

L'éthique et la pratique des juristes de l'État

Jacques Racine*

Au cours des siècles, l'on s'est beaucoup interrogé sur les liens et les distinctions à faire entre éthique ou morale, et droit. Ces disciplines partagent l'objectif de l'établissement d'une science normative fondée sur la raison pratique au cœur même de l'université¹. L'analyse de leurs rapports a donné lieu à de nombreux débats et controverses marqués bien souvent par le désir de prééminence de l'une sur l'autre, sinon de subordination de l'une à l'autre, quand ce n'est pas du dénigrement de la «compétitrice». Je ne retracerai pas cette histoire, pas plus que je ne ferai le tour des théories contemporaines sur cette question bien que je trouve celle-ci très pertinente pour la recherche d'un humanisme juridique². De même, je reconnais la très forte influence des tribunaux dans la réflexion éthique liée à la compréhension des droits de la personne et à l'évaluation des conséquences sur l'être humain des divers développements technologiques, bien que je déplore à certains moments qu'elle soit un peu envahissante dans le débat public.

Mon objectif, dans ce texte, est de répondre aux attentes des organisateurs de cet atelier qui se sont sentis interpellés par la résurgence de l'éthique dans l'espace public et, plus particulièrement, au

* Monsieur Jacques Racine est professeur titulaire à la Faculté de théologie et de sciences religieuses de l'Université Laval.

1. Paul DUBOUCHER, *Les normes de l'action: droit et morale, Introduction à la science normative*, 1990, Lyon/Hermès.
2. Simone GOYARD-FABRE, «Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui» dans F. DERMANGE et L. FLACHON, éd., *Éthique et droit*, 2002, Genève/Labor et fides.

cours des dernières années, dans les préoccupations de l'État à cet égard. Il est assez aisé et courant de préciser les causes qui peuvent expliquer ce que certains appellent la «nouvelle mode» de l'éthique dans les services publics: complexité de plus en plus grande des situations, dérégulation et libéralisation des administrations, ressources limitées et reconstruction de l'appareil gouvernemental, recherche des résultats et de la performance, soutien à la créativité et à la responsabilité des individus, accent mis sur l'imputabilité et la reddition de comptes, pluralisme des valeurs et recherche de raisons communes du «travailler ensemble», influence des médias et de l'accès à l'information, scandales politiques ou tout au moins dépréciation des politiciens, etc. On se rend vite compte de la diversité des raisons évoquées et de ce que peut signifier la prééminence de l'une sur l'autre quant à la façon de concevoir l'éthique. Il est plus difficile et moins courant de cerner les conséquences de cet emballement pour l'éthique dans la pratique des juristes de l'État. Cependant, à la suite de rencontres préparatoires à cette communication, certaines questions sur lesquelles nous reviendrons ont été soulevées: quels sont les rapports à établir entre les Codes de déontologie des avocats et des notaires et le *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*? Peut-il y avoir conflit entre les valeurs promues par les Codes, telle l'indépendance de l'avocat et du notaire, et celles promues par le Règlement, telle l'obéissance hiérarchique? Faut-il favoriser l'intérêt public ou l'ordre public? Comment gérer les relations entre l'autorité administrative ou politique et l'autorité cognitive ou professionnelle du juriste de l'État?

Pour favoriser la réflexion sur ces différents thèmes et quelques autres, je partirai des attentes telles qu'elles se sont manifestées chez des personnes de différentes professions et différents milieux qui, depuis quelques années, ont fait appel à mes services en tant qu'éthicien. Je distinguerai par la suite celles qui proviennent des organisations ou de l'État et celles qui me sont soumises par des juristes de l'État en rapport avec leur pratique. J'essaierai alors de cerner de plus près les questionnements posés par l'exercice des rôles de ces derniers qui sont liés soit à la législation, soit au conseil, soit à la plaidoirie. Je terminerai par une interpellation aux juristes qui manifesteront mes préoccupations et mes orientations comme éthicien et citoyen.

1- DIVERSITÉ DES ATTENTES MANIFESTÉES AU REGARD DE L'ÉTHIQUE

1.1. Clarification lexicologique

Une brève clarification lexicologique s'avère nécessaire au point de départ. Il est devenu courant à notre époque de préférer le terme *éthique* au terme *morale*. Il faut se rappeler que les deux mots ne diffèrent que par la racine grecque de l'un et la racine latine de l'autre. Paul Ricoeur écrit en ce sens:

Qu'en est-il maintenant de la distinction proposée entre éthique et morale? Rien dans l'étymologie ou dans l'histoire de l'emploi des termes ne l'impose. L'un vient du grec, l'autre du latin; et les deux renvoient à l'idée intuitive de mœurs avec la double connotation que nous allons tenter de décomposer, de ce qui est *estimé bon* et de ce qui *s'impose* comme obligatoire. C'est donc par convention que je réserverai le terme d'éthique pour la visée d'une visée accomplie et celui de morale pour l'articulation de cette visée dans des normes caractérisées à la fois par la prétention à l'universalité et par un effet de contrainte... On reconnaîtra aisément dans la distinction entre visée et norme l'opposition entre deux héritages, un héritage aristotélicien, où l'éthique est caractérisée par sa perspective *téléologique*, et un héritage kantien, où la morale est définie par le caractère obligatoire de la norme, donc par un point de vue *déontologique*.³

Sans argumentation plus poussée et pour raison de commodité, j'emploierai exclusivement le terme *éthique* dans cet exposé, tout en référant aux deux héritages mentionnés. L'un étant plus présent dans les demandes exprimées par des personnes directement concernées; le second, dans celles de l'État et des organisations qui sont plus liées, quoique l'on prétende, au caractère obligatoire de la norme donc à la morale selon l'expression de Ricoeur. Pour être attentif à une tendance plus récente et plus en lien avec nos délibérations, je lierai aussi l'éthique à la recherche du juste dans notre société et au questionnement critique des pratiques et des institutions. Enfin, je ne peux éviter de me situer à l'intérieur du courant *d'éthique appliquée* qui accorde beaucoup d'importance à l'analyse des situations, aux conséquences prévisibles des alternatives qui se présentent et à la prise de décision. C'est sans doute ce rattachement, qui me vient d'une longue pratique comme administrateur de l'Université Laval, qui explique l'invitation qui m'a été faite par les juristes de l'État de

3. Paul RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, 1990, Paris/Seuil, Essais, p. 200.

participer à leurs échanges. En effet, ce courant éthique qui a une visée liée immédiatement à l'action, s'exerce principalement dans les secteurs des pratiques sociales et professionnelles.

Après cette mise au point nécessaire, arrêtons-nous aux diverses demandes qui ont pu m'être adressées au cours des dernières années en tant qu'éthicien et qui représentent une bonne part de ce que l'on saisit comme les tâches de l'éthique appliquée.

1.2. Les demandes manifestées

- Participer à la formulation d'une régulation sociale et organisationnelle: recherche de valeurs communes, établissement de règles de conduite, soutien à la responsabilisation des personnes. Cela s'est exprimé dans une fonction-conseil, lors de l'élaboration de codes d'éthique ou de déontologie, d'énoncés de missions d'entreprises et de rédaction de procédures de soumission.
- Être membre de comités qui ont pour fonctions de gérer les conflits d'intérêts et les plaintes, d'assurer les suivis des codes, de jouer un certain rôle d'arbitre, de donner différents avis à la direction, de conseiller des membres qui s'interrogent sur l'évaluation éthique de leurs décisions ou sur de possibles conflits d'intérêts.
- Susciter une motivation à l'engagement. La demande provenant de l'organisation a pour objectif de favoriser le rendement, l'efficacité et l'efficience du personnel. Selon les processus éducatifs utilisés, elle peut favoriser chez les individus la prise de conscience explicite des liens entre les valeurs personnelles, organisationnelles et sociales ou les mettre en cause jusqu'à susciter des ruptures.
- Élaborer des mécanismes de décision responsable ou d'aide à la décision. D'une part, cela correspond à l'élaboration de procédures. D'autre part, cette demande est liée souvent à l'élaboration de programmes d'éducation qui permettent de faire face aux dilemmes et aux oppositions.
- Favoriser un examen critique des organisations, des systèmes et des régulations afin de les garder ouverts et attentifs à leurs répercussions sur les personnes. Cette tâche nécessite une collaboration étroite avec les membres de ces organisations et une approche multidisciplinaire.

- Créer des programmes de formation en appui au personnel ou à l'organisation.

Vous avez sans doute reconnu que certaines de ces demandes expriment vos besoins. Vous avez aussi identifié celles de l'État. Arrêtons-nous d'abord à ces dernières qui ont toutes pour objectif de construire l'infrastructure de l'éthique au sein du service public.

2. LES INFRASTRUCTURES DE L'ÉTHIQUE

2.1. ...dans le service public

J'emprunte ce terme évocateur d'infrastructure à une étude de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après appelée «OCDE») portant sur *L'éthique dans le service public*⁴. Il désigne l'ensemble «des instruments ou processus mettant en œuvre soit des règlements contre les comportements indésirables, soit des incitations à l'adoption d'une bonne conduite»⁵. L'infrastructure de l'éthique n'est pas l'éthique, mais l'environnement propice au développement de celle-ci. L'étude de l'OCDE réalisée dans neuf pays précise qu'une infrastructure idéale de l'éthique dans le service public se compose de huit éléments remplissant trois fonctions: le contrôle, l'orientation ou le conseil et la gestion. Le contrôle est assuré par un cadre juridique, des mécanismes de responsabilisation efficaces et la surveillance de la part du public grâce à l'accès à l'information. L'orientation ou le conseil «peut résulter de trois composantes: un soutien cohérent de la part des dirigeants politiques, des codes de conduite exprimant des valeurs et des normes, et des activités de socialisation professionnelle sous forme d'éducation et de formation»⁶. La gestion concrète qui assure la progression de l'éthique dans le service public repose sur de bonnes conditions de travail et sur une coordination de l'infrastructure responsable d'un environnement propice au développement de l'éthique chez l'ensemble des membres et partenaires.

Il peut être pertinent d'appliquer au Québec, de façon précise, la grille d'analyse proposée par l'OCDE, de préciser l'assortiment et le dosage des différents éléments mis en place par l'État, de vérifier s'il

4. OCDE, *L'éthique dans le service public. Questions et pratiques actuelles*, Études hors séries, n° 14, 1996, Paris/OCDE.

5. *Ibid.*, p. 29.

6. *Ibid.*, p. 9.

y a synergie entre les différentes composantes, de diagnostiquer les forces et les faiblesses de l'environnement éthique dans lequel baigne la fonction publique québécoise et, plus particulièrement, les juristes de l'État. C'est d'ailleurs à cette opération que s'est livré le Vérificateur général du Québec dans un rapport à l'Assemblée nationale⁷.

À première vue, le Québec connaît une même situation de réforme de la fonction et de la gestion publiques que les pays qui ont fait l'objet de l'étude de l'OCDE et il poursuit, comme eux, différentes initiatives pour promouvoir l'éthique. C'est d'ailleurs ce que confirme le texte d'André Dicaire, secrétaire général du Conseil exécutif, dans la présentation du document *L'éthique dans la fonction publique*:

Un État démocratique doit, pour bien assumer sa mission d'intérêt public et les responsabilités qui en découlent, compter sur le soutien d'une fonction publique moderne et compétente, dont les membres partagent certaines valeurs fondamentales et respectent les règles d'éthique propres au secteur public.

C'est ainsi que chaque employée et employé de l'État doit, tout en faisant constamment preuve de respect envers les citoyennes et citoyens du Québec, se comporter de manière telle que l'intégrité et l'efficacité de l'administration publique soient assurées en toute circonstance.

Ces exigences deviennent primordiales dans un contexte de changement et de réingénierie de l'État québécois visant à recentrer celui-ci sur ses missions essentielles, à assurer des services de qualité avec transparence et efficacité et à développer de nouvelles façons de faire, comme la mise sur pied de véritables partenariats entre le public et le privé.⁸

Ces quelques paragraphes expriment bien la lecture politique que l'on fait des causes de la résurgence de la dimension éthique dans les préoccupations gouvernementales. Comme l'affirme le rapport de l'OCDE, l'Éthique devient le quatrième «E» qui s'ajoute à ceux de l'Économie, de l'Effizienz et de l'Efficacité pour déterminer les objectifs poursuivis par l'administration publique⁹. Je dirais qu'il occupe une place particulièrement importante dans le discours public.

7. LE VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, «Éthique au sein de l'administration québécoise gouvernementale», *Rapport à l'Assemblée nationale pour l'année 2000-2001*, Tome I, chap. 3, p. 44-72.

8. MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, *L'éthique dans la fonction publique*, 2003, Gouvernement du Québec, p. 3.

9. OCDE, *L'éthique dans le service public. Questions et pratiques actuelles*, 1996, p. 9.

Quant à l'infrastructure que s'est construite le gouvernement, on peut signaler de façon non exhaustive les faits suivants qui s'inscrivent dans les composantes de la grille d'analyse:

- Le Québec possède un cadre juridique: La *Loi sur la fonction publique* dont les articles 4 à 12 traitent plus directement des règles d'éthique. Cette dernière est accompagnée d'un *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique* et d'une *Déclaration des valeurs de l'administration publique québécoise*.
- La *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* donne à tous les Québécois et Québécoises, et particulièrement aux médias, la possibilité de jouer le rôle de chiens de garde des activités du service public et d'exercer ainsi une fonction de contrôle. Elle favorise une transparence qui contribue à prévenir les conduites contraires à l'éthique et à soutenir les efforts de celles et ceux qui exercent professionnellement leurs tâches.
- Les discours et les textes du gouvernement du Québec et des politiciens et politiciennes font état d'un véritable engagement politique en matière d'éthique dans le service public. Le site du gouvernement québécois, dans sa page de présentation, identifie comme premier grand dossier *L'éthique dans la fonction publique québécoise*. De plus, dans la foulée de la nouvelle *Loi sur l'administration publique*, chaque ministère a été invité à adopter une *Déclaration de services aux citoyens* qui constitue un engagement ferme sur la qualité des services et le traitement des plaintes.
- Au cours des dernières années, on a adopté des codes d'éthique et de déontologie pour les administrateurs publics et, plus récemment, pour les lobbyistes. On a aussi établi les normes de conduite applicables aux titulaires d'une charge publique. Cependant, ce qui reste déterminant pour soutenir un environnement éthique, c'est la pratique réelle des hommes et des femmes politiques et des fonctionnaires de haut rang au-delà des documents ou des discours. Il leur faut, entre autres, respecter l'éthique de leurs partenaires et collaborateurs.
- Le ministère du Conseil exécutif, qui dépend directement du premier ministre, a coordonné les travaux visant la promotion de l'éthique. Un secrétaire adjoint à l'éthique y a été désigné. De plus, un répondant en éthique devait être nommé dans chaque minis-

tère ou organisme. Il a «pour mission d'y implanter et d'y soutenir une culture éthique, par exemple en fournissant de l'information, en suscitant une réflexion sur les valeurs de l'organisation, en assurant la promotion de l'intégration de ces valeurs dans les pratiques quotidiennes et en offrant de la formation. Il est aussi chargé de remplir un rôle de conseiller individuel auprès de ses collègues qui font face à des problèmes de nature éthique»¹⁰. Ce répondant est généralement un employé du ministère ou de l'organisme en question.

D'autres composantes de l'infrastructure de l'éthique dans le service public québécois devraient être étudiées. Elles sont déterminantes quant à la progression d'une éthique qui favorise la responsabilité et l'initiative. Je ne fais que les mentionner sous forme de questions. Les politiques et les procédures administratives facilitent-elles la reddition de comptes des fonctionnaires aux responsables élus et aux citoyens et délimitent-elles les responsabilités des uns et des autres sans tomber dans une réglementation tatillonne? Les politiques de ressources humaines et les conditions de travail des fonctionnaires dessinent-elles un environnement plus ou moins favorable au développement de l'éthique dans l'organisation? Enfin, traite-t-on les délits, les dénonciations et les sanctions avec transparence, prudence et rigueur?

Ce tour d'horizon exprime à sa face même l'incarnation québécoise de la résurgence du discours éthique dans le service public tel qu'il vous rejoint comme juristes de l'État. Comme je l'ai affirmé d'entrée de jeu, il n'a été question jusqu'ici que de l'infrastructure de l'éthique, c'est-à-dire des conditions qui cherchent à favoriser les conduites éthiques des fonctionnaires.

2.2. ...dans la profession d'avocat et de notaire

Une autre infrastructure propre, celle-ci, à chacune de vos professions, a aussi pour objectif de favoriser la conduite éthique des juristes de l'État. Elle comporte également diverses composantes sur lesquelles je ne reviendrai pas: la *Loi sur le Barreau*, la *Loi sur le notariat*, l'Office des professions, le *Code des professions*, le *Code de déontologie des avocats* ou le *Code de déontologie des notaires*, de multiples comités de formation, d'inspection professionnelle, de disci-

10. MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, *L'éthique dans la fonction publique*, 2003, p. 4.

plaine, d'enquête, d'admission et de radiation qui ont été mis sur pied par le Barreau, etc.

Je voudrais attirer l'attention sur la conception de l'éthique du Barreau telle qu'exprimée dans le discours de ses autorités et dans les propositions de modifications au *Code de déontologie des avocats* soumises à l'Office des professions l'automne dernier.

Les autorités du Barreau, par leurs discours, manifestent clairement que leur préoccupation éthique ne se limite pas à son inscription dans l'exercice de la profession d'avocat, mais s'étend à la défense de la société de droit. Elles considèrent avoir une responsabilité première sinon exclusive pour juger la législation à la lumière des valeurs de liberté et de démocratie. «Car l'avocat n'est pas seulement un technicien du droit: il est aussi un auxiliaire de la justice et un agent de changement social», affirme Pierre Gagnon, Bâtonnier du Québec qui rappelle dans le même article du *Journal du Barreau* que «les responsabilités du Barreau en matière de surveillance de la législation se rattachent à l'idée que l'on se fait de la mission de l'avocat dans la société et à une conception éthique du droit... Le Barreau veille à assurer la primauté du droit, à maintenir la séparation des pouvoirs, à promouvoir l'égalité de tous devant la loi et à protéger l'équilibre souvent précaire entre les droits des citoyens et les pouvoirs de l'État»¹¹.

L'avis de *Règlement modifiant le Code de déontologie des avocats* de septembre 2003 indiquait que «l'objectif de la modification était d'harmoniser le Code aux situations liées à l'exercice par les avocats de leurs activités professionnelles au sein de sociétés par actions ou de sociétés en nom collectif à responsabilité limitée et en multidisciplinarité»¹². Le 5 novembre, un second avis mentionnait que le projet de règlement avait pour «objectif d'introduire au Code de déontologie des avocats les conditions et les modalités selon lesquelles un avocat peut communiquer un renseignement protégé par un secret professionnel en vue de prévenir un acte de violence»¹³. Je voudrais attirer votre attention sur des éléments du projet de règlement qui ne touchent pas directement les objectifs précités, mais qui révèlent une

-
11. Pierre GAGNON, «Les interventions législatives du Barreau: l'arbre qui cache la forêt...», dans *Le Journal du Barreau*, vol. 35, n° 21, 15 décembre 2003.
 12. OFFICE DES PROFESSIONS, *Consultations. Projets de règlements. Avis et projet. Septembre, 2003, Avocats – Code de déontologie – Modifications.*
 13. OFFICE DES PROFESSIONS, *Consultations. Projets de règlements. Avis et projet. Novembre, 2003, Avocats – Code de déontologie – Modifications.*

tendance que l'on retrouve dans beaucoup de codes de déontologie: l'insistance sur les valeurs et leur identification.

Le projet de modification demande d'insérer un nouvel article qui se lit ainsi: «L'avocat doit, dans toute fonction ou activité professionnelle qu'il exerce, agir avec dignité, intégrité, honneur, respect, modération et courtoisie»¹⁴. Il remplace un article qui affirmait: «La conduite de l'avocat doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité»¹⁵. Plus important, est l'ajout d'un article qui affirme que «l'avocat a, envers son client, un devoir de compétence ainsi que les obligations de loyauté, d'indépendance, de désintéressement, de diligence et de prudence»¹⁶. Cette insistance sur les valeurs renvoie à la responsabilité des individus et à leur jugement pratique. Elle laisse une grande place à la liberté indispensable à la conduite éthique et appelle à une limitation des normes externes, les restreignant aux nouvelles situations ou à celles qui ont conduit à des conduites répréhensibles. On trouve la même référence aux valeurs dans les codes mis en place par le gouvernement.

On ne connaît pas cependant le sort que recevra ce projet de règlement modificatif du Code de déontologie des avocats au moment où ces lignes sont écrites. Il est toujours à l'étude à l'Office des professions.

2.3. Les limites des infrastructures

Au terme de cette réflexion sur les infrastructures de l'éthique qui sont présentées par les autorités compétentes comme des aides à la bonne conduite, il ne faut pas oublier leurs limites. Il est difficile pour les responsables d'organisations ou d'entreprises de ne pas penser d'abord sous l'angle de règles de conduite, de surveillance et de sanctions. Le discours sur les valeurs peut n'être qu'une concession à une préoccupation ambiante. L'interpellation à une conduite éthique des personnes peut se réduire à un appel à l'obéissance et au respect des normes: ce qui est fort réducteur.

Pour ce qui est du service public, la situation est encore plus complexe. Sans douter de la bonne foi des gouvernements, on se rend

14. *Règlement modifiant le Code de déontologie des avocats*, art. 2.00.01.

15. *Code de déontologie des avocats*, art. 2.03. Le *Code de déontologie des notaires*, à l'article 13, affirme: «Le notaire doit observer les règles de probité, d'objectivité et d'intégrité les plus rigoureux».

16. *Règlement modifiant le Code de déontologie des avocats*, art. 3.00.01.

compte dans le texte déjà cité d'André Dicaire, secrétaire général du Conseil exécutif, que des liens sont établis entre les politiques gouvernementales et l'établissement d'un code d'éthique. Ce qui s'explique de façon tout à fait compréhensible. Mais, «l'éthique, dit le rapport de l'OCDE, est [aussi] un contrepoids important face à l'usage arbitraire de [la] puissance politique. Elle est un facteur décisif dans la création et le maintien de la confiance dans le gouvernement et ses institutions. Elle offre également une référence pour mettre à l'épreuve de manière générale les pratiques, les conventions et les normes de conduite, afin que le public puisse être certain qu'elles répondent à ses intérêts et que les procédures régulières soient respectées. De ce point de vue, l'éthique est un facteur capital dans la bonne gestion des affaires publiques»¹⁷. Elle ne se limite pas à des règles à observer, à un environnement à mettre en place, même si cela est important au plan des processus de gestion. Elle doit se traduire dans un agir responsable et libre des personnes dans leurs tâches quotidiennes et dans l'exercice de leur métier. Cela ne va pas de soi et c'est sans doute la raison première de cet atelier.

Après avoir regardé la façon dont l'État, le Barreau ou la Chambre des notaires cherchent à promouvoir l'éthique, arrêtons-nous aux dilemmes soulevés de façon globale par le fait que les juristes de l'État soient soutenus ou encadrés par deux infrastructures. Dans un second temps, nous nous attarderons, à tour de rôle, aux interpellations éthiques qu'ils perçoivent dans l'exercice de chacun des trois rôles qui leur sont dévolus: la législation, le conseil et, dans le cas des avocats, la plaidoirie.

3. L'ÉTHIQUE APPLIQUÉE ET LES JURISTES DE L'ÉTAT

3.1. Un dilemme avec lequel il faut vivre

Le juriste de l'État est soumis à deux infrastructures de l'éthique dont le *Code de déontologie des avocats* ou le *Code de déontologie des notaires* et la *Loi sur la fonction publique* ainsi que les règlements qui lui sont afférents. Ne pas souscrire à celui du Barreau ou de la Chambre des notaires peut conduire à des sanctions qui pourraient aller jusqu'à empêcher quelqu'un d'exercer sa profession dans la fonction publique. Ne pas se conformer à la *Loi sur la fonction publique* pourrait le mener à la perte de son emploi et même à des poursuites.

17. OCDE, *L'éthique dans le service public. Questions et pratiques actuelles*, 1996, p. 13.

L'État reconnaît cette double appartenance du juriste de l'État. Dans une note préliminaire de présentation du document gouvernemental sur l'éthique, on écrit: «Il importe de préciser que le fonctionnaire, qui est également administrateur ou membre d'un ordre professionnel visé par le *Code des professions*, est tenu en outre de respecter les codes de déontologie qui lui sont applicables à ces divers titres»¹⁸. Théoriquement, la conciliation entre les deux codes ne devrait pas poser problème: le service public qui est l'employeur engage des avocats ou des notaires pour qu'ils exercent des fonctions qui sont exclusives à un ordre professionnel protégé par le *Code des professions*. Il engage une personne qui, pour remplir les services dont il a besoin, doit avoir une «carte de compétence» qui ne peut lui être donnée ou enlevée que par le Barreau ou la Chambre des notaires. Pour qualifier les rapports entre les deux codes ou leurs équivalents, on utilisera donc officiellement le terme de complémentarité.

Malgré cette affirmation, certaines situations peuvent se présenter qui appellent à des discernements et qui placent le juriste de l'État dans une situation inconfortable. Ainsi, les Codes de déontologie des notaires et des avocats insistent beaucoup sur leur indépendance. L'article 3.05.01 de ce dernier reconnaît la liberté d'accepter ou de refuser un mandat. L'article 3.05.03 affirme que «l'avocat ne doit pas tenir compte d'interventions d'un tiers qui pourraient influencer sur l'exécution de ses devoirs professionnels au préjudice de son client» et l'article 3.06.05 rappelle que «l'avocat doit sauvegarder en tout temps son indépendance professionnelle»¹⁹. Dans le projet de modification, cet article serait remplacé par le suivant:

L'avocat doit sauvegarder son indépendance professionnelle quelles que soient les circonstances dans lesquelles il exerce ses activités professionnelles. Il ne peut notamment subordonner son jugement professionnel à l'effet d'une pression exercée sur lui par quiconque.²⁰

Il apparaît évident que le juriste de l'État, qui est devenu employé de celui-ci et a accepté de le servir, n'a pas la liberté que lui reconnaît l'article 3.05.01 d'accepter ou de refuser un mandat puisque les règles d'éthique applicables à la fonction publique impliquent que «le fonctionnaire accomplit les tâches qu'on lui demande de remplir. En ce sens, il doit exercer non seulement les attributions de son emploi, mais aussi celles que peuvent lui confier ses supé-

18. MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, *L'éthique dans la fonction publique*, 2003, p. 2.

19. Le *Code de déontologie des notaires* affirme l'équivalent à l'article 29.

20. *Règlement modifiant le Code de déontologie des avocats*, nouvel art. 3.06.05.

rieurs»²¹. Cependant, les articles 3.05.03 et 3.05.06 ou la version modifiée de ce dernier peuvent l'obliger à prendre une position dans l'intérêt public et dans son rôle d'appui à la justice et de promoteur de la société de droit que lui confère son ordre professionnel. Cette position peut le mettre en opposition avec son supérieur hiérarchique auquel il doit obéissance. Dans ce cas, l'indépendance qu'il manifeste ainsi ne repose pas sur une conviction personnelle ou sur un engagement politique mais sur une compétence, sur une autorité cognitive et professionnelle qui se voit confrontée à une autorité hiérarchique, que cette dernière soit politique ou administrative. Le problème posé par cette situation peut relever du refus par la personne en autorité hiérarchique de reconnaître cette autorité professionnelle du juriste qui a pourtant été engagée pour exercer une telle autorité. Il peut aussi dépendre de la diversité des objectifs d'un dossier et de la recherche, par les responsables de ce dernier, d'une solution de compromis pour régler à court terme une situation. Ces derniers peuvent aussi désirer prôner une approche pédagogique qui tienne compte de la population et la conduise par l'éducation à un changement progressif. Selon les raisons évoquées, la position du juriste de l'État est fort différente.

Un autre point de tension entre les juristes et leurs supérieurs peut découler de leur interprétation de la notion d'intérêt public auquel sont soumis les uns et les autres. Souvent, les gens en autorité sont portés à identifier intérêt et ordre public. Cette dernière notion est plus facile à cerner. Elle renvoie à la notion de contrôle et de pouvoir. Elle fait référence aux droits et règlements qui régissent une société, à la reconnaissance de l'autorité légitime et à la paix sociale. Elle peut impliquer l'exercice de la force. L'intérêt public renvoie plutôt au bien commun, à l'intérêt général qui dépasse la somme des intérêts privés. C'est cette notion d'intérêt public qui est incluse dans le Code des lobbyistes (*Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*), car cette quasi-profession n'est légitimée que dans la mesure où l'on considère qu'elle favorise la démocratie et concourt à une meilleure gestion des biens publics²².

La déclaration de valeurs de l'administration publique québécoise affirme que «la qualité des services aux citoyens et la poursuite de l'intérêt public interpellent donc au plus haut point tous les mem-

21. MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, *L'éthique dans la fonction publique*, 2003, p. 8.

22. *Code de déontologie des lobbyistes, Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*, Préambule et art. 3.

bres de l'administration publique québécoise, qu'il s'agisse de ses dirigeants, de ses fonctionnaires ou de ses autres employés. Elles orientent la façon de concevoir la relation entre l'administration publique et le citoyen»²³. Elles peuvent impliquer le recours à des exceptions ou à des précédents, à un ajustement ou à un dépassement des normes dont on saura rendre compte en toute transparence.

On reproche souvent au concept d'intérêt public d'être trop vague, mais on reconnaît qu'il réfère au bien commun et à une compréhension des équilibres entre des intérêts privés ou particuliers d'individus et de regroupements. En éthique, j'aime bien affirmer que la recherche de l'intérêt public renvoie à la recherche du juste qui ne trouvera jamais de réponses définitives, mais qui incite à d'innombrables essais, évaluations et recommencements. Pour leur part, distinguant l'intérêt général et l'intérêt public, Pierre Issalys et Denis Lemieux, dans leur ouvrage *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, affirment «qu'un acte administratif doit toujours reposer sur un motif tiré de l'intérêt public»²⁴. Ils précisent que «sur le plan juridique, la notion d'intérêt public n'est pas un concept vague. Elle correspond en effet aux buts que le législateur entend viser en adoptant une loi»²⁵. Ils invitent à être attentif aux objets pour lesquels les lois ont vu le jour et aux valeurs qu'elles sous-tendent afin de mieux cerner leur finalité. Le jugement de la Cour d'appel du Québec quant à l'intrusion du gouvernement fédéral dans le soutien aux congés parentaux est un bon exemple de cette avancée.

Si au plan de la recherche de l'intérêt public, vue sous l'angle de la recherche de l'intérêt général ou d'une société juste, le politique a une nette préséance, l'intérêt public, identifié à l'intérêt juridiquement reconnu par la loi interpelle d'abord le professionnel du droit pour sa compréhension. Il faut cependant reconnaître que ces distinctions étant acquises, on peut tout de même faire face à des conflits entre des juristes et l'autorité hiérarchique.

Dans tous les cas où le juriste ressent un inconfort par rapport à sa responsabilité professionnelle ou à sa compréhension de l'intérêt public, il importe qu'il s'explique de façon claire avec son supérieur, le plus souvent en rédigeant sa position argumentée. S'il demeure insa-

23. MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, *L'éthique dans la fonction publique*, 2003, Annexe III, p. 20.

24. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 67.

25. *Ibid.*, p. 69.

tisfait des explications reçues et que la question qu'il a soulevée est importante, il pourra chercher l'aide de quelques collègues ou d'un répondant en éthique pour assurer son discernement et pour établir les suites à donner. Il lui sera peut-être nécessaire de porter le dossier à des autorités supérieures. Plus le dossier sera important, plus la qualité de l'argumentation écrite aura d'importance.

Si les deux infrastructures de l'éthique, auxquelles sont soumis les juristes de l'État, peuvent les mettre en situation difficile à l'occasion, il ne faudrait pas oublier qu'elles visent d'abord à favoriser une pratique quotidienne responsable, inspirée par les valeurs de compétence, d'impartialité, d'intégrité, de loyauté et de respect²⁶ ainsi que de dignité, d'honneur, de respect, de modération, d'indépendance, de désintéressement, de diligence et de prudence²⁷. Voyons certains défis ainsi posés aux juristes dans l'exercice des trois principaux rôles qui leur sont reconnus.

3.2. L'éthique dans la pratique du juriste, rédacteur de législation

Les juristes qui remplissent le rôle de rédacteur de la législation ont un impact considérable sur le développement d'une société de droit, le progrès de la démocratie et la perception que les citoyens et citoyennes ont du système de justice. Il leur est demandé de travailler dans l'intérêt public en favorisant l'accès à la loi par la qualité de sa rédaction, par la mise en évidence des objectifs et des valeurs poursuivis et par la cohésion assurée avec les chartes des droits et le reste de la législation²⁸. Cette dernière considération est sans doute celle dont ils sont le plus imputables à titre de représentants de la justice.

Le juriste de l'État, tout en se prévalant de l'indépendance liée à sa profession, est partie prenante d'une vaste organisation gouvernementale. Certains mandats qui lui seront confiés seront directement liés aux orientations du parti politique au pouvoir, la loi n'étant dans ces cas que traduction légale d'objectifs politiques liés au programme du gouvernement. En d'autres circonstances, il sera convié à un travail plus technique de régularisation d'une opinion, de corrections de lacunes des lois ou de recherches à long terme, telle la réforme du

26. MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, *L'éthique dans la fonction publique*, 2003, Annexe III, p. 20.

27. *Règlement modifiant le Code de déontologie des avocats*, art. 2.00.01.

28. Deborah MACNAIR, «Legislative Drafters: A Discussion of Ethical Standards from a Canadian Perspective», dans *Statute Law Review* 24(2), p. 125-156.

Code civil. On peut aussi lui demander de servir d'intermédiaire dans la rédaction de lois qui visent à répondre à des demandes d'organismes privés ou de différents lobbys ou encore, ce qui est peut-être le plus difficile, à celles reliées aux opérations gérées dans les ministères par de hauts fonctionnaires qui désirent amender des lois ou des règlements, les préciser, alourdissant souvent ainsi l'ensemble de l'appareil législatif.

Si en tout cela le juriste peut connaître certaines tensions ou interpellations éthiques, celles-ci sont plus manifestes lorsqu'il s'agit d'œuvrer à la transposition légale de programmes politiques ou d'intérêts privés dans un cadre qui respecte l'intérêt général. La façon de sortir de certains dilemmes qui se présentent est de réaliser son mandat avec compétence et dans les règles de l'art, se rappelant qu'il est un partenaire actif et responsable et non un simple scribe ou copiste. Le travail de recherche, qu'il exécutera pour réaliser le projet qui lui a été confié, mettra en lumière ce qui se fait ailleurs dans le monde dans le domaine visé et suggérera les différentes avenues possibles pour solutionner le problème en soulignant leurs avantages et leurs inconvénients comparatifs. Pour ce faire, il devra consulter certains collègues, mais aussi des experts d'autres disciplines pertinentes au regard de l'objet de la loi. Il articulera les liens entre les diverses propositions de rédaction qu'il suggérera et l'ensemble de la législation et des chartes afin d'assurer la cohérence du tout. Il est de sa responsabilité de faire les mises en garde nécessaires et de suggérer les meilleures pratiques à ses supérieurs. Mais, on attend aussi de lui qu'il suggère des compromis qui permettent d'aller de l'avant.

Pour favoriser la démocratie et une bonne perception de la justice dans la population, le juriste utilisera une langue claire et compréhensible et des expressions univoques qui faciliteront l'interprétation de la loi et son appropriation par les citoyennes et les citoyens. Ce travail est exigeant mais bien fait, il met en valeur le côté éducatif de la loi.

Le plus difficile reste cependant à venir et exige une bonne dose d'humilité sinon d'ascèse. Lorsque la rédaction du juriste est terminée, elle lui échappe en partie. Elle entre dans un circuit qui la conduit jusqu'à l'Assemblée nationale. Le projet de loi peut être transformé de façon significative et perdre une partie de la cohérence que le juriste a réussi à y mettre après maints efforts. Ce dernier peut continuer à conseiller le «porteur de dossier». On lui demandera souvent de trouver des compromis. Il cherchera alors à éviter les compromissions. Il peut, si on lui en laisse l'occasion, chercher à expliciter

aux opposants les raisons qui l'ont conduit à préférer telle ou telle affirmation, mais tout se jouera à la fin entre les parlementaires qui pourront mettre de côté ses arguments. Il peut même arriver qu'on demande au juriste de corriger une loi dans le sens qu'il l'avait lui-même rédigée quelques années auparavant ou de défaire ce qu'il avait fait. Il ne pourra même pas le souligner, car c'est le responsable politique qui voudra en tirer profit.

D'autres questions éthiques pourraient être soulevées en rapport avec la rédaction des lois: l'indépendance du juriste de l'État face aux représentations du Barreau sur les différents projets de loi²⁹; les attitudes des juristes de l'État vis-à-vis les demandes de consultations des parlementaires, qu'ils soient membres du gouvernement ou de l'opposition; la confidentialité et l'importance de la délibération; les conflits d'intérêts liés à des préoccupations éthiques personnelles ou encore au double rattachement du juriste au ministère de la Justice, employeur direct, et au ministère sectoriel auquel il est rattaché et dont il partage peu à peu les projets.

3.3. L'éthique dans la pratique du juriste de l'État, à titre de conseiller

Le rôle de conseiller du juriste de l'État est aussi important pour la défense d'une société de droit et la promotion de la justice, mais il est moins formel que celui de rédacteur de la législation. Une imprécision demeure quant à sa portée et à son mode d'exercice. Le rôle peut inclure de façon quasi ouverte une dimension politique où il lui est difficile de préserver son impartialité.

Parmi les principaux problèmes du conseiller, on retrouve sans doute le fait de ne pas être consulté par le ministre sectoriel sur un dossier où l'on devrait faire appel à ses conseils comme délégué du ministre de la Justice et d'apprendre cette situation par la bande; ou encore d'être consulté par téléphone avec insistance pour qu'il donne un avis immédiat; ou encore d'être invité «a posteriori» à construire une argumentation pour réfuter des objections à un projet. Dans tous ces cas, le juriste connaît une certaine frustration. Il craint d'être tenu responsable d'une orientation ou d'une décision qu'il aurait réprouvée s'il avait pu exercer correctement son rôle.

29. Pierre GAGNON, «Les interventions législatives du Barreau: l'arbre qui cache la forêt...», dans *Le Journal du Barreau*, vol. 35, n° 21, 15 décembre 2003.

Il ne peut corriger la situation qui peut relever d'un manque d'éthique du supérieur hiérarchique, mais il serait approprié, dans bien des cas, qu'il rédige une note écrite dont il garde copie dans ses dossiers et qu'il la fasse parvenir à son supérieur et, si nécessaire, selon l'ampleur du problème, au supérieur hiérarchique de celui-ci.

Une autre source de conflit possible peut se présenter dans les rapports entre le ministère-client auprès duquel travaille le juriste de l'État et le ministère de la Justice dont il relève. Il peut à première vue paraître facile de résoudre un tel différend puisque le juriste est dans un ministère sectoriel pour représenter le ministère de la Justice et pour assurer la cohérence de la législation: c'est à ce titre qu'on doit lui demander avis. Mais, concrètement, la situation est plus complexe. Le juriste développe peu à peu des réflexes d'appartenance au ministère où il exerce ses fonctions. Il en vient à partager les orientations de celui-ci. D'autre part, le ministre de la Justice, outre ses fonctions de juriconsulte, demeure un personnage politique partisan, promoteur de différentes valeurs, d'objectifs précis et de stratégies. À ce titre, il peut entrer directement en conflit avec un ministre sectoriel.

Dans ce cas comme dans beaucoup d'autres, le conseiller ne peut établir sa position que par la clarté du dossier qu'il présentera, les comparaisons qu'il fournira avec des dossiers similaires traités à l'extérieur du Québec, la mise en évidence des avantages et inconvénients des diverses solutions, la force de son argumentation et la défense de l'intérêt public.

3.4. L'éthique dans la pratique du juriste de l'État, à titre de plaideur

Pour le juriste de l'État, l'exercice du rôle de plaideur interfère moins avec la politique et obéit aux règles de conduite de la profession et à son éthique³⁰. Demeure, néanmoins, le problème lié à la prise de décision quant au règlement négocié d'une cause ou à sa poursuite. Cette prise de décision peut faire l'objet d'un conflit entre le ministère-client et le ministère de la Justice ou encore entre des administrateurs de la fonction publique.

30. J.P. DUNAND et C. PÉTERMANN, «L'éthique de la profession d'avocat: peut-on défendre «l'indéfendable»?», dans Martin KILIAS, dir., *L'éthique et le droit*, 2000, Fribourg/éd. Universitaires, p. 199-229.

On ne peut traiter de cette question sans souligner l'importance de distinguer ce qui relève de la justice pénale et ce qui relève de la justice civile ou administrative. Dans le premier cas, l'indépendance du plaideur est plus forte. Il agit comme un officier de justice qui a le devoir d'assurer les équilibres nécessaires entre les parties au procès et de présenter une preuve solide exempte de tout parti pris et de tout biais personnel. Dans les autres cas de justice civile ou administrative, les situations auxquelles il a à faire face sont fort variables. À certains moments, il s'agit de faire trancher, par une cour, des batailles de principe pour lesquelles on recherche un jugement déclaratoire qui met fin au débat. Le plaideur rencontre à ce moment les mêmes défis que le rédacteur de loi. La qualité de sa recherche et de son argumentation peut être décisive. Dans plusieurs cas, le plaideur est en défense. Il cherche alors à protéger les biens publics. Mais, pour la même raison, il peut aussi poursuivre des individus ou des corporations, comme cela se présente pour la protection de l'environnement. La question qui se pose alors est celle de la prise de décision quant à la poursuite ou à la défense d'un dossier, à la conciliation et aux ententes hors cour, au recours à l'appel. Où doit-on arrêter? Comment interpellier le preneur de décision, qu'il soit gestionnaire ou fasse partie des hautes autorités du ministère? Ici aussi, la qualité du dossier écrit par le juriste et son envoi aux personnes concernées demeurent la voie à suivre.

Beaucoup d'autres problèmes se posent quant aux juristes de l'État dans le cadre de leurs pratiques quotidiennes. Je n'ai pas la prétention d'en avoir fait le tour, ni même de les connaître. Ce qui importe, c'est que vous en discutiez entre vous, que vous fassiez une analyse de leurs différentes dimensions et que vous cherchiez à partager vos préoccupations avec des personnes en autorité afin d'en arriver à de meilleures pratiques. On ne peut ignorer que votre profession vous renvoie d'abord au droit, à la norme et au conseil légal. C'est à l'intérieur de cette approche qui est la vôtre que vous avez d'abord à développer une pratique éthique et à exercer votre responsabilité sociale.

4. LES ATTENTES D'UN ÉTHICIEN À L'ÉGARD DES JURISTES DE L'ÉTAT

Jusqu'ici ma réflexion sur l'éthique et les juristes de l'État s'est appuyée sur les demandes que l'on m'avait formulées dans ma pratique, sur l'étude des infrastructures de l'éthique qu'ont articulées l'État, le Barreau et la Chambre des notaires ainsi que sur certains questionnements que des collègues juristes ont soulevés, en ma pré-

sence, sur le triple rôle qu'ils pouvaient exercer dans la fonction publique. En guise de conclusion, j'évoquerai mes attentes comme citoyen et éthicien à l'égard des juristes de l'État. Je vous communiquerai ainsi ma vision de l'éthique quant à son objet, à sa méthode, à ses exigences et à sa finalité en l'appliquant à votre profession.

La réflexion [éthique] se définit par son objet. De quoi traite l'éthique sinon des formes diverses et contradictoires du bien et du mal, du sens de la vie humaine, de la difficulté des choix, de la nécessité de justifier les décisions, de l'aspiration à définir des principes universels et impartiaux, [...] des débats relatifs à l'origine de l'éthique, à la compréhension de son contenu, ainsi qu'aux différentes façons de vivre une vie morale.³¹

L'objet de l'éthique sur lequel j'ai principalement attiré votre attention dans ce texte est la justification de la prise de décision et sa mise en œuvre responsable. Cette démarche implique, chaque fois, entre autres motifs, la prise en compte de la dignité de toute personne humaine dans la reconnaissance de ses droits civils, politiques, sociaux et économiques et une attention particulière aux citoyennes et citoyens les plus faibles. Pour le juriste de l'État, en tant que fonctionnaire public, s'ajoute un engagement particulier à poursuivre, en toutes circonstances, l'intérêt public qui dépasse la somme des intérêts privés et fait appel à la solidarité.

Quant à sa méthode, l'éthique appliquée repose d'abord sur une capacité de compréhension et d'analyse des situations qui incite à un travail interdisciplinaire et multidisciplinaire auquel vous êtes conviés, particulièrement si vous êtes à l'œuvre dans un ministère sectoriel. Elle vous incite à reconnaître le caractère limité et évolutif des règles, des normes et des lois que l'on se donne et vous appelle à un regard critique sur leur production et leurs effets. L'éthicien craint toujours qu'une prolifération de ces dernières nuise au développement de la responsabilité et de la créativité des personnes et favorise une bureaucratie tatillonne. Dans le cas de dilemmes, il favorise, dans vos relations entre pairs et avec vos supérieurs hiérarchiques, l'utilisation d'une méthode dialogique axée sur l'écoute compréhensive de l'autre et la réciprocité, méthode qui se fonde sur la reconnaissance de la capacité de réflexion éthique de chaque personne.

31. CANTO-SPERBER, dir., *Le dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, 1997, Paris/PUF, Avant-propos.

Les conditions indispensables au développement de l'éthique dans un milieu sont fortement liées à des programmes de formation continue pertinents et intégrés qui ne se limitent pas à la connaissance des codes, des valeurs et des règles énoncés par les responsables, mais qui comportent, entre autres, l'apprentissage de la distanciation et du silence, l'éducation de la conscience réfléchie et du jugement moral, la pratique de la délibération. D'autre part, on doit souligner que l'exemple des différents gestionnaires et du personnel politique a une forte incidence sur l'éthique de l'organisation. Leur juste reconnaissance de l'autorité professionnelle des juristes favorise la qualité du travail de ceux-ci et leur responsabilisation. Leur méconnaissance risque de conduire à un laisser-aller.

La finalité dernière de l'éthique, appliquée à votre situation, est l'accomplissement des juristes dans leur visée de vie bonne, au cœur même de leur travail. S'il est vrai qu'il est difficile de s'entendre sur la définition de ce qu'est une vie bonne, on ne peut nier qu'il y a chez toute personne une recherche en ce sens que l'on préfère souvent désigner comme la recherche de l'intégrité, de l'honnêteté avec soi-même et avec les autres. Mon intention en vous rencontrant aujourd'hui était de vous permettre de mieux tisser les liens entre la pratique de votre profession, vos valeurs personnelles et votre participation à l'avènement d'un monde plus humain. Si j'ai surtout insisté, dans ce texte, sur la qualité du travail quotidien, je ne saurais terminer sans évoquer l'importance de la qualité de vos relations interpersonnelles comme facteur décisif dans la gestion des dilemmes éthiques que vous continuerez à rencontrer au cœur de vos activités et que vous ne pourrez surmonter la plupart du temps qu'en lien avec d'autres partenaires.

