

LE DROIT À L'AVOCAT, UNE HISTOIRE D'ARGENT*

Emmanuelle Bernheim** et Richard-Alexandre Laniel***

Le phénomène des justiciables non représentés ne cesse de prendre de l'ampleur au Québec. Symptôme de services juridiques de moins en moins financièrement accessibles, il occasionne d'importantes conséquences sur les acteurs judiciaires et sur l'administration de la justice, en plus de nuire aux perspectives de gain des justiciables concernés. Dans ce contexte, la reconnaissance du droit d'être représenté par un avocat rémunéré par l'État apparaît parfois comme une solution afin de dénouer l'impasse.

À partir d'une revue critique de la législation et de la jurisprudence sur le droit à l'avocat, les auteurs soutiennent la position selon laquelle les paramètres de reconnaissance du droit à l'avocat, qu'ils soient constitutionnels ou législatifs, dépendent de considérations de nature financière. Les limites au droit à l'avocat, qui sont propres à une conjoncture politique essentiellement néolibérale, font pourtant courir des risques juridiques majeurs aux justiciables non représentés. L'acceptation de ces risques en tant que responsabilité des justiciables a pour effet de transposer les inégalités économiques en inégalités juridiques et judiciaires.

Self-representation is a growing trend in Quebec, due to the ever-increasing cost of legal services. This trend has major repercussions on the actors in the legal system and on the administration of justice, in addition to undermining the litigants' prospects of winning. In such a context, recognition of the right to legal representation at the state's expense sometimes looks like a solution to the problem.

Beginning with a critique of the statutes and the case law concerning the right to legal representation, the authors go on to support the position that the parameters for the recognition of the right to legal representation,

* Cette recherche est financée par le Fond de recherche Société et culture (programme établissement de nouveaux professeurs-chercheurs 2013-16) et le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (bourse de maîtrise 2014-15). La consultation des sites web cités dans le texte est à jour au 16 mars 2015.

** Professeure, département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal et chercheure au Centre de recherche de Montréal sur les inégalités sociales.

*** BA, LLB, candidat à la maîtrise, département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

both constitutional and legislative, hinge on financial considerations. However, the limits on the right to legal representation, which are characteristic of an essentially neoliberal political climate, cause unrepresented litigants to run significant legal risks. Accepting these risks as one of a litigant's liabilities translates economic inequality into legal and judicial inequality.

« Celui qui se défend lui-même a un idiot
comme avocat et un imbécile comme client. »

– Abraham Lincoln

Alors que l'accès à la justice constitue une préoccupation constante¹, matérialisée depuis plusieurs décennies dans les objectifs des différentes réformes de la justice, le nombre de justiciables non représentés² (JNR) devant les tribunaux – civils, criminels et administratifs – et à tous les niveaux d'instance ne cesse d'augmenter³. Cette présence de plus en plus visible, qui met en évidence la tension idéologique sous-jacente à une

¹ Notamment de la part des juges. Voir par ex Beverley McLachlin, « The Challenges We Face » (2007) 40 UBC L Rev 819 à la p 828 :

Unfortunately, many Canadian men and women find themselves unable, mainly for financial reasons, to access the Canadian justice system. Some of them decide to become their own lawyers. Our courtrooms today are filled with litigants who are not represented by counsel, trying to navigate the sometimes complex demands of law and procedure. Others simply give up. Recently, the Chief Justice of Ontario stated that access to justice is the most important issue facing the legal system.

² Nous choisissons délibérément de parler de « justiciables non représentés » [JNR] plutôt que de « justiciables se représentant eux-mêmes » pour refléter le fait qu'il ne s'agit le plus souvent pas d'un choix mais bien d'une contrainte (Nicholas Bala et Rachel Birnbaum, « Family litigants without lawyers – Study documents growing challenges for the justice system » (2011) 31 : 12 *The Lawyers Weekly* 9); Julie Macfarlane, *The National Self-Represented Litigants Project : Identifying and Meeting the Needs of Self-Represented Litigants*, Rapport de recherche présenté aux Fondations du droit de l'Ontario, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, mai 2013.

³ *Ibid* à la p 15. En 2010, 25 % des demandes déposées à la Cour suprême du Canada émanaient de JNR (Cour suprême du Canada, *Budget des dépenses 2010-2011 – Un rapport sur les plans et les priorités*, Ottawa, 2010 à la p 9). On rapporte une moyenne de 40 % de justiciables non représentés devant les instances criminelles (Ministère de la Justice du Canada, *Étude nationale sur les adultes non représentés accusés devant les cours criminelles provinciales – Partie 1*, Ottawa, 2002 à la p 17), un chiffre qui grimpe à 50 % en matière familiale à la Cour supérieure (Michel Robert, « La magistrature à l'ère du jugement sur mesure » dans les Actes du colloque Éducaloi, *Dire le droit pour être compris*, Montréal, 21 octobre 2010 à la p 10 <http://www.colloque.educaloi.qc.ca/uploads/presentations/j.j.%20robert_la%20magistrature%20%C3%A0%2011%C3%A8re%20du%20jugement%20sur%20mesure_22-10-10-1.pdf>).

vision de la justice « inscrite dans le néolibéralisme »⁴ de celle de la justice « service public »⁵, force à s'interroger sur la conception que l'on se fait de cet accès. S'agit-il de s'assurer de l'égalité formelle des parties ou, au contraire, de tenir compte des éléments qui sont susceptibles d'avoir un effet sur les conditions d'exercice des droits? Quel est le rôle spécifique des avocats en matière d'accès? Peut-on parler d'un droit à l'avocat ou seulement du privilège d'être représenté par l'un d'entre eux?

La doctrine regorge d'articles portant sur les effets de la présence des JNR – coûts plus élevés⁶, rallongement des procédures et des audiences⁷, protection des droits incertaine⁸, pression sur la magistrature, le personnel judiciaire et les avocats⁹ – et sur les solutions à mettre en place pour pallier au problème qu'ils posent au fonctionnement des tribunaux. Parmi ces solutions, certains envisagent la reconnaissance du droit à l'avocat en tant que droit fondamental¹⁰. Alors que la disponibilité des ressources

⁴ Jacques Commaille, « La justice entre *détraditionnalisation, néolibéralisation* et *démocratisation* : vers une théorie de sociologie politique de la justice » dans Jacques Commaille et Martine Kaluszynski, dir, *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, 293; Stephen Tomsen, « Legal Services and Neo-Liberalism in an Unequal Legal Order » (2008) 10 Flinders LJ 609.

⁵ Pierre Noreau, « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections » dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives*, Montréal, Thémis, 2010 à la p 41.

⁶ Rabea Assy, « Revisiting the Right to Self-representation in Civil Proceedings » (2011) 30 CJQ 267; Rachel Birnbaum et Nicholas Bala, « Views of Ontario Lawyers on family litigants without representation » (2012) 65 UNBLJ 99.

⁷ Sande L Buhai, « Access to Justice for Unrepresented Litigants : a comparative Perspective » (2009) 42 Loy LA L Rev 979; Camille Cameron et Elsa Kelly, « Litigants in Person in Civil Proceedings : Part 1 » (2002) 32 Hong Kong LJ 313; Canadian Research Institute for Law and the Family et Fondation du droit de l'Alberta, *Self-Represented Litigants in Family Law Disputes: Views of Alberta Lawyers*, par Lorne D Bertrand et al, décembre 2012.

⁸ Rosemary Hunter, « Adversarial Mythologies: Policy Assumptions and Research Evidence in Family Law » (2003) 30 : 1 JL & Soc'y 156 à la p 170; Maria De Michele, « La partie qui n'est pas représentée par un avocat » dans Barreau du Québec, *Éthique, profession juridique et société*, coll de droit 2011-2012, vol 13 à la p 138.

⁹ Anne-Marie Langan, « Threatening the Balance of the Scales of Justice: Unrepresented Litigants in the Family Courts of Ontario » (2005) 30 Queen's LJ 825 aux para 35-37; Rachel Birnbaum, Nicholas Bala et Lorne Bertrand, « The Rise of Self Representation in Canada's Family Court : the Complex Picture Revealed in Surveys of Judges, Lawyers and Litigants » (2013) 91 R du B Can 67 aux pp 80-85; Macfarlane, *supra* note 2 aux pp 62-63, 78, 124.

¹⁰ Earl Johnson Jr, « Will Gideon's Trumpet Sound a New Melody? The Globalization of Constitutional Values and Its Implications for a Right to Equal Justice in Civil Cases » (2003) 2 Seattle Journal for Social Justice 201; Buhai, *supra* note 7 à la p 1011.

financières – tant privées (par les justiciables eux-mêmes) que publiques (par le biais par exemple de l'aide juridique) – est au cœur du problème¹¹, quelques auteurs affirment que la reconnaissance d'un tel droit permettrait la création d'obligations positives à la charge de l'État¹². Il convient ici de rappeler qu'au moment des débats parlementaires entourant l'adoption du régime d'aide juridique québécois, le ministre Choquette affirmait que le projet visait à assurer des services juridiques gratuits « à toute personne qui ne dispose pas des moyens suffisants pour obtenir un conseil juridique ou exercer un droit devant le tribunal »¹³. Le droit à l'avocat¹⁴ a depuis fait l'objet d'une consécration dans les Chartes canadienne¹⁵ et québécoise¹⁶.

Les JNR prétendent régulièrement devant les tribunaux supérieurs que leur non-représentation par avocat a eu un effet négatif sur la décision judiciaire en première instance¹⁷. Les tribunaux reconnaissent volontiers l'« importance des actes posés par les avocats » en lien avec « la vulnérabilité des justiciables qui leur confient leurs droits »¹⁸. Apparaissant comme « des

¹¹ 78% des québécois considèrent ne pas avoir les moyens d'aller devant les tribunaux : Pierre-Claude Lafond, *L'accès à la justice civile au Québec : Portrait général*, Cowansville, Yvon Blais, 2012 à la p 29. Une étude menée dans trois provinces canadiennes a démontré que l'incapacité de payer concerne 90% des JNR : Macfarlane, *supra* note 2 à la p 48.

¹² Voir par ex Vicky Schmolka, *Making the Case : The Right to Publicly-funded Legal Representation in Canada*, Canadian Bar Association, Ottawa, 2002.

¹³ Tel que cité dans Monique Jarry, « Le droit d'être représenté devant les tribunaux civils : réalité ou mythe » dans André Riendeau, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 à la p 279. Voir aussi William A Schabas, « Legal Aid Reform in Quebec » (1998) 16 Windsor YB Access Just 280 à la p 280; *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, RLRQ c A-14, art 3.2 (1).

¹⁴ Soulignons que les différents textes législatifs ne parlent pas nécessairement de « droit à l'avocat », mais de droit « à l'assistance d'un avocat » ou « à la représentation par avocat ». Pour des raisons pratiques évidentes, nous emploierons l'expression « droit à l'avocat ».

¹⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, art 10b), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*] : « Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention: [...]

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. »

¹⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art 34 [*Charte québécoise*] : « Toute personne a droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal. »

¹⁷ Voir par ex *Droit de la famille 123479*, 2012 QCCA 2201 au para 11; *Michalakopoulos c Jamal*, 2009 QCCA 1959 au para 5; *Masson c Jolivet*, 2011 QCCA 1965 au para 5.

¹⁸ *Fortin c Chrétien*, [2001] 2 RCS 500 au para 17 [*Fortin*].

intermédiaires essentiels permettant aux citoyens d'avoir accès aux tribunaux et au droit »¹⁹, les avocats sont des « preux chevaliers » symbolisant à la fois « la défense de la liberté » et la maîtrise « des secrets du droit et de la procédure »²⁰. Il est ainsi généralement possible pour les parties à une instance de faire une demande d'ajournement d'audience afin de se procurer un avocat²¹; à moins que le tribunal n'arrive à la conclusion que la demande vise à retarder indûment le déroulement des procédures, il l'accordera en vertu du droit à un procès juste et équitable²². En matière criminelle, le « droit à l'assistance effective d'un avocat »²³ protège l'accusé contre l'incompétence de son procureur : s'il démontre qu'une atteinte à ses droits résulte du travail de son avocat, il aura droit à un nouveau procès²⁴. Ce droit est lié au rôle essentiel de l'avocat de la défense – considéré comme un « champion »²⁵ – tant par rapport à l'équité du procès que de la fiabilité de la décision judiciaire²⁶.

Le fait de ne pas être représenté impliquerait donc un risque pour un justiciable profane, sans compétences juridiques²⁷. La consultation de la jurisprudence de la Cour d'appel concernant des JNR permet d'ailleurs de constater qu'en plus d'un certain nombre de difficultés d'ordre procédural – délais non respectés, dossiers incomplets, incompréhension de la fonction juridique de l'appel, etc²⁸ – leurs arguments sont le plus souvent

¹⁹ *Colombie-Britannique (PG) c Christie*, [2007] RCS 873 au para 22 [*Christie*].

²⁰ *Fortin*, *supra* note 18 au para 51.

²¹ *Moynan c R*, 2007 QCCA 1093 au para 43 [*Moynan*]; *R c Conway*, [1989] 1 RCS 1659 [*Conway*]; *R c Askov*, [1990] 2 RCS 1199; *Droit de la famille – 857*, (1990) RDF 473 (CA).

²² *Moynan*, *supra* note 21 au para 26; *R c Guité*, 2005 CanLII 10504 (QC CS).

²³ *R c GDB*, [2000] 1 RCS 520; *Roberge c R*, 2011 QCCA 1596. Voir aussi *Memari c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1196; *Bi c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 293.

²⁴ *R c Laperrière*, [1996] 2 RCS 284.

²⁵ *R c Joanisse*, (1995) 102 CCC (3d) 35 (CA Ont). Voir aussi Trevor C W Farrow, « Sustainable Professionalism » (2008) 46 Osgoode Hall LJ 51.

²⁶ *Vachon c R*, 2011 QCCA 2103 aux para 63-67. Voir aussi *R c Delisle*, [1999] RJQ 129; *Fortin*, *supra* note 18 au para 51.

²⁷ *Ménard c Gardner*, 2012 QCCA 1546 au para 58 : « celui qui choisi d'agir sans avocat doit en assumer les inconvénients et ne peut ordinairement pas se plaindre des conséquences de sa méconnaissance du droit, incluant les règles de preuve et de procédure du moins lorsqu'il a reçu l'aide que le tribunal doit lui accorder. » Voir aussi *Guenette c R*, 2002 CanLII 7883 (QC CA); *Ville de Verdun c Sureau*, 500-10-001660-990 (CA). Soulignons que, dans de rares circonstances, le tribunal prend la peine de mentionner que, même représentés, les JNR n'auraient pu avoir gain de cause : *Martinez c Péris Construction inc*, 2013 QCCA 1008 au para 14.

²⁸ Certains sont littéralement perdus dans les dédales de la justice. Voir par ex *Mitri c Lafleur*, 2010 QCCA 1254 au para 2 ; *Golzarian c Association des policiers provinciaux du Québec*, 2011 QCCA 1250.

rejetés²⁹. La non-représentation par avocat n'est pourtant généralement pas considérée comme constituant en soi une atteinte aux droits procéduraux.

La constitution d'une base de données de décisions de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec³⁰ permet de constater que la non-représentation est un phénomène régulièrement présent devant ces tribunaux. Cependant, les décisions discutant en détail de la question sont peu nombreuses, la majorité n'en faisant mention qu'au moment de nommer les représentants des parties, après l'énoncé du dispositif. Quelques décisions font état de la question du droit à l'avocat, en lien avec l'accès à la justice et la primauté du droit³¹; en dépit du rôle « fondamental » des avocats au regard de l'administration de la justice et du processus judiciaire, les arguments de fond ont été généralement rejetés³². L'aspect budgétaire est au cœur des argumentaires judiciaires, le fardeau fiscal associé étant qualifié de « non négligeable » puisque « l'existence de services juridiques garantis inciterait des personnes qui autrement ne le feraient pas à s'adresser aux tribunaux »³³. La question du droit à l'avocat

²⁹ En excluant les demandes jugées abusives ou quérulentes. Voir notamment Ronald W Staudt et Paula L Hannaford, « Access to justice for the self-represented litigant: an interdisciplinary investigation by designers and lawyers » (2002) 52 Syracuse L Rev 1017; Rory K Schneider, « Illiberal Construction of Pro Se Pleadings » (2011) 159 U Pa L Rev 585 à la p 589.

³⁰ La recherche jurisprudentielle sur les bases de données CanLII et Quicklaw avec les mots-clés « représenté seul », « sans avocat », « non représenté », « unrepresented », « self-represented », « self-represented litigant » et « unrepresented litigant » nous a permis d'obtenir 460 décisions de la Cour d'appel du Québec (sur la période 2008-2013) et 113 décisions de la Cour suprême du Canada (sans filtre pour les dates). De ces décisions, nous n'avons retenu que celles où la situation spécifique d'un JNR était discutée (Cour d'appel N=112; Cour suprême N=12). L'analyse inductive de ces décisions nous a amenés à dégager trois thèmes principaux de recherche : le droit à l'avocat, le droit de se représenter soi-même et le rôle d'assistance du tribunal. De ces 112 décisions, 16 portaient spécifiquement sur le droit à l'avocat. Nous avons complété cette première recherche par les décisions majeures de différentes juridictions.

³¹ *Christie*, *supra* note 19. Soulignons que l'accès à la justice est un droit protégé par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n°5 : *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59 [*Trial Lawyers*].

³² Voir par ex *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143 à la p 187 [*Andrews*]; *Law Society of British Columbia c Mangat*, [2001] 3 RCS 113 au para 43; *Fortin*, *supra* note 18 au para 49.

³³ *Christie*, *supra* note 19 au para 14. Dans *Winters c Legal Services Society*, [1999] 3 RCS 160 au para 9, la Legal Services Society de Colombie-Britannique fait valoir que

[t]oute extension judiciaire des services juridiques obligatoires au sens de la Loi peut avoir de graves conséquences budgétaires. Elle estime, par exemple, que l'arrêt *Gonzalez Davi c. British Columbia (Legal Services Society)*, (1991), 55 B.C.L.R.

est donc très généralement réduite à la facture qui y est associée³⁴, les tribunaux procédant, au cas par cas, à un calcul coûts-bénéfices mettant en balance enjeux juridiques et fardeau financier³⁵. Dans certaines situations, l'obligation de l'État à « prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'équité de l'audience » peut justifier son obligation de fournir les services d'un avocat³⁶; elles restent cependant exceptionnelles, y compris quand l'État est partie au litige ou même à l'origine d'une violation des droits constitutionnels³⁷. Mentionnons que dans des cas encore plus exceptionnels et pour « empêcher une atteinte grave à l'administration de la justice », le tribunal peut aller jusqu'à « contraindre un avocat à représenter un client gratuitement »³⁸.

La question du droit à l'avocat ne se pose donc pas dans l'absolu, en termes d'universalité ou d'inaliénabilité : elle est plutôt liée à l'obligation pour l'État d'en défrayer les coûts. Bien que le droit à l'avocat reste « relatif » et « limité »³⁹, il constitue bien souvent le seul moyen d'obtenir des services juridiques pour qui n'en a pas les moyens. Il existe essentiellement deux types de circonstances exceptionnelles qui permettent de l'invoquer : des circonstances juridiques et des circonstances personnelles. Alors que la violation des droits constitutionnels d'un JNR peut, dans certains cas, justifier la protection constitutionnelle du droit à l'avocat (*1. Le droit constitutionnel d'être représenté par un avocat rémunéré par l'État*), il est expressément prévu par voie de dispositions législatives dans des situations telles que l'indigence ou l'inaptitude et fait l'objet de mesures judiciaires exceptionnelles lorsque le JNR n'a plus l'intérêt pour agir (*2. Les autres sources et application du droit à l'avocat rémunéré par l'État*).

(2d) 236, par lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique lui a ordonné de fournir les services d'un avocat aux personnes faisant l'objet d'audiences en matière d'immigration, l'amène à dépenser environ 3,5 millions de dollars par année.

³⁴ La question plus générale de la représentation et de l'accès à des services de soutien dans la préparation des procédures a été également discutée : voir *Bibaud c Québec (Régie de l'assurance maladie)*, [2004] 2 RCS 3 [*Bibaud*]; *Lessard c Thibault*, 2010 QCCA 2159; *Fortin*, *supra* note 18.

³⁵ Lafond, *supra* note 11 à la p 111; Lorne Sossin, « The Justice of Access : Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid? » 2007 40 : 2 UBC L Rev 727. Voir aussi *Trial Lawyers*, *supra* note 31.

³⁶ Et plus particulièrement lorsque les intérêts protégés par l'article 7 de la *Charte canadienne*, *supra* note 15 sont en jeu : *N-B (Min de la Santé et des services communautaires) c GJ*, [1999] 3 RCS 46 au para 2 [*N-B (Min de la Santé)*].

³⁷ L'obligation constitutionnelle de l'État de fournir un avocat se limite à « des cas exceptionnels » : *Québec (Procureur général) c Québec (Ministre de la Justice)*, 2003 CanLII 33470 (QC CA) au para 124 [*Québec c Québec*].

³⁸ En refusant une demande d'autorisation de cesser d'occuper pour non-paiement d'honoraires : *R c Cunningham*, 2010 CSC 10 au para 45, [2010] 1 RCS 331.

³⁹ Lafond, *supra* note 11 à la p 109.

1. Le droit constitutionnel d'être représenté par un avocat rémunéré par l'État

Le « droit constitutionnel d'un prévenu⁴⁰ indigent d'être représenté par un avocat rémunéré par l'État »⁴¹ n'est reconnu que dans les cas où la violation de ses droits constitutionnels, lors du procès, peut être établie (conformément aux articles 7, 10b) et 11d) de la *Charte canadienne*)⁴² et que la représentation par avocat est essentielle pour assurer l'équité des procédures⁴³. Dans ces cas, c'est en vertu de la *Charte canadienne* que l'obligation de fournir des services juridiques incombe à l'État, et il convient de différencier le droit statutaire à l'aide juridique du droit constitutionnel à la représentation par avocat⁴⁴. N'étant pas un droit « absolu » ou « général », y compris dans les cas mettant en jeu les droits à la liberté ou à la sécurité, son existence est déterminée en fonction des circonstances du litige, au cas par cas⁴⁵.

1.1 Nature et champ d'application du droit

En matière criminelle, pour forcer la reconnaissance du droit constitutionnel d'un accusé à l'avocat, une requête de type *Rowbotham*⁴⁶ peut être

⁴⁰ La grande majorité de la jurisprudence en matière de droit constitutionnel à l'avocat rémunéré par l'État émane d'instances criminelles. Dans ce développement, pour des raisons de cohérence, nous parlerons plutôt d'accusé que de JNR.

⁴¹ *Québec c Québec*, *supra* note 37 au para 110.

⁴² *Ibid* au para 175. Même avant l'adoption de la *Charte canadienne*, les tribunaux imposaient l'obligation à l'État de payer pour l'avocat d'un accusé s'il fallait lui assurer un procès équitable : voir *Re Ewing and Kearney and The Queen*, (1974) 18 CCC (2d) 356 (BC CA); *Re White and The Queen*, (1976) 32 CCC (2d) 478 (Alb SC (TD)).

⁴³ *Québec c Québec*, *supra* note 37 au para 120.

⁴⁴ Il y a lieu d'établir une distinction entre « (1) le droit d'être représenté par un avocat loyal et compétent, (2) le droit d'être représenté par l'avocat de son choix, (3) le droit statutaire d'être représenté par un avocat aux frais de l'État et (4) le droit constitutionnel d'être représenté par un avocat aux frais de l'État. » : *ibid* aux para 110-15. Voir aussi Lafond, *supra* note 11 à la p 109.

⁴⁵ *Québec c Québec*, *supra* note 37 au para 120 :

Comme la Charte n'impose pas à l'État une obligation constitutionnelle positive de fournir des services juridiques, il s'agit de déterminer dans quels cas il s'avère nécessaire, pour assurer la tenue d'un procès équitable, que le gouvernement rémunère les services d'avocat. Cette obligation se limite aux seules affaires pour lesquelles la représentation est essentielle à l'équité du procès. Il ne s'agit donc pas d'un droit constitutionnel absolu ou général, mais plutôt d'un droit limité dont l'existence est déterminée par les circonstances de l'espèce.

⁴⁶ L'expression « requête de type Rowbotham » a pour origine une décision de la Cour d'appel de l'Ontario où le droit à un avocat rémunéré par l'État a été reconnu : *R c Rowbotham*, 1988 CanLII 147 (ON CA) [*Rowbotham*]. Il faut noter que le législateur

exceptionnellement⁴⁷ déposée, normalement avant la tenue du procès⁴⁸, afin de forcer l'État – habituellement, le Procureur général de la province – à s'assurer de la représentation de l'accusé⁴⁹. Le fardeau de preuve incombe à l'accusé qui devra démontrer, selon la prépondérance des probabilités : 1- son état d'indigence et 2- la nécessité de sa représentation par avocat pour préserver l'équité du procès. Si la démonstration est concluante, le tribunal constate la violation des droits constitutionnels de l'accusé non représenté et ordonne, à titre de réparation⁵⁰, la suspension temporaire de l'instance et/ou ordonne à l'État d'assumer les frais d'avocat⁵¹.

L'état d'indigence de l'accusé, soit le premier critère, correspond à la conviction du juge que l'accusé n'a pas les ressources financières suffisantes pour payer les honoraires d'un avocat⁵². Il ne semble pas exister de critères économiques fixes pour déterminer l'état d'indigence et l'appréciation de la capacité de payer est à l'entière discrétion du juge. Sont pris en considération les éléments suivants : les actifs, les revenus, la capacité d'emprunt, les revenus du conjoint, des enfants ou d'autres parents, etc.⁵³ Il est loisible au tribunal de relever les dépenses habituelles du ménage pour en dresser un bilan financier⁵⁴. L'accusé doit prouver qu'il a agi avec diligence pour obtenir de l'aide juridique gouvernementale et que cette aide lui a été refusée⁵⁵. Dans certains cas, plus rares, un accusé peut réussir à démontrer son indigence nonobstant son admissibilité à

québécois a amendé la *Loi sur l'aide juridique* en adoptant en 2010 la *Loi encadrant l'obligation faite à l'État de financer certains services juridiques*, LQ 2010, c 12, afin d'ajouter une série de dispositions qui attribuent des services juridiques à des accusés sans égard à leur admissibilité au régime général d'aide juridique, lorsqu'une ordonnance judiciaire allant en ce sens est rendue : *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, *supra* note 13, art 83.1 et s.

⁴⁷ Rowbotham, *supra* note 46 à la p 69.

⁴⁸ *N-B (Min de la Santé)*, *supra* note 36 au para 84. Une récente décision de la Cour d'appel d'Alberta, *R c Willick*, 2014 ABPC 243 aux para 46-50, a également octroyé un *amicus curiae* à un accusé pour le processus de préparation et de présentation de la requête de type Rowbotham.

⁴⁹ Cette mesure judiciaire fait consensus dans la jurisprudence canadienne. Voir par ex *Québec c Québec*, *supra* note 37; *R c Sechon*, 1995 CanLII 4978 (QC CA) [*Sechon*]; *R v Rockwood*, (1989) 49 CCC (3d) 129 (NS CA); *R c Rain* (no 2), (1998) 130 CCC (3d) 167 (Alb CA); *R c Drury*, [2000] MBCA 100; *R v Kim*, 2002 BCCA 133 (BC CA).

⁵⁰ En vertu de l'article 24 (1) de la *Charte canadienne*, *supra* note 15.

⁵¹ *Québec c Québec*, *supra* note 37 aux para 123,159-61.

⁵² *Pearson c Québec (Procureur général)*, 2010 QCCS 4857 au para 14.

⁵³ *Ibid* au para 132. Voir aussi *Bell c Québec (Procureur général)*, 2007 QCCQ 3938.

⁵⁴ *Ibid* au para 11.

⁵⁵ *Québec c Québec*, *supra* note 37 aux para 125-48.

l'aide juridique⁵⁶: il doit alors prouver qu'il lui a été impossible de trouver un avocat du service d'aide juridique ou de pratique privée disponible et acceptant de prendre le mandat de le représenter⁵⁷.

Pour satisfaire au deuxième critère, la nécessité de la représentation par avocat afin de préserver l'équité du procès, l'accusé doit démontrer la violation, ou le risque sérieux de violation, de ses droits constitutionnels⁵⁸. Trois critères doivent être évalués, toujours en tenant compte du fait que le droit constitutionnel à l'avocat est exceptionnel : 1- la gravité des intérêts en jeu; 2- la durée et la complexité de la cause et 3- la capacité du justiciable de se représenter seul⁵⁹. La gravité des intérêts en jeu, même dans les cas où les conséquences de la sanction peuvent être juridiquement dramatiques, n'est pas en soi suffisante et doit être mise en perspective avec les autres éléments⁶⁰. La durée et la complexité de la cause peuvent être constituées, au-delà de la longueur estimée du procès, des difficultés techniques, comme le contre-interrogatoire, ou de la difficulté pour le tribunal de mener un procès avec une partie non représentée qu'il faudra assister⁶¹. L'évaluation de la complexité est cependant à pondérer avec la capacité de l'accusé de se représenter lui-même en fonction de ses aptitudes en communication, de son niveau d'éducation, de sa connaissance du système judiciaire, etc.⁶² Plus l'instance sera longue et complexe, plus le JNR devra être « très intelligent ou très instruit, posséder d'excellentes capacités de communication ainsi que beaucoup de sang-froid et bien connaître le système judiciaire pour pouvoir présenter efficacement sa cause »⁶³. La nécessité de la représentation dépend donc de l'évaluation minutieuse, au cas par cas, du contexte juridique de l'affaire mais aussi des caractéristiques personnelles du justiciable⁶⁴.

⁵⁶ Bien que le raisonnement juridique qui permet de conclure à l'état d'indigence est autonome du processus administratif menant à la détermination de l'admissibilité à l'aide juridique, l'attestation d'admissibilité à l'aide juridique constitue une présomption de fait de l'état d'indigence : *Québec (Procureur général) c St-Pierre*, 2009 QCCA 1417 aux para 53, 60 [*St-Pierre*]. En cas de non-admissibilité à l'aide juridique, il y a lieu de penser qu'il revient à l'accusé de repousser la présomption.

⁵⁷ Le tribunal peut aussi conclure que les honoraires prévus au *Règlement sur l'aide juridique*, RLRQ c A-14, r 2 sont insuffisants vu la complexité du dossier : *Québec c Québec*, *supra* note 37 aux para 138 et s. Voir aussi *St-Pierre*, *supra* note 56 aux para 84-93.

⁵⁸ *Philippis c N-É (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 RCS 97 au para 108; *Québec c Québec*, *supra* note 37 aux para 157-58.

⁵⁹ *Rowbotham*, *supra* note 46 aux para 156-64.

⁶⁰ *Sechon*, *supra* note 49.

⁶¹ *Québec c Québec*, *supra* note 37 aux para 151-53.

⁶² *Ibid* au para 156; *N-B (Min de la Santé)*, *supra* note 36 au para 80.

⁶³ *N-B (Min de la Santé)*, *ibid*.

⁶⁴ La Cour d'appel du Québec a par exemple statué qu'un procès pour trafic de drogues dont la durée anticipée est d'une semaine et où la preuve de la poursuite consiste

Si le tribunal estime que la non-représentation par avocat lors du procès entraîne la violation des droits constitutionnels de l'accusé, il doit ordonner la réparation. La mise en œuvre de celle-ci peut se faire de deux façons : soit il ordonne la suspension temporaire de l'instance, soit il accompagne cette dernière mesure d'un ordre au gouvernement afin de le contraindre à assurer à l'accusé les services d'un avocat. Dans le premier cas, le gouvernement pourrait éventuellement décider de ne pas pourvoir d'avocat à l'accusé, maintenant ainsi l'instance suspendue et signifiant concrètement la fin des procédures.

Bien que beaucoup moins fréquemment évoqué qu'en matière criminelle, le droit constitutionnel à l'avocat rémunéré par l'État en droit civil et administratif peut être reconnu lorsqu'une mesure étatique risque de porter atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'un justiciable⁶⁵ et que l'absence de représentation risque de l'empêcher de « présenter efficacement sa cause »⁶⁶. L'absence de représentation aurait alors pour conséquence une violation des principes de justice fondamentale⁶⁷. Pour déterminer l'existence du droit constitutionnel à l'avocat en matière civile et administrative, les critères sont presque les mêmes que ceux pour la requête *Rowbotham*⁶⁸ et la procédure à suivre est similaire : la requête doit être déposée avant le commencement de l'audience ; le juge doit s'assurer que le justiciable a déposé une demande d'aide juridique ou de toute autre forme d'assistance juridique fournie par l'État; si le justiciable n'y a pas accès, le juge doit déterminer si l'audience peut être équitable malgré l'absence de représentation⁶⁹. Il revient au justiciable de démontrer que l'atteinte aux droits protégés par l'article 7 de la *Charte canadienne* est non conforme aux principes de justice fondamentale et qu'elle ne se justifie pas en vertu de l'article premier⁷⁰. Si

en les témoignages des policiers et l'expertise d'une chimiste n'est pas suffisamment complexe pour ordonner à l'État de pourvoir à la représentation de l'accusé: *Gemme c R*, 2008 QCCA 520 au para 18 [*Gemme*].

⁶⁵ *Charte canadienne*, *supra* note 15, art 7.

⁶⁶ *N-B (Min de la Santé)*, *supra* note 36 au para 73.

⁶⁷ *Ibid* au para 91.

⁶⁸ Il s'agit de l'indigence, de la nature des intérêts en jeu, de la complexité de l'instance et de la capacité du justiciable à se représenter lui-même : *ibid* aux para 75-93. La jurisprudence établie en matière criminelle dans les décisions *Rowbotham*, *supra* note 46 et *Québec c Québec*, *supra* note 37, ne s'applique pas en matière civile : *Agence du revenu du Québec c Larivière*, 2011 QCCS 6853.

⁶⁹ *N-B (Min de la Santé)*, *supra* note 36 aux para 84, 103-04.

⁷⁰ Lorsque la violation de l'article 7 n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, elle ne peut être justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne* que « dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite » : *Renvoi sur la Motor Vehicule Act (C-B)*, [1985] 2 RCS 486 au para 85.

le tribunal conclut à l'existence du droit constitutionnel à l'avocat en l'espèce, il peut suspendre l'instance avec ou sans ordonnance enjoignant le gouvernement de fournir au justiciable les services d'un avocat. Dans tous les cas, le gouvernement jouit d'une « très grande latitude pour s'acquitter de son obligation constitutionnelle »⁷¹.

1.2 Un droit à portée très limitée

L'étude de la jurisprudence permet de constater la réticence des tribunaux à reconnaître et à mettre en œuvre le droit constitutionnel à l'avocat⁷². Si l'obligation pour l'État de fournir un avocat peut se justifier par des circonstances « particulières » et « exceptionnelles », le droit à une audience équitable n'emporte pas nécessairement de conséquences en matière de droit à l'avocat, même lorsque les droits à la vie, la liberté ou la sécurité de sa personne sont en jeu⁷³.

Soulignons d'abord le fardeau qui revient au JNR, qui doit être diligent dans l'exercice de ses droits, de déposer de sa propre initiative la requête appropriée⁷⁴. S'il ne le fait pas, le juge ne peut ni l'informer de l'existence de la procédure, ni prendre l'initiative d'ordonner d'office sa représentation : il doit conclure au contraire qu'il a renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat⁷⁵. Dans le cadre de la requête elle-même, la lourdeur du fardeau de preuve, qui incombe entièrement au JNR, est également un obstacle majeur et il semble être fréquent que ce soit des justiciables représentés qui fassent, par l'entremise de leur avocat, une requête afin que les honoraires soient pris en charge par l'État⁷⁶. Le manque d'information sur les droits et recours et le peu de connaissance du fonctionnement du système judiciaire constituent certainement un obstacle à la mise en œuvre du droit constitutionnel à l'avocat.

⁷¹ *N-B (Min de la Santé)*, *supra* note 36 aux para 92, 101.

⁷² *Ibid* au para 19. *St-Pierre*, *supra* note 56 au para 112 :

[I]a décision d'accueillir une requête de type Robowtham n'est pas sans conséquence et [...] les présents motifs ne doivent d'aucune façon être compris comme une incitation à interpréter de façon libérale les règles applicables. Le fardeau du requérant est lourd et c'est uniquement dans les cas exceptionnels qu'une telle requête peut être accueillie et que l'instance peut être suspendue jusqu'à ce que l'État satisfasse à son obligation constitutionnelle.

⁷³ *N-B (Min de la Santé)*, *supra* note 36 aux para 2, 55, 75, 83 et 86.

⁷⁴ *Gemme*, *supra* note 64 au para 19.

⁷⁵ *Conway*, *supra* note 21 aux para 1687-88.

⁷⁶ Voir par ex *Sirois c R*, 2008 QCCQ 13252; *P B c R*, 2007 QCCQ 13206; *Québec c Québec*, *supra* note 37; *Barrais c R*, 2008 QCCQ 13573.

La prérogative de l'État « de répartir ses ressources selon les priorités et choix qu'il a arrêtés »⁷⁷ est une limite tangible au droit constitutionnel à l'avocat. Le pouvoir des tribunaux de forcer le gouvernement à fournir un avocat ou à déterminer les moyens à prendre afin d'assurer la représentation serait réciproquement limité par la « très grande latitude »⁷⁸ qu'il a pour déterminer les paramètres d'attribution des services juridiques⁷⁹. L'inhabileté du tribunal à contraindre directement le gouvernement s'expliquerait par la compétence exclusive de l'État à gérer les fonds publics et au risque de contrevenir à la « volonté du législateur » exprimée dans la *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*⁸⁰. Ce dernier motif est d'autant plus surprenant que, pour invoquer le droit constitutionnel à l'avocat, le tribunal doit d'abord conclure à la violation, ou à la violation anticipée, d'un droit constitutionnel. Or, selon la théorie de la hiérarchie des sources de droit, les sources constitutionnelles priment sur toute autre source législative⁸¹. La théorie de l'interprétation prescrit de plus qu'en matière de droits fondamentaux, l'interprétation doit être large et libérale, de manière à limiter les atteintes⁸².

⁷⁷ *Québec c Québec*, supra note 37 au para 162. Voir aussi *R c Prosper*, [1994] 3 RCS 236 à la p 267; *N-B (Min de la Santé)*, supra note 36.

⁷⁸ *Québec c Québec*, supra note 37 au para 177.

⁷⁹ *Ibid* aux para 162 et s.

⁸⁰ *Supra* note 13; À propos de l'approche restrictive de la Cour d'appel en ce qui a trait à la protection du droit à l'avocat fourni par l'État, *ibid* au para 165 :

Plusieurs motifs servent à expliquer la conclusion selon laquelle le tribunal ne doit pas dicter au gouvernement les moyens de s'acquitter de son obligation constitutionnelle et préciser les sommes qu'il doit déboursier pour garantir ce droit: (1) les tribunaux ne sont pas institutionnellement compétents pour s'ingérer dans la répartition des fonds publics, d'où la latitude qui doit être laissée au gouvernement (2) dans la plupart des cas, la fixation du montant des honoraires constituerait une façon détournée de contourner la LAJ, (3) à titre de réparation constitutionnelle, l'ordonnance ne doit pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il est nécessaire et, en conséquence, elle ne doit pas constituer la mesure la plus contraignante, et (4) finalement, comme l'État conserve le choix de poursuivre ou non les procédures, il est raisonnable de lui laisser une marge de manœuvre pour s'acquitter de son obligation constitutionnelle de fournir au prévenu les services d'un avocat rémunéré à même les fonds publics.

⁸¹ La Cour d'appel du Québec justifie ce paradoxe en invoquant le fait que, dans le cadre d'une requête de type *Rowbotham*, la validité constitutionnelle du régime d'aide juridique n'est pas contestée : pour ce type de demande, l'accusé doit en effet invoquer l'article 24 (1) de la *Charte canadienne* qui n'est pas le recours utile afin de contester la validité constitutionnelle du régime d'aide juridique : *Québec c Québec*, supra note 37 aux para 170-73.

⁸² Pierre-André Côté avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis, 2009, section sur les droits et libertés

La portée du droit constitutionnel à l'avocat est d'autant plus limitée que la *Charte canadienne* ne s'applique que dans les litiges où l'État est à l'origine de la violation des droits constitutionnels⁸³ et en est donc partie à part entière⁸⁴. La transposition dans des affaires privées est impossible⁸⁵. Cette application restreinte mène à la situation paradoxale où le droit constitutionnel à l'avocat peut être reconnu ou non sans égard aux effets réels sur les droits.

Avant d'invoquer le droit constitutionnel à l'avocat, le JNR doit entreprendre des démarches pour obtenir les services de l'aide juridique⁸⁶, ce qui a pour conséquence de transgresser son droit à l'avocat de son choix⁸⁷, un droit pourtant reconnu par la jurisprudence⁸⁸. Le maintien de l'équilibre des contraintes exercées sur les droits des parties, accusé et

de la personne; *Hunter c Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 145 aux para 17-20 ; *R c Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 RCS 295 au para 117. Cette méthode d'interprétation est d'ailleurs la norme lorsque l'enjeu du litige est lié à l'application de la *Charte canadienne*: Mélanie Samson, « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence ? » (2008) 49 C de D 297 à la p 302 :

C'est toutefois en matière de chartes que le principe de l'interprétation large et libérale est le plus souvent appliqué. Dès le premier arrêt portant sur l'interprétation de la *Charte canadienne*, la Cour suprême du Canada a souligné le caractère inapproprié d'une approche interprétative « étroite et formaliste ». Les lois concernant la protection des droits de la personne commandent plutôt une interprétation « large », « libérale » et « généreuse », « de manière à réaliser les objets généraux qu'elle[s] sous-tend[ent] de même que les buts spécifiques de [leurs] dispositions particulières ».

⁸³ Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Droit constitutionnel à l'aide juridique » dans Association du Barreau canadien, *Une cause justifiée : Le droit à une représentation juridique rémunérée par l'État au Canada*, Ottawa, 2002 à la p 94.

⁸⁴ *Charte canadienne*, supra note 15, art 32.

⁸⁵ *SAK v AC*, 2001 ABCA 205.

⁸⁶ *R c Baker*, 2012 MBCA 102.

⁸⁷ *R c Osborne*, (2003) 17 CR (6th) 267, 181 CCC (3d) 108 (NB CA) à la p 11 : « En conclusion, l'intimé a droit à l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État, mais pas à l'avocat de son choix. »

⁸⁸ *R c Ross*, [1989] 1 RCS 3 à la p 11; *Fédération des médecins spécialistes du Québec c Association des médecins hématologistes-oncologistes du Québec*, (1988) RJQ 2067 (CA); *Fortin c Clarkson*, (1992) RJQ 1301 (CS), conf par JE 96-1248 (CA) (autorisation d'appel refusée : (1996) 3 RCS VIII). Le droit d'être représenté par avocat ne donne pas à un bénéficiaire de l'aide juridique le droit de choisir son avocat ni d'imposer les conditions du mandat : *Falardeau c Commission des services juridiques du Québec*, JE 91-111 (CS). « La liberté du choix de l'avocat n'est pas essentielle à la protection du droit à un avocat prévue dans nos chartes des droits » : Henri Brun, Pierre Brun et Fannie Lafontaine, *Chartes des droits de la personne, Législation, Jurisprudence, Doctrine*, 25^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2012 à la p 1039.

État⁸⁹, et le fait qu'une réparation en vertu de la *Charte canadienne* « ne donne pas à l'accusé le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer »⁹⁰ expliquent cette situation. La prérogative du gouvernement en matière d'attribution des fonds publics constitue ici également une limite importante⁹¹.

1.3 L'interprétation de l'article 34 de la *Charte québécoise* et la protection quasi-constitutionnelle du droit à l'avocat rémunéré par l'État

L'article 34 de la *Charte québécoise* prévoit que « toute personne a le droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal »⁹². Il ne permet cependant d'aucune façon d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État, mais vise plutôt à aménager les modalités et les opportunités de représentation de celui qui assume les honoraires.

La jurisprudence sur l'article 34 traite de la portée du terme « tribunal »⁹³, du droit de choisir son avocat⁹⁴, des personnes visées par le droit à avoir son avocat⁹⁵, etc. Selon l'interprétation actuellement retenue, le justiciable doit être

[p]leinement et adéquatement équipé pour faire valoir ses moyens à l'appui de ses prétentions. C'est uniquement dans ce but et pour cette fin qu'[il] a la faculté d'être

⁸⁹ La Cour perçoit son rôle dans ce type de recours comme étant de « met[tre] en balance toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales » : *Québec c Québec*, *supra* note 37 au para 139.

⁹⁰ *Ibid* aux para 139-41, 173.

⁹¹ *Ibid* au para 139 :

Peut-on objecter que le requérant se voit alors privé du droit à l'avocat de son choix? Cette question se situe au cœur du débat, car elle oblige le tribunal à prendre en compte l'affectation judicieuse des fonds publics, un domaine qui, en principe, ne relève ni de sa compétence ni de son expertise. La décision du tribunal doit être prise dans le respect des choix légitimes de l'État et de la répartition de ses ressources limitées.

⁹² *Supra* note 16, art 34.

⁹³ *Beaulieu c Coopérative des propriétaires de taxi de Laval*, REJB 2003-40586 (CA); *Ahvazi c Concordia University*, JE 87-1001 (CS), conf par (1992) RDJ 575 (CA); *Gagné c Matane (Ville de)*, JE 2005-1832 (CS). La question souvent discutée concerne l'application de l'article 34 de la *Charte québécoise* à des instances administratives.

⁹⁴ *Fédération des médecins spécialistes du Québec c Association des médecins hématologistes-oncologistes du Québec*, *supra* note 88; *Demény (Syndic de la succession de)*, (1995) RJQ 1863 (CS); *A c Cour du Québec*, EYB 2006-105433 (CS).

⁹⁵ *Droit de la famille – 1549*, (1992) RJQ 855 (CA); *Archambault c Doucet*, (1993) RJQ 2389 (CS); *P B-C (Dans la situation de)*, EYB 2005-89410 (CQ) [P B-C].

représent[é] par un procureur qui parle en son nom. C'est la mesure de son intérêt qui justifie l'existence de ce droit à la représentation⁹⁶.

L'application de l'article 34 peut permettre, dans certaines circonstances, d'ajourner une instance afin de permettre à une partie de se procurer un avocat⁹⁷. Les tribunaux ont néanmoins déjà affirmé la nécessité d'interpréter largement l'article 34, afin de favoriser l'exercice des droits prévus⁹⁸. Récemment, un recours aurait été l'occasion pour la Cour d'appel de se pencher sur l'interprétation de l'article 34 de la *Charte*; elle ne s'est finalement pas prononcée sur la question⁹⁹.

2. Les autres sources et application du droit à l'avocat rémunéré par l'État

Certaines dispositions législatives et pratiques juridictionnelles permettent dans certains cas d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État. Le régime provincial d'aide juridique reste un incontournable pour le justiciable dont les ressources économiques sont extrêmement limitées, mais d'autres lois, notamment le *Code criminel* et le *Code de procédure civile*, confèrent ponctuellement le pouvoir, et imposent parfois aux juges, de nommer un avocat à un JNR. Des mesures judiciaires exceptionnelles permettent également d'assurer la représentation.

2.1 Le régime provincial d'aide juridique

Le régime provincial d'aide juridique apparaît comme la mise en œuvre la plus complète du droit à l'avocat rémunéré par l'État et il est possible d'obtenir ainsi, gratuitement ou en échange d'une contribution majorée, l'assistance d'un avocat¹⁰⁰. Le système est hybride et le justiciable a le

⁹⁶ *Droit de la famille – 857*, (1990) CanLII 3037 à la p 8. Voir aussi *Léopold Consultants Inc c D'Astous*, (1988) RJQ 1798 (CA) à la p 6.

⁹⁷ *Droit de la famille – 857*, *ibid*.

⁹⁸ *DeWolf-Shaw c Bérard*, Cour supérieure, Montréal, 500-05-059853-000, juge Dionysia Zerbisias, 2000-11-23 [*DeWolf-Shaw*]. Voir également *PB-C*, *supra* note 95 au para 22.

⁹⁹ Dans la requête pour permission d'appeler, l'appelante contestait la décision du tribunal administratif selon laquelle « le droit à la représentation par avocat devant un tribunal administratif n'est pas absolu et n'implique pas nécessairement le droit à un avocat payé par les deniers publics » : *Carrier c Commission des relations de travail*, 2014 QCCA 113. La Cour d'appel ne s'est finalement pas prononcée sur cet argument : *Arcelormittal Montréal inc c Carrier*, 2014 QCCA 1998.

¹⁰⁰ L'article 3 de la *Loi sur l'Aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, *supra* note 13, énonce ainsi son objectif général : « Le régime d'aide juridique institué par le présent chapitre a pour objet de permettre aux personnes admissibles de bénéficier, dans la mesure prévue par la présente loi et les règlements, de

choix entre l'octroi d'un avocat à l'emploi d'un bureau d'aide juridique ou d'un avocat de pratique privée acceptant les mandats d'aide juridique¹⁰¹. Dans tous les cas, l'aide juridique n'offre qu'un service de représentation complète, et non des conseils juridiques ou des mandats à portée limitée¹⁰². Néanmoins, les critères d'admissibilité économique sont si restrictifs que le régime est en pratique inaccessible à toute personne n'étant pas dans une situation de grande pauvreté¹⁰³.

Le programme d'aide juridique offre sa meilleure couverture dans les matières criminelles. En cas de risque d'emprisonnement, de sanction grave ou de perte de ses moyens de subsistance, l'accès aux services de l'aide juridique est garanti à toute personne admissible¹⁰⁴. En matière

services juridiques. » Les articles 4.1 et 4.2 établissent l'existence de deux régimes parallèles – avec ou sans contribution – dont les seuils d'admissibilité (les revenus et les actifs du demandeur, les conséquences du litige sur ses droits et sa condition ainsi que le domaine de droit du litige pour lequel il souhaite obtenir ce service public) diffèrent. Notons qu'il est néanmoins possible pour la Commission des services juridiques de faire usage de discrétion et alors d'attribuer l'aide juridique à un justiciable *a priori* non admissible.

¹⁰¹ *Ibid*, art 51-52.

¹⁰² Voir *Côté c R*, 2013 QCCA 1437 au para 85 [Côté]. Dans cette décision, l'appel de l'accusé portait *inter alia* sur son droit à un procès équitable qui aurait été brimé par la décision du juge d'instance de refuser d'ordonner l'octroi par le gouvernement d'un avocat pour l'assister et non le représenter. La décision est notamment fondée sur le fait que l'accusé n'a pas tenté d'attaquer la constitutionnalité de la *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*. Toutefois, dans l'affaire *DeWolf-Shaw*, *supra* note 98, le tribunal affirme que la protection prévue par l'article 34 de la *Charte québécoise* inclut le droit de choisir de se représenter seul tout en étant assisté d'un avocat.

¹⁰³ Depuis décembre 2013, le seuil d'admissibilité à des services entièrement à la charge de l'État est de 16 306\$ pour une personne seule et de 26 737\$ pour une famille de quatre personnes et plus. Comparativement, en 2011, le seuil de faible revenu était établi à 22 720\$ pour une personne seule et à 45 440 \$ pour un ménage de quatre personnes : Gouvernement du Québec, *Seuil de faible revenu (avant impôt) selon la taille du ménage*, 2014, en ligne : Commission administrative des régimes de retraite et d'assurance <<http://cdn.carra.gouv.qc.ca/g%C3%A9n%C3%A9ral/pages/IN99KXXX00A001.aspx>>. Pour Pierre-Claude Lafond, *supra* note 11 à la p 120 :

Le régime d'aide juridique règle le problème des plus pauvres, ce qui n'est pas négligeable, mais ne tient pas compte des pauvres qui gagnent le salaire minimum ou qui font partie de la classe moyenne. Les années de coupure et de désengagement étatique ont eu comme impact d'éloigner les avocats de ceux qui ont le plus besoin de leurs services, et par voie de conséquence, de rapprocher les membres de la profession des personnes socialement et économiquement privilégiées.

¹⁰⁴ Il arrive néanmoins que des accusés admissibles à l'aide juridique déclarent ne pas arriver à trouver un avocat pour les représenter. Dans ce cas, le tribunal peut leur ordonner de faire de nouvelles démarches auprès du Bureau d'aide juridique et de transmettre la réponse au greffe de la cour : *SG c R*, 2008 QCCA 1078.

civile, les domaines couverts par le régime sont restreints à certains recours en droit familial¹⁰⁵, à la tutelle au mineur et aux régimes de protection du majeur, certaines demandes de changement de nom, certaines contestations de décisions administratives portant sur les programmes gouvernementaux de prestations ou d'indemnités tels que l'aide sociale¹⁰⁶ et certaines affaires particulières relatives à des lois spécifiques¹⁰⁷. Il faut ajouter à cette couverture les instances judiciaires lors desquelles le justiciable risque d'être privé de sa liberté et/ou lors desquelles sa sécurité physique, sa sécurité psychologique ou ses moyens de subsistances seraient en péril¹⁰⁸.

Soulignons que le régime d'aide juridique permet généralement de protéger les droits d'un justiciable accusé ou poursuivi mais pas d'en revendiquer; ainsi, la Commission des services juridiques a le pouvoir discrétionnaire de refuser l'aide juridique à celui qui souhaite intenter un recours¹⁰⁹. En matière civile, contrairement à la situation qui prévaut en matière criminelle, le principe général inhérent à la *Loi sur l'aide juridique*

¹⁰⁵ *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, supra note 13, art 4.7-4.9. La Loi prévoit l'attribution de l'aide juridique pour les recours de droit de la famille fondé sur le titre IV du livre V du *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25 [Cpc] (portant sur les demandes relatives au mariage ou à l'union civile; les demande de séparation de biens, de corps, de divorce ou d'union civile; les demandes relatives à l'adoption; les demandes relatives aux obligations alimentaires et les demandes relatives à l'autorité parentale).

¹⁰⁶ *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, supra note 13, art 4.7 (3), (4), (7).

¹⁰⁷ *Ibid*, art 4.7 (5), (6), 4.10 (1)(b). Ces lois sont la *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, supra note 13, la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, RLRQ c A-23.01, la *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ c P-34.1 et la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, LC 2002, c 1.

¹⁰⁸ *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, supra note 13, art 4.7 (8), (9), 4.9. Par exemple, les recours pour garde en établissement prévus aux articles 26 et s du *Code civil du Québec*, RLRQ c C-1991 [CcQ] et les recours pour imposer des soins de santé prévus aux articles 11 et s CcQ.

¹⁰⁹ *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, supra note 13, art 4.11:

En toute matière autre que criminelle ou pénale, l'aide juridique peut être refusée ou retirée, selon le cas, en tout état de cause, lorsque, en considérant l'ensemble des circonstances et en envisageant la question du point de vue du rapport habituel entre un avocat et son client, l'affaire ou le recours n'apparaît pas fondé, compte tenu notamment de l'un ou l'autre des facteurs suivants:

1. la personne qui demande l'aide ne peut établir la vraisemblance d'un droit;
2. cette affaire ou ce recours a manifestement très peu de chance de succès;
3. les coûts que cette affaire ou ce recours entraînerait seraient déraisonnables par rapport aux gains ou aux pertes qui pourraient en résulter pour le requérant ou, selon

et sur la prestation de certains autres services juridiques est l'absence de représentation fournie par l'État. Le droit à l'avocat est alors l'exception¹¹⁰.

2.2 Autres sources législatives

En matière criminelle, le droit à l'assistance de l'avocat rémunéré par l'État est tributaire de circonstances particulières généralement liées au besoin de protection spécifique d'un accusé ou d'un témoin. Ainsi, un adolescent faisant l'objet d'accusations a droit d'être représenté par un avocat rémunéré par l'État¹¹¹. De même, lorsque le tribunal a des motifs raisonnables de croire que l'accusé est inapte à subir son procès, il doit lui nommer d'office un avocat¹¹². Les honoraires et les dépenses de l'avocat désigné sont alors à la charge du Procureur général¹¹³. Les juges administratifs de la Commission d'examen des troubles mentaux, une fois que le verdict d'inaptitude ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux est rendu, peuvent aussi nommer d'office un procureur, selon des paramètres similaires¹¹⁴. Lorsqu'un accusé qui assure sa propre défense souhaite contre-interroger une victime âgée de moins de dix-huit ans, ou une victime de harcèlement criminel, le juge a l'obligation, si cette dernière en fait la demande, de nommer un avocat pour procéder au contre-interrogatoire¹¹⁵. Rien n'est prévu expressément dans le *Code criminel* concernant le paiement des honoraires dans ces cas, mais la Cour d'appel du Québec a statué que la charge revient au Procureur général¹¹⁶. Lorsqu'il « paraît désirable dans l'intérêt de la justice qu'[un] accusé soit pourvu d'un avocat et lorsqu'il appert que l'accusé n'a pas les moyens

le cas, le bénéficiaire, à moins qu'il ne mette en cause soit ses moyens de subsistance, soit ses besoins essentiels et ceux de sa famille;

4. le jugement ou la décision ne serait probablement pas susceptible d'exécution;

5. la personne qui demande l'aide ou qui en bénéficie refuse, sans motif valable, une proposition raisonnable de règlement de l'affaire.

L'aide juridique est également refusée ou retirée lorsque les services pour lesquels cette aide est demandée peuvent être obtenus autrement [...].

¹¹⁰ Soulignons tout de même que, bien que le régime québécois d'aide juridique soit lacunaire, « il n'en demeure pas moins que le Québec possède l'un des régimes [...] les plus généreux au Canada » : Lafond, *supra* note 11 à la p 120.

¹¹¹ *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, *supra* note 107, art 25.

¹¹² *Code criminel*, LRC c C-46, art 672.24 (1) [Ccr].

¹¹³ *Ccr*, *ibid*, art 672.24 (2).

¹¹⁴ *Ccr*, *ibid*, art 672.5 (8) et (8.1). Voir *Winko c Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 RCS 625 aux para 26, 88.

¹¹⁵ *Ccr*, *supra* note 112, art 483. Le juge a une obligation similaire pour n'importe quel autre témoin qui en fait la demande et qui risquerait autrement de ne pas offrir à la cour un « récit complet et franc », (art 483.6 (4)).

¹¹⁶ *Québec (Procureur général) c B S*, 2007 QCCA 1756. Voir également *R c S B*, 2005 CanLII 47406 (QC CQ) aux para 44-45.

requis pour obtenir l'assistance d'un avocat », les juges des cours d'appel ou de la Cour suprême du Canada peuvent, à tout moment, désigner un avocat pour agir en son nom¹¹⁷.

En matières civile et administrative, le principe est le même et le droit à l'avocat rémunéré par l'État dépend de la situation particulière des parties. Si le tribunal considère que « l'intérêt d'un mineur ou d'un majeur qu'il estime inapte est en jeu et qu'il est nécessaire pour en assurer la sauvegarde que le mineur ou le majeur inapte soit représenté »¹¹⁸, il peut lui nommer d'office un procureur, en plus de statuer sur les honoraires¹¹⁹. Relevant de la discrétion judiciaire, le recours à ce pouvoir est dans la pratique exceptionnel¹²⁰. Lorsqu'une question de droit complexe est soulevée à la Division des petites créances de la Cour du Québec, le juge peut, d'office, ou à la demande d'une partie (avec l'accord du juge en chef de la Cour du Québec), ordonner la représentation des deux parties¹²¹. Pour les parties admissibles à titre de demandeurs à la Division des petites créances, il revient au Ministère de la Justice de payer pour les honoraires d'avocat¹²². Les autres doivent payer eux-mêmes leur représentation. La Commission des normes du travail a le pouvoir discrétionnaire d'assurer la représentation d'un salarié non représenté par un syndicat accrédité par la Commission des relations de travail, qui porte plainte pour pratique

¹¹⁷ *Ccr, supra* note 112, art 684 (1), 694.1 (1). Il est aussi prévu que, si l'accusé ne bénéficie pas de l'aide juridique, les frais soient défrayés par le Procureur général : *Ccr, ibid*, art 684 (2) et 694.1 (2).

¹¹⁸ *F(M) c L(J)*, 2002 CanLII 36783 (QC CA) au para 29.

¹¹⁹ *Cpc, supra* note 105, art 394.1 (2). Il n'est pourtant pas de pratique courante d'ordonner à l'État de payer des honoraires d'avocat dans ces circonstances : Emmanuelle Bernheim, *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes clinique et judiciaire: une étude du pluralisme normatif appliqué*, thèse de doctorat en droit, Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université de Montréal et École doctorale sciences pratiques de l'École normale supérieure de Cachan, 2011 à la p 436. Pour la Cour suprême, ces dispositions visent d'abord à permettre au tribunal, lorsqu'il l'estime nécessaire pour le bon déroulement de l'instance, de suspendre afin de permettre au justiciable de se procurer un avocat : *Bibaud, supra* note 34 au para 14.

¹²⁰ La pratique actuelle vise essentiellement à permettre la représentation de mineurs. Voir Barreau du Québec, *Rapport du groupe de travail sur la santé mentale et la justice du Barreau du Québec*, Montréal, Groupe de travail sur la santé mentale et justice, 2010.

¹²¹ *Cpc, supra* note 105, art 959 (3). Pour des exemples d'application: *Maisonneuve c Fermes Lebec inc*, 2012 QCCA 7459; *Fattal c De Vries*, 2004 CanLII 39187 (QC CQ).

¹²² Les tarifs applicables sont ceux prévus au *Règlement sur l'aide juridique, supra* note 57.

illégal de son employeur, harcèlement psychologique ou congédiement sans cause juste et suffisante¹²³.

2.3 Mesures judiciaires exceptionnelles

Dans des circonstances exceptionnelles, par exemple en l'absence d'intérêt pour agir, les tribunaux peuvent de leur propre chef demander à des organismes publics ou des entités gouvernementales parties à un litige d'assumer les honoraires extra-judiciaires d'un JNR¹²⁴. La situation personnelle, et plus particulièrement financière, du JNR est alors au cœur de la démarche judiciaire: « l'intimé se représente seul depuis le début des procédures. Il ne semble pas admissible à l'Aide juridique. Ses revenus sont modestes [...] et on peut comprendre qu'il ne puisse pas engager un avocat, et ce, pour faire un débat de principe qui dépasse son simple intérêt »¹²⁵.

Conclusion

Alors que le rôle de l'avocat est considéré comme primordial pour s'assurer tant du fonctionnement optimal du système judiciaire que de la protection et la mise en œuvre des droits¹²⁶, le droit à l'avocat constitue une exception dont seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier la reconnaissance. Ceci implique directement que les « risques » pris par les JNR puissent se concrétiser par des dossiers incomplets, des décisions judiciaires erronées et des violations de droits¹²⁷. La connaissance

¹²³ *Loi sur les normes du travail*, RLRQ c N-1.1, art 123.5, 123.13, 126.1. Dans l'exercice de son pouvoir, la Commission des normes du travail se doit « d'agir équitablement », la représentation des salariées ne constituant pas un « droit absolu » : *Ouellet et Promutuel Gaspésie-Les Îles, société mutuelle d'assurances générales*, DTE 2010T-175, 2010 QCCRT 0063 au para 82.

¹²⁴ *Combined Insurance Company of America c Commission des normes du travail*, 2008 QCCA 1983 et *Québec (Sous-ministre du Revenu) c Corriveau*, 2011 QCCA 192 [*Corriveau*]. Voir aussi *Roberge c Bolduc*, [1991] 1 RCS 374.

¹²⁵ *Corriveau*, *ibid* au para 5.

¹²⁶ *Fortin*, *supra* note 18 au para 48 :

Celui-ci, en tant qu'officier de justice, joue un rôle essentiel dans notre système de justice, au niveau de la représentation des droits des justiciables devant les tribunaux, mais également à l'étape préalable de règlement à l'amiable des litiges. Aussi serait-il souhaitable que tous les justiciables puissent y avoir recours peu importe leur situation financière.

¹²⁷ McLachlin, *supra* note 1 à la p 822 :

Trials and motions in court are conducted on the adversary system, under which each party presents its case and the judge acts as impartial decider. An unrepresented litigant may not know how to present his or her case. Putting the facts and the law before the court may be an insurmountable hurdle. The trial judge may try to assist,

de ces faits extrêmement graves et la tolérance à leur égard ne peuvent que contribuer à dégrader davantage l'image de la justice québécoise¹²⁸.

Au Québec, le taux horaire moyen d'un avocat de 10 ans d'expérience est de 171 \$¹²⁹; le coût d'un divorce non contesté est au minimum de 2 960 \$ mais peut dépasser 60 000 \$ s'il y a procès¹³⁰. Avec un revenu moyen de 58 829 \$ par année¹³¹, ces dépenses représentent un montant astronomique pour les ménages québécois. La configuration actuelle de l'offre de services juridiques, intégrés au « marché de la justice »¹³², ne fait qu'accentuer la tendance¹³³. Trois facteurs sont à relever ici : 1- le monopole concédé aux Barreaux dans le contrôle de l'accès à la profession¹³⁴; 2- les compétences réservées aux membres des Barreaux telles que de pouvoir

but this raises the possibility that the judge may be seen as "helping", or partial to, one of the parties. The proceedings adjourn or stretch out, adding to the public cost of running the court.

¹²⁸ Seulement 63 % des québécois feraient « très ou assez » confiance au système judiciaire : Lafond, *supra* note 11 à la p 31. Voir par ex Richard Moorhead, « The Passive Arbiter : Litigants in Person and the Challenge to Neutrality » (2007) 16 Soc & Leg Stud 405 à la p 414.

¹²⁹ Selon les informations disponibles sur le site du Barreau du Québec : *Statistiques sur le Barreau et les avocats*, en ligne : Barreau du Québec <www.barreau.qc.ca/fr/barreau/donnees>. Voir aussi Lafond, *supra* note 11 à la p 50.

¹³⁰ René Lewandowski, « Sans avocat, qu'est-ce qu'on gagne » (2 novembre 2009), en ligne : L'actualité <www.lactualite.com/societe/finances-personnelles/sans-avocat-quest-ce-quon-gagne/>.

¹³¹ Gouvernement du Québec, *Le Québec, chiffres en main*, 2014, en ligne : Institut de la statistique du Québec <www.stat.gouv.qc.ca/quebec-chiffre-main/pdf/qcm2014_fr.pdf> à la p 28.

¹³² Russell G Pearce, "Redressing Inequality in the Market for Justice: Why Access to Lawyers will Never Solve the Problem and Why Rethinking the Role of Judges will Help" (2004) 73 : 3 Fordham L Rev 969 à la p 975.

¹³³ Voir par ex Lawrence Friedman, « Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State » dans Mauro Cappelletti, dir, *Access to Justice and the Welfare State*, Florence, European University Institute, 1981, 251 à la p 258; McLachlin, *supra* note 1; Louis Label, « L'accès à la justice : une prise de conscience nécessaire de la nature d'un problème » dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives*, Montréal, Thémis, 2010, 135 aux pp 140-41.

¹³⁴ *Loi sur le Barreau*, RLRQ c B-1, art 43 et s; Lafond, *supra* note 11 à la p 59; Gillian K Hadfield, « The Price of Law : How the Market for Lawyers Distorts the Justice System » (2000) 98 : 4 Mich L Rev 953 aux pp 982-94; Kent Roach et Lorne Sossin, « Access to Justice and Beyond » (2010) 60 UTLJ 373 à la p 386 :

A premise for the crisis of accessible legal services is the high cost of good-quality legal services in the market : the state has awarded the legal profession a monopoly over entry into the profession, which includes significant educational requirements [...], passing a series of licensing exams, and then, once licensed, maintaining insurance and trust accounts and complying with the rules of professional conduct.

donner des avis juridiques ou d'agir devant les tribunaux¹³⁵; et 3- le développement d'un modèle professionnel affairiste et entrepreneurial « calqué sur celui d'autres secteurs de la vie économique »¹³⁶ – selon lequel les profits individuels priment sur les intérêts collectifs¹³⁷.

Le discours actuel sur l'accès à la justice est pourtant loin d'adresser ces questions fondamentales et structurelles. La marchandisation de la justice – le fait que la qualité des services juridiques dépende directement de la capacité de payer¹³⁸ – est systématiquement passée sous silence, faisant l'impasse sur les enjeux juridiques qui en découlent, au profit d'une conception formelle et pratique de l'accès. Pour le ministère de la Justice du Québec, l'accès à la justice passe essentiellement par des mesures telles que

[l]a diversification des modes de résolution des différends avec le souci, dans la mesure du possible, de les prévenir, de les déjudiciariser et de les rendre plus proches des citoyens; la simplification et l'adaptation des procédures judiciaires; divers moyens visant à améliorer l'accès au droit, notamment en mettant à la disposition des citoyens de l'information sur leurs droits et leurs obligations ainsi que sur les moyens de les faire valoir¹³⁹.

Cette conception de l'accès à la justice se reflète directement dans les mesures mises en place par le ministère ces dernières années, telles les Centres de justice de proximité (fruit d'un partenariat public-privé, dont le mandat est d'offrir de l'information juridique gratuite aux justiciables et de les référer aux ressources communautaires et gouvernementales disponibles¹⁴⁰), la promotion de programmes de représentation *pro bono*¹⁴¹, le développement de sites web d'information juridique (comme Educaloi¹⁴²) et le développement de l'assurance juridique privée¹⁴³. Elle

¹³⁵ *Loi sur le Barreau*, *supra* note 134, art 128 1. a) et 2. a).

¹³⁶ Lebel, *supra* note 133 à la p 141.

¹³⁷ *Supra* note 134.

¹³⁸ Tomsen, *supra* note 4 ; Pearce, *supra* note 132.

¹³⁹ Québec, Ministère de la Justice, *Plan stratégique 2010-2015*, Québec à la p 16.

¹⁴⁰ Centres de justice de proximité, *À propos*, en ligne : Justicedeproximite.qc.ca <www.justicedeproximite.qc.ca/a-propos/>; Carl Thériault, « Rimouski : premier centre de justice de proximité », *Le Soleil* (24 septembre 2010) en ligne: <www.lapresse.ca/le-soleil/actualites/justice-et-faits-divers/201009/23/01-4326045-rimouski-premier-centre-de-justice-de-proximite.php>.

¹⁴¹ *Pro Bono Québec – Avocats pour le bien public*, en ligne : <www.probonoquebec.ca>.

¹⁴² *Éducaloi – La loi expliquée en un seul endroit*, en ligne: <www.educaloi.qc.ca/>.

¹⁴³ Voir notamment le site web du Barreau du Québec faisant activement la promotion de ce moyen de financement de la représentation légale : Barreau du Québec, *Assurance frais juridique*, en ligne: <www.assurancejuridique.ca>.

transparaît de façon évidente dans la dernière réforme du *Code de procédure civile* qui prévoit notamment l'obligation de considérer le recours aux modes alternatifs de règlement et le rehaussement du plafond des petites créances à 15 000\$¹⁴⁴.

Or ces mesures, plutôt que de favoriser l'accès universel à la justice, individualisent le problème en remettant aux justiciables la responsabilité de s'informer, d'emprunter des voies alternatives de règlement des différends ou de se former au langage et à la logique juridiques¹⁴⁵. Outre le fait qu'elles ne fassent pas l'unanimité, notamment quant à leur effet positif pour les justiciables¹⁴⁶, elles semblent exprimer le fait que la

¹⁴⁴ *Cpc*, *supra* note 105, art 953a); nouveau *Code de procédure civile*, c-25.01, art 1 et 536 (non en vigueur). Voir les propos de monsieur Bertrand St-Arnaud, ministre de la Justice, lors des travaux de la Commission parlementaire sur le nouveau *Code de procédure civile* (Québec, Assemblée nationale, Journal des débats de la Commission des institutions, *Étude détaillée du projet de loi n° 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 40^e législature, 1^e session, vol 43, n° 74, mardi 8 octobre 2013) :

Il s'agit d'un projet de loi – ainsi que la communauté juridique l'a à maintes fois, à maintes reprises rappelé – qui est attendu depuis de nombreuses années et dont l'adoption est réclamée, puisqu'il constitue une des mesures qui permettra, je le crois bien sincèrement, d'atteindre l'objectif d'accessibilité qui est recherché, et qui est recherché par, en fait, tous les ministres de la Justice depuis... je pense qu'on peut dire depuis une quinzaine d'années. Par cette réforme visée par le projet de loi n° 28, nous modernisons la procédure de manière à ce que la justice civile québécoise passe du XX^e au XXI^e siècle. Avec ce projet de loi, nous prenons un virage qui rendra notre système de justice beaucoup plus accessible, mais aussi plus rapide, moins lourd, moins coûteux tout en faisant appel à des nouvelles façons de faire.

¹⁴⁵ Emmanuelle Bernheim et Richard-Alexandre Laniel, « Un grain de sable dans l'engrenage du système juridique. Les justiciables non représentés : problèmes ou symptômes ? » (2013) 31 Windsor YB Access Just 45.

¹⁴⁶ Ces modes d'information et d'accompagnement juridiques ne permettraient pas, surtout dans les cas complexes et difficiles, de remplacer efficacement l'analyse et l'argumentaire d'un avocat et n'amélioreraient pas significativement les perspectives de gain : Birnbaum, Bala et Bertrand, *supra* note 9 à la p 93; Richard Zorza, *The Self-Help Friendly Court: Designed from the Ground Up to Work for People Without Lawyers*, The National Center for State Courts, Williamsburg, 2002 aux pp 17 et s; Lynn Mather, « Changing Patterns of Legal Representation in Divorce: From Lawyers to *Pro Se* » (2003) 30 JL & Soc'y 137 à la p 155; Buhai, *supra* note 7 à la p 993. Voir aussi Gary Blasi, « Framing Access to Justice : Beyond Perceived Justice for Individuals » (2009) 42 Loy LA L Rev 913 aux pp 919-20; Gary Blasi, « How Much Access? How Much Justice? » (2004) 73 Fordham L Rev 865 aux pp 869-70; Carroll Seron, Martin Frankel et Gregg Van Ryzin, « The Impact of Legal Counsel on Outcomes for Poor Tenants in New York City's Housing Court : Result of a Randomized Experiment » (2001) 35 L & Soc'y Rev 419 à la p 419. Il faut dire que leur mise en pratique dépend le plus souvent de la capacité d'accès à internet (en 2012, 81,6% des ménages québécois avaient accès à internet : Institut de la statistique du Québec, *L'enquête québécoise sur l'accès des ménages à Internet 2012*, Québec, 2013 à la p 2) et des compétences en lecture

représentation par avocat est un privilège, que les JNR sont là pour rester et qu'il suffit de mettre à leur disposition les opportunités de mieux se préparer pour que le système fonctionne¹⁴⁷. À cet égard, la jurisprudence et le contexte politique néo-libéral semblent avoir eu raison des arguments pour le droit à l'avocat¹⁴⁸. Au début des années 2000, la stratégie des acteurs de la communauté juridique et de la société civile s'inscrivait dans un activisme judiciaire visant la reconnaissance du droit constitutionnel à l'avocat par les tribunaux, ce qui aurait ensuite contraint les autorités politiques à imaginer des moyens de mise en oeuvre¹⁴⁹. Depuis la décision *Christie* en 2007, la revendication du droit à l'avocat n'a cessé de diminuer, si bien que, depuis cinq ans, aucune décision de la Cour suprême n'en fait même mention.

Rien ne permet pourtant de penser que la situation des JNR a évolué pour le mieux ces dernières années¹⁵⁰. L'impossibilité de plus en plus répandue de recourir aux services d'un avocat en raison de contingences financières est symptomatique de la transposition des inégalités économiques en inégalités juridiques et judiciaires. L'accès réel à la justice est alors directement tributaire de la capacité de payer ; de cette justice à deux vitesses, dans laquelle les droits sont « à géométrie variable »¹⁵¹, découle une citoyenneté de seconde zone¹⁵². On pourrait alors être tenté de conclure que les fondements même de notre système juridique –

(L'Enquête internationale sur l'alphabétisation et les compétences des adultes (EIACA) démontre que 49 % des adultes Québécois éprouvent des difficultés de lecture: Fondation pour l'alphabétisation, *Analphabetisme et analphabetisation*, en ligne, <www.fondationalphabetisation.org/adultes/analphabetisme_alphabetisation>).

¹⁴⁷ Hélène Thomas, *Les vulnérables : la démocratie contre les pauvres*, Broissieux, Édition du Croquant, 2010 à la p 75; Amartya Sen, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2010 aux pp 283 et s.

¹⁴⁸ Roach et Sossin, *supra* note 134 aux pp 93-94.

¹⁴⁹ Voir par exemple Schmolka, *supra* note 12. L'équivalent américain de ce mouvement canadien est la *National Coalition for the Civil right to Counsel*: John Pollock, « It's All About Justice : Gideon and the Right to Counsel in Civil Cases », *Humans Rights Magazine*, 39 :4, (2013) en ligne : <www.americanbar.org/publications/human_rights_magazine_home/2013_vol_39/vol_30_no_4_gideon/its_all_about_justice.html.

¹⁵⁰ Soulignons ici l'absence de statistiques judiciaires provinciales colligées systématiquement : absence de statistiques sur la présence des JNR devant les tribunaux, sur la trajectoire de leurs dossiers et l'issue de leurs requêtes ; absence de statistiques en lien avec leur recours ou non aux mesures mises en place pour les soutenir.

¹⁵¹ Yves Cartuyvels et Philippe Mary, « Politiques de sécurité en Belgique: les limites d'une approche de proximité » (2002) 26 *Déviance et société* 43; Aude Lejeune, « Justice institutionnelle, justice démocratique. Clercs et profanes » (2007) 66 : 2 *Dr et Soc* 361.

¹⁵² Jason M Solomon, « Civil recourse as social equality » (2011) 39 *Fla St UL Rev* 243; Hilary Sommerlad, « Some Reflections on the Relationship between Citizenship, Access to Justice, and the Reform of Legal Aid » (2008) 31 : 3 *JL & Soc'y* 345.

indépendance et impartialité du tribunal, égalité de tous dans et devant la loi, procédure garante de l'émergence d'une « vérité » judiciaire, etc. – ne sont dans les faits qu'une histoire d'argent.