.S.); *Temple du réveil miraculeux c. Pion*, [1991] R.R.A. 230 (C.Q.); *Trudel c. Dion*, [1992] R.R.A. 96 (C.S.); *Duhamel c. Manella*, [1995] R.R.A. 333 (C.S.); *Ruel c. Gilbert*, [1995] R.R.A. 516 (C.S.); et en doctrine : P.A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 1, 282; A. POUPART, « En matière de responsabilité professionnelle, les tribunaux ont-ils été trop sévères à l'égard des avocats ? », dans B.M. KNOPPERS (dir.), *La responsabilité civile des professionnels au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 157; P.-A. CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique, ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

66. C'est le cas dans la mesure où, il va de soi, le lien causal et le préjudice pouvaient être établis : voir notamment les décisions : *Gicas c. Kaufman*, J.E. 98-1922 (C.A.); *Bickerstaff c. Brosseau*, [1989] R.R.A. 916 (C.S.), où le lien de causalité a été jugé inexistant puisque le jugement n'aurait vraisemblablement pas pu être exécuté; *Trudel c. Dion*, [1992] R.R.A. 96 (C.S.); *Fertek inc. c. Sproule, Castonguay, Pollack*, B.E. 99BE-415 (C.S.), où il y a absence de lien causal puisque l'appel était voué à l'échec; *Beauchemin-Beaton Lapointe inc. c. Guy & Gilbert*, [1997] R.R.A. 911 (C.A.), où la faute de l'arbitre éclipse celle de l'avocat; *Rocheleau c. Downs*, [1998] R.R.A. 86 (C.S.; en appel, C.A. Montréal, no 500-09-005943-972) : le défaut de signifier des actes de procédure à un intervenant ne suffit pas à engager la responsabilité de l'avocat fautif puisque l'appel était au départ voué à l'échec.

Conclusion

En matière de procédure, les pouvoirs discrétionnaires dévolus aux tribunaux par le législateur permettent de balancer l'intérêt collectif à la stabilité des jugements et l'intérêt de chaque justiciable à voir le litige particularisé à sa situation. À l'issue de notre étude, deux constats s'imposent.

D'abord, la tendance des tribunaux québécois dans le domaine de la procédure civile et pénale est marquée par un accroissement des pouvoirs des juges, doublé d'un rejet de l'approche formaliste dans l'interprétation des règles de procédure civile⁶⁷. Cette propension, qui place l'individu au cœur de son initiative, comporte cependant des conséquences sur le plan du contrôle de la compétence des avocats. En focalisant leur attention sur le préjudice que subirait le client de l'erreur ou de la négligence de l'avocat sans l'intervention du tribunal, les juges résorbent certaines fautes professionnelles qui seraient autrement l'apanage des règles de responsabilité civile ou du droit disciplinaire.

Ensuite, si la flexibilité certaine de la procédure est nécessaire pour assurer une saine administration de la justice, il serait néanmoins souhaitable que les fautes commises par l'avocat dans l'instance pour laquelle il a obtenu un mandat soient portées à la connaissance du comité de discipline. S'il ne faut pas affliger la profession juridique d'austérités démesurées, il ne convient pas de minimiser l'importance de l'objectif de protection du public qui légitime en définitive l'octroi du monopole des services juridiques.

67. Voir en ce sens J.-G. BELLEY, *loc. cit.*, note 43, 330, qui observe la transformation d'une justice étatique vers l'émergence d'un droit sociétal et réflexif inspiré du modèle communicationnel habermassien et de l'approche systémique de N. Luhmann et G. Teubner.