

**LE DROIT AUX SERVICES D'UN AVOCAT RÉMUNÉRÉ PAR L'ÉTAT DANS LE
CONTEXTE DU DROIT PÉNAL :
NOUVELLES QUESTIONS CONCERNANT UN DROIT EN ÉVOLUTION**

DOCUMENT DE DISCUSSION

[TRADUCTION] [Le premier ministre de l'Irak Iyad] Allaoui a dit que [Saddam] Hussein aura droit à un avocat. S'il n'a pas les moyens de s'en payer un, a dit Allaoui en souriant, le gouvernement [Iraqien] acquittera les honoraires de son avocat¹.

I. INTRODUCTION

Saddam Hussein, accusé de génocides, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, défendu au cours du procès qui va bientôt se tenir par des avocats rémunérés par le gouvernement tout récemment mis en place en Irak! Quelle ironie! C'est grotesque! L'un des plus cruels dictateurs du XXI^e siècle, qui a amassé des millions et des millions de dollars en pillant l'aide internationale destinée à son pays et en se livrant à d'autres activités infâmes, pourrait obtenir d'être représenté par un avocat rémunéré par les fonds encore précaires du Trésor public iraquien². Un tel scénario, bien qu'exceptionnel, avouons-le, est plausible cependant

¹ Chandrasekranan et Barabash, "Iraq Takes Legal Custody of Hussein Wednesday", *Washington Post*, 29 juin 2004 <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A13900-2004Jun29.html> (Site visité le 3 août 2004.)

² Selon la presse, une équipe de 21 avocats provenant de divers pays a été désignée par la femme de Saddam Hussein, Sajida, pour représenter celui-ci. Beaucoup agissent à titre bénévole, "Saddam's Lawyers Seek Access to client", *Associated Press*, 22 juillet 2004.

à une époque où il arrive souvent que les tribunaux ordonnent à l'État d'acquitter les honoraires de la défense d'accusés qui sont apparemment incapables de payer les services d'un avocat pour les représenter. En effet, un riche accusé dans la poursuite relative à l'attentat à la bombe commis contre un avion d'Air India demandé récemment qu'un avocat soit commis d'office pour le représenter pendant le reste du procès. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté cette demande³, mais le gouvernement de cette province a accepté d'assumer les frais de sa représentation juridique et de demander d'être indemnisé plus tard afin d'empêcher l'avortement de cet important procès criminel commencé depuis de nombreux mois.

Avant la proclamation de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, le droit d'un accusé de se faire représenter par un avocat était vague⁵. La common law ne reconnaissait pas un tel droit. Avec le temps, cependant, la sévérité de la common law a été tempérée par des dispositions législatives qui permettaient à un accusé d'avoir accès aux services d'un avocat; toutefois, cet accès ne représentait guère plus que le droit de retenir les services d'un avocat

http://story.news.yahoo.com/news?tmpl=story&u=/ap/20040722/ap_on_re_eu/france_saddam_la_wyers&e=3&ncid= (Site visité le 3 août 2004.)

³ *R. c. Malik*, [2003] C.B.J. n° 2167 (QL) (C.S.)

⁴ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11 (la *Charte*).

⁵ Pour un bref survol de la situation qui existait avant l'adoption de la *Charte*, voir plus particulièrement : *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C.(3d) 1 (C.A. Ont.), aux p. 62 à 64.

quand l'accusé avait les moyens de le faire et de pouvoir bénéficier des conseils et de l'assistance d'un avocat. La plupart du temps, la défense des accusés sans le sou était assurée par des avocats chevronnés pour un coût minime sinon inexistant pour l'accusé. Plus récemment, les gouvernements provinciaux ont créé des régimes d'aide juridique financés par les fonds publics afin de fournir des avocats aux personnes démunies financièrement.

Le récent phénomène des avocats commis d'office financés par l'État est rattaché à deux phénomènes distincts mais inextricablement liés. Premièrement, la diminution des fonds publics consacrés aux services d'aide juridique. Deuxièmement, la reconnaissance dans la Constitution du droit d'un accusé à un procès équitable qui, selon l'interprétation donnée par les tribunaux, signifie que, dans certaines circonstances, les accusés à qui l'aide juridique a été refusée peuvent avoir le droit à l'assistance d'un avocat dont les honoraires sont acquittés par l'État. Les difficultés éprouvées par les programmes d'aide juridique provinciaux souffrant de sous-financement chronique ne relèvent pas du champ d'étude du présent document. Ces problèmes ont été examinés à fond dans de nombreuses études commandées par les gouvernements provinciaux, les organismes professionnels et les organisations d'intérêt public⁶. Pour les besoins du présent document, contentons nous de dire que le nombre des demandes visant à obtenir une représentation par un avocat payé par l'État a augmenté parce que le financement de l'aide

⁶ Voir p. ex. : Rapport de l'examen du régime d'aide juridique de l'Ontario, *Plan d'action pour les services juridiques publics subventionnés*, Volumes I et II (Toronto: Examen du régime d'aide juridique de l'Ontario, 1997), et Buckley, *The Legal Aid Crisis: Time for Action* (Association du Barreau canadien, juin 2000).

juridique n'a pas suivi les contraintes imposées au système. De plus, le tarif des honoraires autorisés qui peuvent être payés à un avocat du secteur privé dans le cadre des mandats ou des nominations de l'aide juridique n'a pas bougé depuis de nombreuses années. Par conséquent, le défaut de rehausser le niveau du financement public de l'aide juridique fait en sorte que bon nombre de braves personnes se voient refuser une représentation dans le cadre de ces régimes⁷.

L'adoption de la *Charte* a permis aux accusés non représentés de demander l'assistance d'un avocat commis d'office pour les représenter dans des procès criminels. Bien entendu, auparavant, il est arrivé que les tribunaux désignent des avocats pour défendre des accusés lorsqu'il aurait pu être démontré que l'absence de représentation juridique portait atteinte à leur droit de présenter une défense pleine et entière et menaçait le caractère équitable du procès⁸. Dans ces cas, les tribunaux ont invoqué leur compétence inhérente de garantir l'équité du procès. Toutefois, la *Charte* a fourni, à ce droit, une source constitutionnelle. Le présent document examinera d'abord l'évolution du droit à un avocat rémunéré par l'État en tant que droit

⁷ Pour un examen poussé de cette réalité, voir : Buckley, *ibid*, aux p. 34 à 48. M^{me} Buckley conclut son examen en signalant que le [TRADUCTION] « pourcentage d'accusés qui ont reçu l'aide juridique est : 27% en Ontario; 32% en Colombie-Britannique; 21 % en Alberta; 28 % en Saskatchewan; 29 % au Manitoba; 60 % au Québec; 10 % au Nouveau-Brunswick; 48 % à l'Île-du-Prince-Édouard; 37 % à Terre-Neuve; 42 % au Yukon et 42 % aux T.N.-O. : *id.*, à la page 48.

⁸ Voir p. ex. : *Re Ewing and Kearney and The Queen* (1974), 18 C.C.C. (2d) 356 (C.A.C.-B.), et *Re White and The Queen* (1976), 32 C.C.C. (2d) 478 (C.S. Alb.(1^{re} inst.))

constitutionnel. La deuxième partie portera sur l'évolution de la jurisprudence et la troisième, sur un certain nombre de problèmes qui se dégagent de cet ensemble de règles de droit.

II. LE DROIT

A. Dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

1. Dispositions pertinentes de la *Charte*

Trois dispositions de la *Charte*, surtout, concernent plus particulièrement la question des avocats commis d'office rémunérés par l'État. Il s'agit de l'article 7, de l'alinéa 11*d*) et du paragraphe 24(2). Pour plus de commodité, en voici le libellé :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit :
[...]

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Curieusement, l'alinéa 10*b*), la seule disposition de la *Charte* qui fait allusion au droit à l'assistance d'un avocat ne s'applique pas. Divers tribunaux, dont la Cour suprême, ont déclaré

que cet article n'impose pas à l'État l'obligation positive de fournir les services d'un avocat aux personnes détenues ou à celles qui sont accusées d'un crime⁹. La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Rowbotham*, a statué que l'alinéa 10b) ne [TRADUCTION] « constitutionnalise pas *expressément* le droit d'un prévenu démuné financièrement aux services d'un avocat rémunéré par l'État »¹⁰. Selon le raisonnement suivi par la Cour, les rédacteurs de la *Charte* ne croyaient pas nécessaire de reconnaître un tel droit dans la Constitution [TRADUCTION] « parce qu'ils estimaient qu'en règle générale, les régimes d'aide juridique étaient suffisants pour fournir les services d'un avocat aux personnes inculpées de crimes graves qui n'avaient pas les moyens de se les offrir¹¹.

2. Dispositions législatives pertinentes

Comme le présent document s'intéresse aux avocats payés par l'État dans le contexte du droit pénal, seule les dispositions législatives de droit pénal seront relevées.

Rien, dans le *Code criminel*¹² n'autorise un tribunal à désigner un avocat commis d'office au procès. Toutefois, l'article 684 crée un régime législatif d'avocats commis d'office dans les appels en matière pénale ou criminelle dont sont saisies les cours d'appel provinciales

⁹ Voir tout particulièrement : *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, aux p. 265 à 268, et *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), aux p. 66 et 67.

¹⁰ *Rowbotham*, *id.*, à la p. 66 (souligné dans l'original).

¹¹ *Id.*

¹² L.R.C. 1985, ch. C-46 modifié.

tandis que l'article 694.1 prévoit, dans des termes presque identiques, la nomination d'avocats commis d'office dans les appels interjetés devant la Cour suprême du Canada. Pour plus de commodité, voici en quels termes est rédigé l'article 684 :

684. (1) Une cour d'appel, ou l'un de ses juges, peut à tout moment désigner un avocat pour agir au nom d'un accusé qui est partie à un appel ou à des procédures préliminaires ou accessoires à un appel, lorsque, à son avis, il paraît désirable dans l'intérêt de la justice que l'accusé soit pourvu d'un avocat et lorsqu'il appert que l'accusé n'a pas les moyens requis pour obtenir l'assistance d'un avocat.

(2) Dans le cas où l'accusé ne bénéficie pas de l'aide juridique prévue par un régime provincial, le procureur général en cause paie les honoraires et les dépenses de l'avocat désigné au titre du paragraphe (1)

(3) Dans le cas de l'application du paragraphe (2), le registraire peut, sur demande du procureur général ou de l'avocat, taxer les honoraires et les dépenses de l'avocat si le procureur général et ce dernier ne s'entendent pas sur leur montant.

Finalement, le paragraphe 25(4) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*¹³ prévoit qu'un tribunal pour adolescent doit prescrire que tout adolescent qui désire obtenir les services d'un avocat a le droit d'en obtenir un. Si l'adolescent n'est pas admissible à l'aide juridique, alors, selon le paragraphe 25(5) « le procureur général lui désigne un avocat ou veille à ce qu'un avocat lui soit désigné ». Ces dispositions reprennent les paragraphes 11(4) et 11(5) de l'ancienne *Loi sur les jeunes contrevenants*¹⁴. Cette loi envisageait la possibilité qu'un tribunal pour adolescent ordonne que les services d'un avocat soient fournis à un adolescent,

¹³ L.C. 2002, ch. 1.

¹⁴ L.R.C. 1985, ch. Y-1.

mais elle ne permettait pas à ce tribunal de désigner un avocat particulier ou de fixer le taux de sa rémunération. Ces questions devaient être réglées entre l'avocat éventuel et le ministère de la Justice, provincial ou fédéral, concerné¹⁵.

B. Quatre catégories d'ordonnances pour obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État

En général, les ordonnances désignant des avocats rémunérés par l'État dans le processus criminel ou pénal se divisent en quatre catégories. Il y a (1) les ordonnances générales ou « ordonnances de type *Rowbotham* », baptisées ainsi d'après l'arrêt de principe *R. c. Rowbotham*¹⁶; (2) les ordonnances spécifiques ou « ordonnances de type *Fisher* », baptisées ainsi d'après l'arrêt de principe *R. c. Fisher*¹⁷; (3) les ordonnances de provision pour frais ou « ordonnances de type *Bande indienne Okanagan* », ainsi nommées d'après le jugement prononcé très récemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*¹⁸, et (4) les ordonnances de désignation d'un avocat dans les appels en matière pénale aussi appelées « ordonnances prises aux termes de l'article

¹⁵ Voir p.ex. : *R. c. T.(D.)*, [2002] S.J. n° 70 (QL) (Tribunal pour adolescents); confirmée par B.R. Sask., inédite, le juge McLellan, et *R. c. P.(J.)*, B.R. Sask., 6 juillet 1999, inédite, le juge Armstrong.

¹⁶ Voir *supra*, note 9.

¹⁷ [1997] S.J. n° 530 (QL) (B.R.), le juge Milliken.

¹⁸ [2003] 3 R.C.S. 371; 2003 CSC 71.

684 » nommées ainsi d'après l'article du *Code criminel* qui les autorise. Bien que les ordonnances de type *Bande indienne Okanagan* aient fait leur apparition en matière civile, on les rencontre maintenant dans les poursuites en matière pénale.

1. Ordonnances de type *Rowbotham*

L'arrêt *R. c. Rowbotham*¹⁹ est l'arrêt faisant autorité en matière d'avocats rémunérés par l'État. Cette affaire s'inscrit dans le contexte d'un appel détaillé des déclarations de culpabilité pour de graves infractions liées à la drogue interjeté après la tenue d'un procès long et pénible. L'un des moyens d'appel visait deux des accusés qui n'étaient pas représentés par un avocat au procès. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès concernant certains chefs d'accusation et certains accusés. Dans son jugement, la Cour, dans un arrêt *per curiam*, a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en négligeant de nommer un avocat pour représenter ces accusés après que ceux-ci ont été déclarés inadmissibles au régime d'aide juridique de l'Ontario. Elle a reconnu le principe constitutionnel suivant :

[TRADUCTION] [D]ans les cas qui ne sont pas couverts par les régimes d'aide juridique provinciaux, l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte, qui garantissent à un inculpé un procès équitable en conformité avec les principes de justice fondamentale, rendent obligatoires de fournir un avocat payé par l'État si l'accusé le réclame, mais ne peut payer lui-même et si la présence d'un avocat est essentielle à la tenue d'un procès équitable²⁰.

La Cour a aussi décidé que, dans les cas où il est porté atteinte au droit de l'accusé d'obtenir un procès équitable en raison d'une absence de représentation juridique, [TRADUCTION]

¹⁹ Voir *supra* note 9.

²⁰ *Ibid*, à la p. 66 (souligné dans l'original).

« un sursis d'instance jusqu'à ce que les services de l'avocat rémunéré soient fournis est une réparation appropriée dans le cadre du paragraphe 24(1) de la *Charte* lorsque le poursuivant insiste pour que le procès se poursuive en contravention du droit de l'accusé à un procès équitable »²¹. La Cour s'est délibérément abstenue de répondre à la question de savoir si le juge du procès avait la compétence d'ordonner à l'aide juridique ou au procureur général concerné de payer les honoraires de l'avocat de la défense étant donné que cette question ne se posait pas dans les circonstances de cette affaire.

Bon nombre de tribunaux ont examiné et appliqué l'arrêt *Rowbotham*. Il est maintenant bien établi que le cadre analytique pour établir le droit d'être représenté par un avocat rémunéré par l'État compte trois volets :

- L'accusé / le demandeur est inadmissible à l'aide juridique et a épuisé tous les appels pouvant lui permettre d'obtenir le réexamen de son inadmissibilité.
- L'accusé / le demandeur est démuné financièrement et incapable de retenir les services d'un avocat du secteur privé pour le représenter au procès.
- L'accusé / le demandeur doit démontrer qu'il sera porté atteinte à son droit à un procès équitable si on ne lui désigne pas un avocat.

Un préalable essentiel à toute demande de désignation d'un avocat est que le demandeur doit avoir épuisé toutes les autres possibilités d'obtenir de l'aide juridique par l'intermédiaire d'un régime financé par un gouvernement provincial. Pour remplir cette condition, il peut arriver que le demandeur doive renoncer à tout privilège protégeant ses communications avec l'aide juridique afin de convaincre l'avocat du gouvernement et le tribunal qu'effectivement, il ne peut obtenir qu'un régime d'aide juridique provincial assure sa défense au criminel. Cette

²¹ *Ibid*, à la p. 70.

renonciation est souhaitable puisque le demandeur veut que sa défense en matière criminelle soit payée par des fonds publics. Un tribunal, sans parler du public en général, a le droit de savoir que cette demande n'est pas une tentative voilée de contourner le système d'aide juridique financé par l'État.

Un fois qu'il est établi qu'il est inadmissible à l'aide juridique, un demandeur doit convaincre le tribunal qu'il est démuné financièrement et incapable de payer les services d'un avocat. C'est souvent difficile à vérifier. D'abord, le fait qu'il ait un revenu qui dépasse la limite maximale permise par l'aide juridique ne l'empêche pas d'établir son indigence²². Toutefois, s'il a accès à des ressources familiales comme des intérêts commerciaux²³ une part du foyer matrimonial²⁴ ou une rente²⁵, il est fort probable que le tribunal estimera qu'il n'est pas démuné financièrement et rejettera sa demande.

Si le demandeur réussit à convaincre le tribunal qu'il est démuné financièrement, alors il faut procéder à une analyse sur le fond des répercussions que son indigence risque d'avoir sur

²² Voir p. ex. la décision *R. c. Hopfner* (1996), 146 Sask. R. 35 (B.R.)

²³ Voir p. ex. la décision *Hopfner*, *ibid*, et l'arrêt *Malik*, *supra*, note 3.

²⁴ Voir p. ex. les décisions *Hopfner*, *ibid*, et *R. c. Schafer* (1999), 178 Sask. R. 105 (B.R.)

²⁵ Voir p. ex. la décision *Hopfner*, *ibid*, à la p. 39, dans laquelle le juge Gerein (qui n'était pas encore juge en chef) a décidé qu'étant donné que le demandeur avait accès à une pension mensuelle d'environ 900 \$ à titre d'ancien député de l'Assemblée législative de la Saskatchewan, il pouvait utiliser cette somme pour retenir les services d'un avocat.

son droit à un procès équitable. Il s'agit alors de déterminer s'il sera porté atteinte au droit du demandeur à un procès équitable s'il est envoyé à procès sans l'assistance d'un avocat. Un certain nombre de facteurs sont pertinents à cette détermination. On peut les résumer de la manière suivante : « a) la gravité des intérêts en jeu, b) la durée et la complexité de l'instance et c) sa capacité de pouvoir participer seul et efficacement à l'audition »²⁶.

Habituellement, les accusés présentent leur demande de désignation d'un avocat rémunéré par l'État avant le début du procès. En effet, ce qu'on allègue dans de telles demandes, c'est qu'il y aura éventuellement violation d'un droit garanti par la *Charte*, soit le droit à un procès équitable. Dans l'arrêt *R. c. Cai*²⁷, la Cour d'appel de l'Alberta a estimé qu'essayer de prouver une violation éventuelle de la *Charte* ne consiste au fond qu'à émettre des hypothèses hasardeuses. C'est pourquoi, le fardeau de la preuve qui incombe au demandeur est-il lourd.

²⁶ *Québec (Procureur général) c. R. C.*, [2003] Q.J. n° 7541 (QL) (C.A.), au par. 175. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *R. c. Hayes* (2002), 253 R.N.-B. (2^e) 299 (C.A.) a relevé cinq critères permettant d'évaluer s'il sera porté atteinte au droit d'un accusé à un procès équitable si ce dernier n'est pas représenté par un avocat. Ces critères sont : (1) la gravité de l'infraction reprochée; (2) la complexité de l'instance; (3) la durée du procès; (4) les questions qui se rapportent à l'accusé personnellement, y compris son niveau d'instruction, les difficultés linguistiques et sa capacité générale à assurer sa propre défense; (5) le risque d'emprisonnement : *ibid*, au par. 14. Voir aussi l'arrêt : *R. c. Osborne*, [2003] N.B.J. n° 437 (QL) (C.A.). Voir, au même effet, l'arrêt *R. c. Drury*, [2000] M.J. n° 457 (QL) (C.A.), aux par. 23 à 25.

²⁷ (2002), 170 C.C.C. (3d) 1, 2002 ABCA. 299.

Pour pouvoir démontrer une violation de cette nature, un demandeur doit établir, selon un haut degré de probabilité, qu'il existe « un risque assez grave que la violation alléguée se produira effectivement »²⁸. La difficulté de cette tâche est encore accrue du fait qu'un accusé peut présenter de nouveau une telle demande plus tard dans l'instance si le préjudice se réalise effectivement ou, à tout le moins, s'il devient plus facile à prouver. Il est permis de penser qu'une norme d'une rigueur aussi évidente n'est pas toujours appliquée par les tribunaux.

Si un demandeur peut satisfaire à cette norme et que le tribunal décide que la désignation d'un avocat est nécessaire, il est ordonné au gouvernement de fournir les services d'un avocat. En règle générale, il est entendu que, dans une ordonnance de type *Rowbotham*, aucun avocat en particulier n'est désigné, et ce, parce que ni l'article 7 ni l'alinéa 11d) de la *Charte* ne garantissent aux inculpés le droit d'obtenir les services de l'avocat de leur choix rémunéré par l'État²⁹. Toutefois, dans l'arrêt *Peterman*, la Cour d'appel de l'Ontario a effectivement reconnu que, dans certaines circonstances particulières, un demandeur peut parvenir à établir selon un haut degré de probabilité qu'il « ne pourra subir un procès équitable que s'il est représenté par un

²⁸ *Ibid*, aux par. 6 et 7 reprenant les propos du juge Cory dans l'arrêt *Phillips c. Westray Mine Inquiry*, [1995] 2 R.C.S. 97, à la p. 158.

²⁹ Voir plus particulièrement : *R.C.*, *supra*, note 26, au par. 141 (C.A. Qué.); *Cai*, *supra*, note 27 (C.A. Alb.); *Osborne*, *supra*, note 26, at para. 14 (C.A.N.-B.); *R. c. Ho*, [2004] 2 W.W.R. 590 (C.A.C.-B.), et *R. c. Peterman*, [2004] O.J. n° 1758 (QL) (C.A.)

avocat donné »³⁰. Un exemple d'un tel « exceptionnel » pourrait être celui dans lequel un avocat représente depuis longtemps un accusé dans des affaires criminelles connexes et où ce qu'il en coûterait, en temps et en argent, pour familiariser un nouvel avocat au dossier seraient injustifiés.

L'arrêt *Peterman* pose aussi sans équivoque que toute ordonnance de désignation d'un avocat pour un accusé démuné financièrement doit être adressée au procureur général et non à un autre ministère du gouvernement ou à un organisme indépendant comme un régime d'aide juridique provincial³¹.

Finalement, l'ordonnance devrait suspendre l'instance tant que le procureur général n'a pas retenu les services d'un avocat pour représenter l'accusé. La Cour d'appel du Manitoba, dans l'affaire *Drury*, fait référence à une ordonnance de cette nature comme à [TRADUCTION] « une suspension conditionnelle des procédures jusqu'à ce qu'un avocat soit assigné ou jusqu'à ce qu'on ait trouvé les fonds nécessaires pour obtenir les services d'un avocat »³².

2. Ordonnances de type *Fisher*

Dans l'arrêt *Rowbotham*, la Cour d'appel de l'Ontario a délibérément laissé sans réponse la question de savoir si la *Charte* autorise un tribunal à enjoindre au procureur général ou à un autre organisme de payer les honoraires de l'avocat qui accepte d'être commis d'office. Dans *R.*

³⁰ *Ibid*, au par. 29, le juge Rosenberg.

³¹ *Ibid*, au par. 41.

³² *Drury*, *supra*, note 26, au par. 19, le juge Steel citant l'arrêt *Rowbotham*, *supra*, note 9 comme faisant autorité pour asseoir cette décision.

*c. Fisher*³³, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, dans un jugement au raisonnement mince, a décidé que, non seulement la *Charte* autorise le tribunal à désigner un avocat en particulier pour représenter un accusé/demandeur, mais en outre qu'elle lui permet de fixer le barème des tarifs.

L'affaire *Fisher* s'inscrit à la suite de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à Milgaard (Can.)*³⁴ dans lequel la Cour, conformément à l'article 690 du *Code criminel*, a annulé la déclaration de culpabilité de David Milgaard pour meurtre au premier degré relativement à la mort de Gail Miller et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le gouvernement de la Saskatchewan a décidé de ne pas juger M. Milgaard une deuxième fois. Après avoir obtenu les résultats de tests d'ADN qui l'exonéraient et désignaient Larry Fisher comme assassin possible, la Couronne a accusé M. Fisher de meurtre. Avant son procès, Fisher a demandé à la Commission d'aide juridique de la Saskatchewan de désigner M^c Brian Beresh pour le représenter. La Commission a décidé que M. Fisher était admissible à l'aide juridique mais a rejeté sa demande visant à obtenir la désignation de M^c Beresh parce que ce dernier ne demeurait pas en Saskatchewan. Elle lui a offert, à la place, les services d'avocats à l'interne, mais M. Fisher a décliné cette offre.

Une demande de désignation d'un avocat a ensuite été présentée. Il ne s'agissait pas de savoir si M. Fisher était financièrement démuné; il fallait plutôt décider s'il avait le droit à un avocat commis d'office malgré le fait qu'il soit admissible à l'aide juridique et que l'aide

³³ *Supra* note 17.

³⁴ [1992] 1 R.C.S. 866.

juridique soit d'accord pour lui fournir un avocat. Écartant la décision *Rowbotham* et les décisions s'inscrivant dans la foulée de celle-ci, non seulement le juge Milliken a-t-il désigné M^e Beresh, mais il a, en outre, désigné un avocat adjoint pour défendre M. Fisher et fixé le taux horaire que pouvait réclamer chacun d'eux. Il a gardé compétence relativement à son ordonnance et a indiqué qu'une fois que la facture totale atteindrait 50 000 \$, il réexaminerait ces questions. Ce juge a invoqué, comme fondement de sa décision, les faits inhabituels de l'affaire qu'il a qualifiée d'« unique » ainsi que la représentation de longue date de M. Fisher par M^e Beresh. Il a conclu qu'[TRADUCTION] « il n'y aurait pas de jugement équitable si Beresh n'assumait pas la défense de Fisher relativement aux accusations qui pèsent contre lui »³⁵.

Le juge Milliken a affirmé qu'on ne verrait pas d'affaire similaire dans la province avant trente ans³⁶ et, donc, que l'ordonnance très spécifique prise dans l'affaire *Fisher* n'aurait pas pour effet d'établir un pénible précédent pour le gouvernement provincial ou pour la commission d'aide juridique de la province. Malgré cette prédiction optimiste, il n'a pas fallu longtemps avant que les autres tribunaux ne rendent des ordonnances similaires. Par exemple, dans l'affaire *R. c. W. (L.C.)*³⁷, deux avocats précis ont été commis d'office pour débattre d'une contestation constitutionnelle de la législation relative aux délinquants dangereux et un taux horaire de 100 \$

³⁵ Voir *supra* note 17, par. 17.

³⁶ *Ibid*, par. 20.

³⁷ (2000), 191 Sask. R. 69 (B.R.). La décision dans la demande de déclaration de délinquant dangereux se trouve à [2000] 10 W.W.R. 527 (B.R.).

a été établi pour chaque avocat. Dans une autre affaire de la Saskatchewan, le juge Gunn a désigné un avocat bilingue pour représenter un francophone accusé de possession en vue de faire le trafic et a fixé un tarif horaire de 100 \$³⁸. Ce ne sont pas que les tribunaux de la Saskatchewan qui ont prononcé des ordonnances de type *Fisher*, cependant. Les tribunaux d'autres provinces leur ont emboîté le pas³⁹.

Généralement, ces se composent de deux éléments. Premièrement, elles précisent qui est l'avocat commis d'office, d'habitude un avocat choisi par l'accusé/le demandeur. Ainsi, malgré une abondante jurisprudence, les ordonnances de type *Fisher* ont étendu le droit d'un demandeur à un avocat à celui de l'avocat de son choix. Deuxièmement, mais ce qui est beaucoup plus controversé, dans ces ordonnances, le tribunal fixe le tarif d'honoraires auquel a droit l'avocat. Et les différends au sujet des montants imputés sont réglés dans le cadre du processus de taxation.

Si on examine le premier élément, on constate que la loi est claire et que le droit à un avocat rémunéré par l'État que reconnaît la Constitution ne s'étend pas au droit à un avocat de son choix⁴⁰. Il reste cependant que, divers tribunaux ont insisté pour indiquer qu'il faut le plus

³⁸ *R. c. Wingfield*, [1998] S.J. No. 878 (QL) (B.R.)

³⁹ Voir p. ex.: *R. c. Fok*, [2000] A.J. No.1182 (QL) (B.R.); *R. c. Rooney*, [1994] P.E.I.J. n° 121 (QL) (C.S., 1^{re} inst.), et *R. c. Gero*, [2002] O.J. n° 3409 (QL) (C.Sup.).

⁴⁰ Voir plus particulièrement : *R. c. Rockwood* (1989), 49 C.C.C. (3d) 129 (C.A. N.-É.); *R. c. Howell* (1994), 103 C.C.C. (3d) 302 (C.A.N.-É.), conf. [1996] 3 R.C.S. 604; *R. c. R.(P.)*

possible que la désignation faite par le tribunal soit compatible avec le droit des personnes de choisir leur avocat ⁴¹. En général, l'avocat qui représente le gouvernement dans des demandes de désignations d'un avocat commis d'office ne s'oppose pas au choix d'un avocat, souvent parce que c'est le même que celui qui présente la demande pour le compte de l'accusé. Toutefois, il s'opposera à une demande sollicitant la désignation de plus d'un avocat. En réalité, le gouvernement s'inquiète plus du fait que les tribunaux fixent le tarif des honoraires à verser à un avocat qui accepte d'être commis d'office que de savoir de qui il s'agit.

Le deuxième élément typique d'une ordonnance de type *Fisher* est la fixation des honoraires. Comme il fallait s'y attendre, cet élément est controversé parce qu'il signifie que le tribunal dicte au gouvernement ou à une législature le montant des deniers publics qu'il doit consacrer au financement de la défense par rapport à une accusation criminelle donnée. Selon la doctrine constitutionnelle traditionnelle, une telle ordonnance contrevient au principe de la séparation des pouvoirs entre le judiciaire et l'exécutif reconnu dans notre système constitutionnel de gestion des affaires publiques. En fait, un certain nombre de Cours d'appel

(1998), 132 C.C.C. (3d) 72 (C.A.Qué.) le juge d'appel LeBel (qui n'était pas encore nommé à la Cour suprême), et *Drury, supra* note 26, aux par. 52-53. Mais voir en outre : *Peterman, supra*, à la note 29.

⁴¹ *Cai, supra*, note 27, au par. 141. See also: *Peterman, supra*, note 29, au par. 27, et *R. v. McCallen* (1999), 131 C.C.C. (3d) 518 (C.A. Ont.)

provinciales ont récemment dénoncé ce genre d'ordonnances⁴². Dans l'arrêt *Cai*, par exemple, la Cour d'appel de l'Albert a affirmé que les tribunaux [TRADUCTION] « ne sont pas les organismes les plus aptes à déterminer les priorités en matière de dépenses de fonds publics » et [TRADUCTION] « ne fixent pas, ni ne sont chargés de fixer les honoraires élevés des médecins et d'autres professionnels »⁴³. La Cour a expliqué que certains impératifs constitutionnels incitaient le pouvoir judiciaire à s'abstenir de dicter aux gouvernements et aux législatures comment dépenser des fonds publics. Elle s'est exprimée en ces termes :

[TRADUCTION] Le tribunal qui accorde une somme d'argent crée un grave problème constitutionnel. La *Loi constitutionnelle de 1867* donne au Canada une constitution « similaire en principe » à celle du Royaume-Uni. Le premier principe de la Constitution britannique, écrit avec le sang versé au cours de la guerre civile des années 1640 et de la révolution de 1688 est celui-ci : La Couronne ne peut imposer des taxes ni dépenser de fonds de son propre chef. Le Parlement, particulièrement la Chambre des Communes, doit voter des crédits [...] La *Charte* n'infirmes pas ce principe : la Constitution du Canada ne peut être inconstitutionnelle. Ces parties de la Constitution ne sont pas non plus de peu d'importance ou de détails : ce sont les principaux piliers de la démocratie sur l'Exécutif⁴⁴.

⁴² Voir plus particulièrement : *Ho*, *supra*, note 29 (C.A.C.-B.) (la juge d'appel Southin parle en son nom personnel sur ce point, la majorité a jugé inutile de répondre à cette question, *id.*, au par. 82; *Cai*, *supra*, note 27 (C.A. Alb.), au par. 9, 92 à 96; *R.C.*, *supra*, note 26 (C.A.Qué.); *R. c. Savard* (1996), 106 C.C.C. (3d) 130 (C.A. T.Y)

⁴³ *Cai*, *id.*, au par. 9 (références omises).

⁴⁴ *Id.*, au par. 93 (référence omises).

Par la suite, la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *R.C.* a endossé l'analyse faite par la Cour d'appel de l'Alberta et a donné d'autres raisons pour lesquelles les tribunaux devraient hésiter à fixer les honoraires à payer à un avocat commis d'office. La Cour s'est exprimée ainsi:

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 [*Loi sur l'aide juridique* du Québec], (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 manoeuvre pour s'acquitter de son obligation constitutionnelle de fournir au prévenu les services d'un avocat rémunéré à même les fonds publics⁴⁵.

Malgré ces manifestations de désapprobation sans équivoques de la part des Cours d'appel au sujet du bien-fondé des barèmes d'honoraires imposés par les juges, cette pratique se poursuit. Et non seulement elle se poursuit, mais elle fonctionne sans uniformité entre les tribunaux des différentes provinces et aussi entre les juges du même tribunal. Toutefois, le fait que les Cours d'appel accueillent maintenant les appels interjetés contre des ordonnances de type

⁴⁵ *R.C.*, *supra* n. 26, at para. 165 (citations omitted).

Fisher rendues par des tribunaux d'instance inférieure indique que celles-ci devraient être moins fréquentes.

3. Ordonnances de type *Bande indienne Okanagan*

Les ordonnances de type *Bande indienne Okanagan* constituent une innovation très récente, susceptibles de constituer une source de complications dans le contexte du droit criminel. Elles trouvent leur source dans les complexes procédures judiciaires concernant les autochtones, intentées en Colombie-Britannique. En effet, divers tribunaux ont rendu avant instruction des ordonnances enjoignant aux gouvernements fédéral et provinciaux de financer des groupes autochtones pour leur permettre d'instituer leurs poursuites⁴⁶. Lorsqu'il rend une telle ordonnance, dite « ordonnance de provision pour frais », le juge de la cour supérieure exerce sa compétence inhérente en matière d'adjudication de dépens avant l'instruction dans des circonstances où les demandeurs sont dépourvus de ressources, font valoir une réclamation juridique valable et soulèvent d'importantes questions de droit public⁴⁷.

⁴⁶ Voir tout particulièrement : *British Columbia (Minister of Forests) c. Jules*, [2000] B.C.J. No. 1536 (QL), 2000 BCSC 1135; inf. en partie [2001] B.C.J. No. 2279 (QL); 2001 BCCA 647; *Nemiah Valley Indian Band c. Riverside Forest Products Ltd*, [2001] B.C.J. No. 2484 (QL), 2001 BCSC 1641, conf. par *Xeni Gwet'in First Nation v. British Columbia*, [2002] B.C.J. No. 1652 (QL), 2002 BCCA 434, et *Tshilqot-in Nation c. British Columbia*, [2004] B.C.J. No. 937 (QL), 2004 BCSC 610.

⁴⁷ Voir : *British Columbia (Minister of Forests) c. Jules*, *ibid*, (C.A. C.-B.)

Tout récemment, dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*⁴⁸, la Cour suprême du Canada a confirmé par une faible majorité (5 contre 4) le prononcé de telles ordonnances. S'exprimant au nom de la majorité, le juge LeBel a souscrit à l'opinion des tribunaux de Colombie-Britannique, affirmant ce qui suit : « [l]e pouvoir d'ordonner le paiement de frais provisoires est inhérent à la nature de la compétence en equity de statuer sur les dépens, et le tribunal peut, lorsqu'il l'exerce, décider à son gré à quel moment et par qui les dépens seront payés »⁴⁹. Cependant, il a fait ressortir que ces ordonnances ne doivent être utilisées que dans des circonstances rares et exceptionnelles dans des causes en droit public. Les majoritaires ont précisé qu'il faut satisfaire aux trois conditions suivantes quant à l'octroi de provisions pour frais⁵⁰:

- La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de

⁴⁸ [2003] 3 R.C.S. 371, [2003] S.C.J. No. 76 (QL), 2003 CSC 71, conf. *Jules*, *ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, à la p. 396, par. 35. Les tribunaux d'instance inférieure de la Colombie-Britannique ont jugé qu'il n'existait pas de droit constitutionnel autonome au financement, voir : *Jules*, précité, note 46, (C.A. C.-B.), par. 25 à 36, le juge Newbury. La question du fondement constitutionnel de telles ordonnances a été abandonnée dans le pourvoi devant la Cour suprême du Canada, voir : *Bande indienne Okanagan*, *ibid.*, à la p. 387, par. 18.

⁵⁰ *Ibid.*, aux p. 399 et 00, par. 40.

financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal -- bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance.

- La demande vaut *prima facie* d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'a pas les moyens financiers.
- Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, elles revêtent une importance pour le public et elles n'ont pas encore été tranchées

Le juge LeBel a fait ressortir que le fait que ces trois conditions soient remplies n'établit pas automatiquement la nécessité d'une telle ordonnance; « cette décision relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal »⁵¹. Il affirme :

Si les trois conditions sont remplies, les tribunaux disposent d'une compétence limitée pour ordonner que les dépenses de la partie sans ressources suffisantes soient payées préalablement. De telles ordonnances doivent être formulées avec soin et révisées en cours d'instance de façon à assurer l'équilibre entre les préoccupations concernant l'accès à la justice et la nécessité de favoriser le déroulement raisonnable et efficace de la poursuite, qui

⁵¹ *Ibid*, à la p. 400, par. 41.

est également l'un des objectifs de l'attribution de dépens.

Lorsqu'ils rendent ces décisions, les tribunaux doivent également tenir compte de la position des défendeurs. Il ne faut pas que l'octroi de provisions pour frais leur impose un fardeau inéquitable.⁵²

Puisque les administrations ou autres entités publiques seront inévitablement les défenderesses dans le cadre de telles demandes, la timide mise en garde du juge LeBel est une excellente chose.

Peu après l'arrêt *Bande indienne Okanagan* de la Cour suprême du Canada, le mécanisme des ordonnances de provisions pour frais a commencé à être utilisé dans d'autres domaines du droit. Par exemple, dans la décision *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*⁵³, la juge Bennett a appliqué les principes formulés dans l'arrêt *Bande indienne Okanagan* à une affaire de droit administratif et rendu une ordonnance de provisions pour frais contre le gouvernement fédéral afin que le demandeur puisse contester certaines décisions administratives prises contre lui par le Commissaire des Douanes et du Revenu. Toutefois, elle a refusé de rendre une telle ordonnance à l'appui d'une contestation constitutionnelle relative à la définition de l'obscénité établie dans l'arrêt *R. c. Butler*⁵⁴ parce que la Cour suprême avait auparavant rejeté une contestation similaire intentée par

⁵² *Ibid* (soulignement ajouté).

⁵³ [2004] B.C.J. No. 1241 (QL), 2004 BCSC 823.

⁵⁴ [1992] 1 R.C.S. 452

Little Sisters⁵⁵. La juge Bennett a aussi refusé d'ordonner la façon dont cette ordonnance devrait être structurée ou d'en établir le montant, affirmant que d'autres observations devaient être présentées.

Cependant, la décision *R. c. Fournier*⁵⁶ est encore plus troublante; dans cette affaire, un juge d'une Cour supérieure de l'Ontario a rendu une ordonnance de type *Bande indienne Okanagan* dans le cadre d'une procédure criminelle, même si les accusés allaient vraisemblablement recevoir des fonds d'Aide juridique Ontario. Les accusés devaient répondre d'accusations criminelles relativement à la présumée vente frauduleuse de cartes de statut d'Indien. Dans leur défense à l'encontre de ces accusations, les accusés, qui prétendaient appartenir à la Ligue des nations indiennes de l'Amérique du Nord, cherchaient à contester, sur le fondement de motifs constitutionnels, la compétence des tribunaux de l'Ontario à leur endroit. Ils faisaient valoir qu'il leur en coûterait approximativement 35 000 \$ pour présenter une preuve adéquate. Aide juridique Ontario avait provisoirement convenu d'accorder aux accusés la somme de 17 500 \$ pour qu'ils puissent déposer leur revendication constitutionnelle. Malgré cela, le juge O'Neill a jugé que les accusés étaient dépourvus de ressources en ce sens qu'ils n'auraient pas été en mesure d'assumer le reste des frais liés à la contestation. Il a suivi l'analyse du juge LeBel dans l'arrêt *Bande indienne Okanagan* et conclu que [TRADUCTION] « l'octroi d'une

⁵⁵ Précité, note 53, au par. 87. La Cour suprême avait rejeté la contestation antérieure dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69.

⁵⁶ [2004] O.J. No. 1136 (QL) (Sup. Ct.)

provision pour frais est justifié dans cette affaire de droit criminel » parce que la compétence du tribunal constitue, en droit constitutionnel et en droit public, une importante question qui dépasse le cadre des intérêts de chaque prévenu⁵⁷.

Puisque les ordonnances de provisions pour frais constituent un développement fort récent, tout particulièrement dans le contexte du droit criminel, il reste à déterminer si leur utilisation deviendra répandue. Il ressort de la décision *Fournier* que de telles ordonnances peuvent être utilisées pour contourner les ordonnances de type *Rowbotham* en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État et d'offrir au tribunal davantage de latitude en matière de prise d'ordonnances de financement. Pour les fins du présent document, il faut faire ressortir deux aspects relativement aux ordonnances de type *Bande indienne Okanagan*. Premièrement, la source de la compétence du prononcé de telles ordonnances ne repose pas sur la Constitution. Deuxièmement, ces ordonnances reposent sur l'*equity* de par leur nature et découlent de la compétence inhérente du tribunal. Ce facteur est considérablement important car il signifie qu'une telle ordonnance ne peut être rendue que par une cour supérieure, la seule à avoir une compétence inhérente. Les cours provinciales n'ont pas cette compétence et le *Code criminel* n'autorise pas une telle mesure. Cependant, cela nous amène à examiner si une demande de cette nature pourrait être présentée à une cour supérieure relativement à une procédure criminelle se déroulant devant une cour provinciale.

4. Ordonnances prises aux termes de l'article 684

L'article 684 Du *Code criminel* est la seule disposition qui autorise expressément une cour à nommer un avocat pour représenter un défendeur en matière criminelle. Il ne s'applique

⁵⁷ *Ibid*, au par. 47.

qu'en matière criminelle et confère une compétence restreinte à un juge d'une cour d'appel de nommer un avocat aux fins d'une poursuite ou de la défense d'un appel en matière criminelle pour le compte d'un appelant démuné. Il importe de faire remarquer qu'une ordonnance rendue au procès pour la nomination d'un avocat cesse d'avoir effet à la fin des procédures du procès. Un accusé qui désire interjeter appel doit aussi demander que la cour lui nomme un représentant. De façon générale, une cour d'appel nommera de nouveau l'avocat qui a représenté l'accusé au procès à condition qu'il soit disposé à le faire en appel⁵⁸.

Le *Code criminel* exige une analyse en deux étapes. Premièrement, l'article 684 oblige un demandeur à démontrer qu'« il paraît désirable dans l'intérêt de la justice que l'accusé soit pourvu d'un avocat ». Deuxièmement, le demandeur doit établir qu'« il appert que l'accusé n'a pas les moyens requis pour obtenir l'assistance d'un avocat ». Cet aspect de l'examen est généralement examiné en premier lieu et exige du demandeur qu'il démontre non seulement le manque de ressources nécessaires mais aussi qu'il n'est pas admissible à l'aide juridique⁵⁹.

Les tribunaux ont cerné divers facteurs dont il faut tenir compte lorsque l'on examine si « l'intérêt de la justice » exige la désignation d'un avocat. Au nombre de ces facteurs, on compte [TRADUCTION] « les points à débattre en appel; la complexité de l'affaire; tout point d'importance générale dans l'appel; la capacité du demandeur à présenter l'appel; le besoin de représentation par avocat en vue de l'obtention des faits, la réalisation des recherches ou la

⁵⁸ Voir par exemple : *R. C. C.(J.C.)*, 2004 PESCAD 14, le juge en chef Mitchell et *R. c. Fisher* (2001), 189 Sask. R. 318 (C.A.) Le juge en chef Bayda, en chambre.

⁵⁹ Voir: *International Forest Products Ltd. c. Wolfe*, 2001 BCCA 632, au par. 5.

présentation des arguments; la nature et l'étendue de la sanction infligée et le bien-fondé de l'appel »⁶⁰. . Une fois qu'un tribunal a établi que l'assistance d'un avocat s'impose, il donne des instructions générales pour la désignation d'un avocat. Le paragraphe 684(2) prévoit que le procureur général désigne et paie les honoraires requis. Comme dans le cas de désignation d'un avocat au procès, le ministère public ne s'opposera généralement pas à la désignation d'un avocat particulier à titre de représentant d'un accusé en appel⁶¹. De plus, le juge qui préside l'audience ne semble pas avoir la compétence pour fixer le tarif⁶². Le paragraphe 684(3) prévoit

⁶⁰ *Ibid*, au par.6. Voir aussi *R. c. Baig* (1990), 58 C.C.C. (3d) 156 (C.A. C.-B.) , et *R. c. Aiwekhoe*, [2000] B.C.J. No. 869 (QL) (C.A.)

⁶¹ Voir par ex. : *Fisher, supra*, note 58; dans cette affaire, le J.C.S. a désigné le procureur du procès pour agir en appel. Bien qu'il ait conclu que l'intérêt de la justice justifiait la désignation d'un seul avocat, le juge en chef Bayda a précisé que la désignation d'un avocat n'empêchait pas celui-ci de [TRADUCTION] « recourir aux services d'autres membres de son cabinet pour l'aider dans la préparation de l'appel et d'exiger pour ces services un taux proportionnel à la qualité des services fournis » : *ibid*, au par. 3. En réalité, plus d'un avocat avait été désigné.

⁶² *Fisher, ibid*, au par. 4. Cependant, pour une évaluation différente, voir *R. c Cassidy*, [1992] A.J. No. 866 (QL) (C.A.)

plutôt que tout différend quant aux honoraires exigés devrait être réglé par voie de taxation devant le registraire de la cour d'appel⁶³.

III. QUESTIONS D'ACTUALITÉ

Comme le fait ressortir le bref examen ci-dessus des diverses ordonnances de désignation d'avocat, les principes de droit généraux sont bien connus, et, dans la plupart des cas, arrêtés. Il serait difficile et vraisemblablement inutile de tenter de restreindre par voie législative les critères applicables aux demandes de désignation d'un avocat par un tribunal puisqu'il s'agit d'un droit qui s'inspire de la Constitution. Cependant, plusieurs préoccupations se dégagent. La présente partie fera ressortir certaines de ces questions pour fins de discussion.

A. Le lien entre l'aide juridique et la désignation d'un avocat par le tribunal

On ne saurait nier que l'une des principales causes de la récente prolifération des ordonnances de désignation d'avocats est l'insuffisance perçue des tarifs d'aide juridique à travers le pays. En fait, les montants payables en application de nombreux tarifs provinciaux n'ont pas sensiblement augmenté depuis un certain nombre d'années. Cependant, comme le juge Rosenberg de la Cour d'appel l'a affirmé dans l'arrêt *Peterman*, en l'absence d'une contestation constitutionnelle directe du régime d'aide juridique [TRADUCTION] « [u]ne cour dans un procès criminel ne possède aucune compétence pour revoir les politiques [en matière d'aide juridique] et assujettir Aide juridique Ontario à d'autres modalités si elle conclut au caractère déraisonnable

⁶³ Voir par ex. : *Saskatchewan (Attorney General) c. Williams and McBride*, [1998] S.J. No. 73 (QL) (C.A., Reg.)

de ces politiques »⁶⁴. L'existence d'un régime d'aide juridique raisonnable est réputée suffisante pour les fins de l'équité du procès⁶⁵. Ce n'est que si l'on peut établir [TRADUCTION] « assez clairement avec un degré élevé de probabilité qu'un procès serait inéquitable même avec l'obtention d'un certificat d'aide juridique »⁶⁶ qu'il y aura désignation d'un avocat par un tribunal.

Ces principes deviennent tout particulièrement importants dans les circonstances des mégaprocès. Cependant, comme les arrêts *Cai* et *R.C.* l'établissent clairement, il ne faudrait pas déroger aux principes applicables ni les modifier dans ces situations.

B. Avis et protocole applicable au dépôt d'une demande

⁶⁴ *Supra*, note 29, au par. 21. Voir aussi : *R. C.*, précité, note 26, au par. 177. Pour des fins de comparaison, voir : *Nathaniel Lavalley & Others c. Justices in the Hampden Superior Court & Others*, 28 juillet 2004, SJC-09268 (Supreme Judicial Court of Massachusetts); dans cette affaire, la Cour a à l'unanimité rejeté un certain nombre d'affaires de droit criminel parce que l'avocat de la défense avait refusé d'agir. La Cour a conclu à l'unanimité que les honoraires payés aux défenseurs publics n'avaient pas été modifiés depuis presque 20 ans et qu'ils étaient insuffisants sur le plan constitutionnel. (<http://www.sociallaw.com/sjcslip/sjcJuly04k.html>. Site visité le 30 juillet 2004.)

⁶⁵ *Cai*, *supra*, note 27, au par. 50.

⁶⁶ *Ibid.*

Les demandes de désignation d'un avocat par un tribunal visent l'obtention d'une réparation constitutionnelle. Puisqu'un demandeur soulève l'existence d'une contravention à l'article 7 et à l'alinéa 11*d*) de la *Charte*, et désire une réparation en application du par. 24(2), il devrait se conformer aux textes législatifs provinciaux sur l'organisation judiciaire (comme *The Constitutional Questions Act* ⁶⁷) qui exigent qu'un avis soit alors donné au procureur général. Même si un demandeur se montre réticent à se conformer à une loi provinciale en matière criminelle, l'évolution de la jurisprudence fondée sur la *Charte* fait qu'il est nécessaire de donner un avis formel au procureur général relativement à une contestation constitutionnelle et suffisamment de détails pour que le ministère puisse répondre de façon appropriée ⁶⁸ .

Une question plus délicate à trancher est celle de déterminer qui représentera les intérêts du procureur général à l'audience de désignation d'un avocat par le tribunal. Faudrait-il que ce

⁶⁷ R.S.S. 1978, c. C-28.1. Il existe encore des doutes quant à savoir si les lois provinciales comme la *Constitutional Questions Act* s'appliquent aux procédures criminelles. L'arrêt de principe en la matière demeure *R. c. Stanger* (1982), 2 D.L.R. (4th) 121, à la p. 146 (C.A. Alb.), dans lequel le juge Stevenson (plus tard juge à la Cour suprême du Canada) a conclu que les textes législatifs provinciaux sur l'organisation judiciaire constituaient des lois valides en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, la Cour suprême n'a pas tranché cette question de manière péremptoire, et il s'agit toujours d'une question réelle; voir la décision très récente : *R. c. Henry*, [2004] A.J. No. 694 (QL) (Q.B.), au par. 15.

⁶⁸ Voir par ex. : *R. c. Kutynec* (1992), 70 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), et *R. cv. Dwernychuk* (1993), 77 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Alb.)

soit le poursuivant ou un autre avocat du gouvernement? Dans l'affaire *Hopfner*, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a désapprouvé l'idée qu'un poursuivant soit en charge du dossier relatif à une telle demande. Un autre avocat du gouvernement, de préférence à un poursuivant, devrait plutôt représenter les intérêts du procureur général à ces audiences.⁶⁹ Par contre, dans l'arrêt *Pasluska c. Cava*⁷⁰ la Cour d'appel de l'Ontario a, dans des remarques incidentes, affirmé d'une part, qu'en matière criminelle les demandes de désignation d'avocats [TRADUCTION] « sont assez courantes qu'il y a vraisemblablement renonciation implicite à un avis formel »⁷¹ et d'autre part, que le poursuivant en charge du dossier peut adéquatement représenter les intérêts du procureur général.

⁶⁹ *Hopfner*, *supra*, note 22, p. 37.

⁷⁰ (2002), 212 D.L.R. (4th) 226 (C.A. Ont.)

⁷¹ *Ibid*, à la p. 235, le juge Laskin.

Dans l'ensemble, la notion de l'application régulière de la loi appuie l'idée qu'un avocat du gouvernement, autre qu'un poursuivant, représente le gouvernement à ces audiences. Ainsi, la fonction du service des poursuites ou du bureau du procureur général n'est pas mise en péril du fait qu'un poursuivant pourrait être placé dans l'inconvenante position de diriger une poursuite contre l'accusé, tout en s'opposant parallèlement à une demande de désignation d'avocat rémunéré par l'État. Il s'agit là de la pratique habituelle en Saskatchewan, comme l'illustre un protocole écrit avalisé par la Law Society of Saskatchewan⁷². Il semble que cette procédure soit également suivie dans un certain nombre d'autres provinces. Par ailleurs, puisque les demandes de cette nature visent l'obtention d'une réparation fondée sur la *Charte*, il est difficile de comprendre comment il peut exister une renonciation implicite à un avis au procureur général, comme l'affirme le juge Laskin dans l'arrêt *Paluska*.

C. La compétence des cours provinciales

C'est lorsqu'une demande est déposée devant une cour provinciale que se posent des questions de compétence liées au prononcé d'une ordonnance de désignation d'avocats. Puisque la plupart des demandes de désignation d'avocats se fondent sur la *Charte*, la cour provinciale peut rendre une telle ordonnance si elle agit à titre de « tribunal compétent » pour les fins du paragraphe 24(1). Ce qui signifie qu'un juge d'une cour provinciale, qui agit à titre de juge du

⁷² Voir : « Suggested Procedure in Applications for Court Appointed Counsel At A Rate Higher Than The Legal Aid Tariff », en date du 19 février 2001.

(<http://www.lawsociety.sk.ca/newlook/Members/LegalAidTariff.htm>. Site visité le 23 juillet 2004)

procès sous le régime du *Code criminel*, a la compétence requise pour désigner un avocat pour assurer l'équité du procès. Cependant, lorsqu'il procède à une enquête préliminaire, un juge de la cour provinciale ne constitue pas un « tribunal compétent » pour les fins de la *Charte*, et il ne possède pas la compétence d'accorder une réparation fondée sur la Constitution⁷³, comme la désignation d'un avocat pour représenter un prévenu démuné.

Dans la décision *R. c. Cote*⁷⁴, le juge en chef Gerein de la Cour du Banc de la Reine a affirmé que, dans certaines circonstances, la désignation d'un avocat rémunéré par l'État peut être effectuée sans qu'il soit nécessaire de s'appuyer sur la Constitution. Dans cette affaire, un accusé démuné avait présenté à l'enquête préliminaire une demande pour obtenir l'assistance d'un avocat. Cette affaire fut renvoyée à la Cour du Banc de la Reine. Selon le juge en chef Gerein, bien que la *Charte* n'accorde pas au juge chargé de l'enquête préliminaire la compétence de rendre une telle ordonnance, le *Code criminel* le prévoit. Voici à l'appui les explications qu'il donne :

[TRADUCTION] La Cour provinciale est chargée de mener l'enquête préliminaire et la procédure qu'elle doit respecter est prévue à la Partie XVIII du *Code criminel*. Cependant, la Cour a la compétence pour déterminer la façon dont elle la mettra en oeuvre. Par conséquent, bien que la cour ait le pouvoir de tenir l'enquête

⁷³ Voir tout particulièrement : *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, et *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623.

⁷⁴ [2002] 11 W.W.R. 706; 2002 SKQB 333.

préliminaire, elle aussi le devoir de le faire de façon équitable. Il s'ensuit qu'elle doit détenir la compétence accessoire de s'acquitter de cette obligation. S'il faut la présence d'un avocat pour assurer l'équité de la procédure, alors la Cour doit avoir la compétence de désigner un avocat ⁷⁵.

Bien qu'il ait affirmé qu'un juge chargé de l'enquête préliminaire puisse, à titre accessoire de l'obligation de mener une audience équitable, nommer un avocat pour représenter un prévenu, le juge en chef Gerein a conclu qu'un n'a pas la compétence de procéder à un arrêt des procédures si le procureur général et l'avocat ne peuvent s'entendre sur les modalités de la nomination. Un arrêt des procédures constitue une réparation fondée sur la *Charte*. Cependant, le juge en chef Gerein a conclu que l'alinéa 537(1)a) du *Code criminel* permettait au juge d'ajourner l'audience jusqu'à ce que l'on ait trouvé un avocat ou jusqu'à ce qu'une demande d'arrêt des procédures soit présentée à la cour supérieure⁷⁶.

La décision *Cote* présente une façon créative de se servir du *Code criminel* pour contourner les défauts évidents de compétence d'une Cour provinciale de rendre de telles ordonnances sous le régime de la *Charte*. Compte tenu de cette décision, il pourrait être bon

⁷⁵ *Ibid*, au par. 14. Le juge en chef Gerein de la Cour du Banc de la Reine, C.J.Q.B. a cité *Canada (A.G.) c. Garand*, [1992] Y.J. No. 184 (C.S.) à l'appui de cette conclusion.

⁷⁶ *Ibid*, au par. 16.

d'envisager une modification du *Code criminel* en vue d'autoriser notamment les juges chargés de l'enquête préliminaire à rendre de telles ordonnances dans des circonstances appropriées, plutôt que d'exiger des juges des cours supérieures qu'ils donnent une interprétation large au texte des dispositions actuelles pour prévenir toute iniquité envers les prévenus.

D. Appels et autres contrôles

Jusqu'à tout récemment, les ordonnances de désignation d'avocats semblaient à l'abri de tout contrôle si elles étaient prises par une cour supérieure. D'une manière générale, une ordonnance de désignation d'un avocat rémunéré par l'État, rendue par une cour provinciale, ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire⁷⁷ sauf si l'ordonnance constitue une erreur de compétence⁷⁸. Les ordonnances de désignation d'avocats constituent des décisions interlocutoires et, en tant que telles, à ce qu'il semble, ne pouvaient donner lieu à un examen en appel qu'en conformité avec la procédure établie dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*.⁷⁹ Ce qui signifiait qu'une ordonnance de désignation d'avocats rémunérés par l'État pouvait faire l'objet d'un appel en conformité avec les dispositions du *Code criminel* en matière d'appels des poursuites sommaires, alors qu'une telle ordonnance rendue par un juge d'une cour supérieure ne

⁷⁷ Voir : *R. c. Innocente* (2004), 183 C.C.C. (3d) 215 (C.A. N.-É.)

⁷⁸ Voir : *P.(J.)*, précité, note 15 (B.R. Sask..)

⁷⁹ [1994] 3 R.C.S. 835. Voir aussi : *R. c. T.S.*, [1994] 3 R.C.S. 952.

pouvait faire l'appel que devant la Cour suprême du Canada en vertu de l'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême*.⁸⁰

Les arrêts *R.C. c. Quebec (Procureur général); R. v. Beauchamps*⁸¹ ont clarifié l'incertitude entourant le mécanisme d'appel qui doit être adopté relativement aux ordonnances de désignation d'avocat rendues par un juge d'une cour supérieure. Le juge LeBel, s'exprimant au nom de la Cour, a jugé que la nouvelle disposition 676.1 du *Code criminel* permettait au poursuivant d'interjeter appel auprès d'une cour d'appel provinciale d'une ordonnance de désignation d'un avocat. L'article 676.1, dont l'adoption est postérieure à l'arrêt *Dagenais*, prévoit que : « [l]a partie à qui il est ordonné d'acquitter les frais peut appeler à la cour d'appel, avec son autorisation ou celle de l'un de ses juges, de l'ordonnance ou du montant en cause. » La Cour a jugé que l'article 676.1 n'établissait pas de distinction entre les ordonnances de frais « payables à l'égard de services passés ou en considération de ceux qui seront rendus dans l'avenir ». En conséquence, on pourrait d'entrée de jeu, interjeter appel d'une future ordonnance quant aux frais, sans attendre la conclusion d'une procédure criminelle prochaine. Le juge LeBel a fait remarquer que l'article 676.1 « crée un droit d'appel dont seul, en pratique, le procureur général bénéficiera » puisque « la partie à laquelle une cour impose des frais pour les fins d'une défense sera le procureur général, représentant l'État. »⁸² La Cour ne s'est donc pas prononcée sur la

⁸⁰ L.R.C. 1985, ch. S-26.

⁸¹ [2002] 2 R.C.S.. 762, 2002 CSC 52.

⁸² *Ibid*, au par. 16.

question de savoir comment un prévenu pourrait interjeter appel d'une ordonnance rejetant sa demande de désignation d'un avocat puisque l'article 676.1 ne s'appliquerait pas dans de telles circonstances. Cette réalité ne répond pas à la question sur la façon dont un prévenu pourrait interjeter appel d'une ordonnance portant rejet de sa demande de désignation d'un avocat puisque l'article 676.1 ne s'appliquerait pas dans de telles circonstances.

Il reste encore à déterminer si l'article 676.1 permet au procureur général d'interjeter appel de l'ordonnance prise aux termes de l'article 684. Par ailleurs, il est évident qu'il n'existe pas de mécanisme qui permet à un prévenu d'interjeter appel d'une ordonnance lui refusant la désignation d'un avocat. Le *Code criminel* ne le prévoit pas et il n'est pas possible d'invoquer une loi provinciale comme la *Court of Appeal Act*, puisque cela irait à l'encontre du partage des pouvoirs législatifs en vertu de la Constitution⁸³. Cependant, on peut raisonnablement soutenir que le procureur général pourrait se fonder sur l'article 676.1 pour interjeter appel d'une ordonnance prise contre le gouvernement en vertu de l'article 684, que ce soit par une cour d'appel ou le registraire.

L'article 676.1 a considérablement élargi la possibilité d'examen en appel à l'égard du procureur général. Toutefois, le prévenu dont la demande de désignation d'avocat, en application de l'article 684, est refusée ne dispose d'aucun mécanisme d'examen en appel. Peut-être faudrait-il envisager de corriger cette asymétrie dans les mécanismes d'examen en appel.

⁸³ *R. C. Edwards*, [2002] B.C.J. No. 1515 (QL) (C.A.). L'arrêt *Edwards* semble infirmer implicitement l'arrêt *Blake, Cassels & Graydon c. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2106 (QL) (C.A.).

Graeme G. Mitchell, C.R..

Directeur, Constitutional Law Branch

Saskatchewan Justice

Regina, Saskatchewan

*Les opinions exprimées ne reflètent pas nécessairement la position du procureur général de la Saskatchewan ou de son ministère.