

V) AVIS JURIDIQUE

A) **POINT DE LANGUE**

Le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu définit comme suit le terme «avis» : «Opinion donnée à titre consultatif en réponse à une question¹». Le même ouvrage définit comme suit le terme «opinion» : «Position doctrinale adoptée par un auteur sur une question controversée ou par un jurisconsulte sur la question litigieuse dans une consultation²».

Ainsi, les termes «avis» et «opinion» semblent à priori tous deux aptes à désigner le document que produit l'avocat pour répondre aux questions juridiques concernant lesquelles son client désire obtenir son point de vue. Notons toutefois que le *Juridictionnaire* indique ce qui suit à ce sujet :

Demander un avis (et non une [opinion]) à l'avocat, à un juriste, c'est lui demander une consultation ou un rapport sur une question particulière. L'avis demandé est juridique et non pas [légal]³.

Pour ce qui est de l'emploi correct du terme français «légal», nous avons reproduit à la fin du chapitre une partie des commentaires formulés à ce sujet dans le *Dictionnaire des difficultés de la langue française au Canada*⁴.

B) **STRUCTURE DE L'AVIS JURIDIQUE**

Nous recommandons la structure suivante aux fins de la présentation de l'avis juridique :

- Confirmation du mandat
- Énoncé des faits
- Énoncé des questions de droit
- Analyse juridique
- Conclusion

Notons cependant qu'il peut s'avérer opportun, selon les circonstances, de placer la conclusion après la confirmation du mandat ou encore après l'énoncé des questions de droit. Des explications plus détaillées sont fournies à ce sujet à la rubrique «Conclusion» figurant ci-dessous.

Vous trouverez à la fin du chapitre un avis juridique fictif qui pourra vous servir de modèle.

C) **CONFIRMATION DU MANDAT**

Il est souvent utile de commencer l'avis juridique par une confirmation du mandat.

L'on peut s'inspirer à cet égard des règles indiquées ci-dessus concernant la lettre de confirmation de mandat.

L'on pourra par exemple utiliser la formulation suivante :

Je suis heureux de vous fournir l'avis juridique que vous m'avez demandé d'élaborer concernant l'objet en rubrique».

1) Mandat

Le mandat que vous m'avez confié est le suivant : ...

D) ÉNONCÉ DES FAITS

L'ouvrage *Rédiger des écrits d'ordre juridique* recommande les règles suivantes à ce sujet :

Les faits sur lesquels l'avis juridique est fondé, tels que le client les a présentés, doivent être exposés de façon complète. Trop souvent, des clients oublient de communiquer des faits importants à leur avocat. Un énoncé complet des faits fournis par le client protégera l'avocat contre une éventuelle poursuite en responsabilité professionnelle dans l'éventualité où un tribunal rendrait un jugement différent de l'avis juridique fourni, suite à la présentation par la partie adverse de faits non mentionnés par le client. Dans cette perspective, il serait prudent d'indiquer, par exemple, que l'opinion est fondée sur des faits communiqués lors d'une entrevue dont on rappellera la date.

Un avis juridique doit être rédigé après une recherche minutieuse des faits pertinents, ce qui n'est certes pas toujours une tâche aisée. À l'université, les problèmes pratiques présentent des faits tenus pour acquis. En pratique, les faits ne sont pas toujours communiqués à l'avocat d'une façon aussi nette. Souvent, il peut même être difficile d'obtenir du client une description rigoureusement exacte des circonstances qui ont entouré son problème car, d'une part, il est souvent incapable de discerner les faits juridiquement pertinents de ceux qui ne le sont pas. D'autre part, la version du client sera souvent biaisée, celui-ci présentant une version colorée dans laquelle il pourra omettre inconsciemment les faits défavorables à sa cause. Des avocats l'apprennent parfois à leurs dépens au procès, faute d'avoir envisagé l'envers de la médaille.

Une bonne conversation menée avec tact (évitant la forme d'un contre-interrogatoire) permettra de relever les éléments négatifs en temps opportun. Pour se protéger sur le plan de la responsabilité professionnelle, l'avocat mettra comme condition à la pertinence de son opinion que les faits établis au procès soient conformes à ceux exposés par son client et fera état des difficultés qui peuvent surgir lorsqu'il s'agira de faire une preuve légale devant un tribunal⁵.

E) ÉNONCÉ DES QUESTIONS DE DROIT

Il est utile d'énoncer clairement les questions de droit à étudier de manière à délimiter avec précision le champ de l'analyse juridique qui suivra.

F) ANALYSE JURIDIQUE

Aux fins de l'analyse juridique, l'avocat énoncera d'abord les règles de droit applicables, autant sur le plan législatif que jurisprudentiel.

Il procèdera ensuite à appliquer les règles de droit en cause aux faits tels qu'il les a énoncés précédemment dans son avis juridique.

G) CONCLUSION

L'ouvrage *Rédiger des écrits d'ordre juridique* recommande le respect des règles suivantes :

La conclusion est la partie capitale de l'avis juridique. C'est la partie qui intéresse le plus le client. Elle doit être aussi claire que possible et surtout, ne pas prêter à des interprétations ambivalentes ou divergentes. S'il vous est possible de conclure «oui» ou «non», ou «une chose est légale» ou «illégale», il faut l'affirmer. Vous exposerez clairement :

- 1) *l'existence ou l'absence de son droit, de même que son étendue et ses limites, avec les conditions de fait;*
- 2) *la façon de protéger ses droits;*
- 3) *la façon de faire valoir ses droits;*
- 4) *les délais à respecter et l'urgence d'agir dans le cas de prescription ou de délai de déchéance;*
- 5) *les recommandations : une attitude à adopter, attendre et surveiller l'évolution de la situation, entreprendre des pourparlers ou exercer un recours en justice.*

Vous pourrez donc clore l'avis juridique par les formules de salutations usuelles, en réitérant les réserves appropriées et, si nécessaire, en indiquant que vous attendez des instructions et demeurez à la disposition du client.

Voyons maintenant de quelle façon peuvent être rédigés les conclusions d'un avis juridique, selon que l'on soit en présence d'un cas où la situation est claire, ou nébuleuse et douteuse.

a) La conclusion dans les cas clairs

Tout avocat doit se méfier des aléas entourant le déroulement du processus judiciaire, le comportement des témoins, les réactions et les perceptions des juges. Certains préjugés peuvent même avoir biaisé l'interprétation des faits soumis et la rédaction de l'opinion elle-même. Voilà pourquoi on ne peut jamais être complètement assuré qu'une opinion, toute soignée ou logique qu'elle puisse être, sera invariablement endossée par un tribunal. L'avocat devra donc éviter de promettre à un client qu'il aura gain de cause en lui faisant miroiter témérement des pronostics trop favorables, spécialement quand ce genre de certitude est de nature à inciter le client à entreprendre ou continuer des procédures judiciaires par l'entremise de l'avocat qui est l'auteur de l'opinion.

Cette conclusion doit-elle être présentée avant ou après l'argumentation? Tout dépend de la nature du cas ou du client. Si une conclusion favorable est vraiment importante pour le client, pourquoi retarder les bonnes nouvelles? De toute façon, le client ne lira peut-être pas toutes les explications. Il sautera au paragraphe contenant la réponse finale. Il ne s'attardera à l'argumentation que s'il doit comprendre pourquoi sa situation n'est pas ce qu'il prévoyait et il sera plus apte à comprendre une argumentation dont il connaît déjà la conclusion.

Dans le cas d'un avis défavorable, si vous appréhendez que votre client en soit déçu ou gêné, vous voudrez peut-être le préparer en lui expliquant d'abord la situation, pour qu'il comprenne la logique de l'argumentation et le caractère inéluctable de la conclusion.

En présentant vos conclusions, il faudra prévoir que certains clients tenteront d'appliquer l'opinion à des situations futures, bien qu'entre-temps, les lois et la jurisprudence pourront avoir évolué. Pour prévenir ceci, il sera nécessaire d'accompagner les conclusions d'un avertissement à l'effet que les conclusions sont basées sur des faits précis et ne peuvent s'appliquer dans d'autres circonstances, à plus forte raison si les lois et règlements alors en vigueur sont modifiés. L'opinion doit donc être datée.

Enfin, ne suggérez jamais à un client d'écrire lui-même une proposition du règlement à la partie adverse. Il est préférable, même si l'on ne veut pas informer la partie adverse de la présence d'un avocat au dossier, de rédiger vous-mêmes un tel projet. Sinon, un client sans formation juridique pourrait maladroitement compromettre ses droits.

De même, les expressions «je crois que» ou «j'aurais l'impression que» doivent être bannies d'un avis juridique. Ces expressions seraient acceptables dans une «tentative d'opinion» où l'on explorerait encore le problème. Mais un client demande un avis aussi clair que possible et non une tentative d'opinion. Ce genre de phrase ne peut non plus servir d'échappatoire pour donner une réponse évasive quand une réponse précise est attendue. Si vous êtes incapable de donner une opinion définitive, vous devez expliquer pourquoi indiquer les limites de la certitude et le début de la controverse. Faute d'indiquer ces éléments, la situation est embarrassante, mais ne justifie pas l'utilisation négligente des mots par lesquels on fait semblant de donner une réponse sans réellement en fournir. Il sera préférable de référer votre client ailleurs que de l'obliger à interpréter ou deviner la portée d'une opinion rédigée en termes obscurs.

Un avocat devra parfois répondre négativement à son client et l'informer de la faiblesse de sa position. Un client n'aime jamais apprendre une absence de recours ou l'impossibilité légale de réaliser ses projets. L'avocat ne pourra lui conseiller des palliatifs légaux. Cependant, le client voudra savoir comment, par d'autres moyens, il pourra arriver à ses fins. Ceci n'est cependant pas toujours facile, car avant de donner des solutions de rechange, il importe de bien connaître la nature des activités de son client pour ne pas lui suggérer candidement des solutions inapplicables dans les faits.

b) La conclusion dans les cas douteux

Les situations dans lesquelles la réponse est claire seront généralement expédiées rapidement. Si la position de votre client est mauvaise, vous lui recommanderez d'en arriver à un règlement avec la partie adverse. Dans le cas contraire, on peut s'attendre à ce que cette dernière fasse la même démarche. Les plus grands efforts sont déployés dans des causes où la contestation judiciaire sera difficile à éviter. «À vaincre sans péril, on triomphe sans gloire.»

Le client sera insatisfait si vous lui dites : «je ne sais pas». Par contre, vous l'induiriez en erreur en lui présentant une certitude que la situation ne justifie pas. L'avocat doit donc être particulièrement prudent dans de telles circonstances. Il ne s'agit toutefois pas de faire un exposé de droit, comme on le fait dans une dissertation à l'université; ce genre d'écrit, tout en étant très savant, ne règlera pas le problème du client. Vous devrez plutôt lui indiquer les avenues lui permettant de solutionner son problème. S'il y a peu d'espoir d'obtenir une victoire complète à l'issue d'un procès, il est souvent possible de convenir d'un règlement raisonnable ou encore d'obtenir des concessions intéressantes. Enfin, certaines lignes de conduite peuvent maximiser les chances de succès d'une réclamation et alors il vous faudra inviter votre client à les suivre.

Différentes solutions sont souvent possibles. Certains clients choisiront. D'autres voudront que l'avocat décide pour eux. Cette situation est fréquemment difficile pour un avocat, car on pourra lui reprocher son option en cas d'échec, sans pour autant lui en attribuer le mérite en cas de réussite. Le client, devant un succès, affirmera qu'il avait une bonne cause. En cas d'échec, il sera tenté de blâmer son avocat et...il succombera à la tentation. Mais c'est là un des risques de la pratique⁶.

Point de langue

Légal

En français, les adjectifs **JUDICIAIRE**, **JURIDIQUE** et **LÉGAL** ne se rapportent pas aux mêmes choses.

Légal se dit des choses qui sont permises, prescrites ou fournies par la loi. En somme, l'adjectif signifie «conforme à la loi».

Juridique se dit des choses propres à la justice et au droit. En somme, juridique signifie «qui appartient au droit».

Judiciaire se dit des choses qui servent à l'application de la loi. En somme, l'adjectif signifie «relatif à l'administration de la justice et aux tribunaux».

Il faut se garder d'employer l'un de ces adjectifs pour les deux autres.

AVIS JURIDIQUE FICTIF

(Date)

Journal ABC
(Adresse)

Objet : Possibilité de diffamation dans certaines lettres à la rédaction

Monsieur,

Comme convenu, je vous fais parvenir par écrit l'avis juridique que je vous ai fourni au moment de notre conversation téléphonique du (date) dernier concernant l'objet en rubrique.

D'abord, je tiens à préciser que l'avis verbal revêtait un caractère préliminaire étant donné le peu de temps dont j'ai disposé pour me pencher sur la question juridique que vous m'avez demandé d'étudier.

Ainsi, je reprendrai dans la présente lettre uniquement les éléments que j'ai soulevés au cours de notre conversation téléphonique.

Par ailleurs, vous trouverez ci-joint les documents suivants :

- a) le chapitre 19 de l'ouvrage intitulé *La responsabilité civile délictuelle* publié par le juge Linden, lequel chapitre porte sur la diffamation;
- b) la *Loi sur la diffamation*, chapitre D20 de la *Codification permanente des lois du Manitoba*;
- c) articles 297 à 316 du *Code criminel du Canada*;
- d) extrait du document de travail n° 35 publié par la Commission de réforme du droit du Canada au sujet du libelle diffamatoire.

I) ÉNONCÉ DES FAITS

Le journal ABC a annoncé, dans son édition du (date), que M. X ne serait plus seul à publier des textes dans le cadre de la chronique sportive du journal.

La note de la rédaction figurant à la page 18 de l'édition en cause comportait une lettre de M. X dans laquelle celui-ci faisait part de ses protestations à l'égard de la décision du journal.

La lettre de M. X a suscité de vives réactions, positives chez certains, négatives chez d'autres.

Le journal ABC a reçu quelques lettres énonçant ces réactions et certaines d'entre elles contiennent des affirmations assez dures à l'endroit de M. X.

Le journal ABC veut obtenir un avis juridique concernant la possibilité que les affirmations en cause constituent de la diffamation.

Les passages qui donnent plus particulièrement lieu à la préparation du présent avis sont les suivants :

- a) [lettre de M. Y] Pourtant il se permettait il n'y a pas longtemps de faire des déclarations fausses, incomplètes et contradictoires au sujet des Canadiens de Montréal;
- b) [lettre de M. Z] Un sot trouve toujours plus sot qui l'admire.

II) QUESTIONS DE DROIT

Les affirmations en cause sont-elles diffamatoires et, dans l'affirmative, le journal disposerait-il d'un moyen de défense valable en cas de poursuite pour diffamation?

III) ANALYSE

Remarques préliminaires

Je tiens d'abord à préciser la terminologie que j'utiliserai dans les lignes qui suivent.

De manière générale, l'on peut dire qu'il existe deux formes de diffamation («Defamation» en anglais) : a) la diffamation verbale («slander» en anglais); b) la diffamation écrite, aussi appelée libelle diffamatoire («libel» en anglais).

Le droit de la diffamation vise à réconcilier deux valeurs contradictoires de notre société, à savoir la protection de la réputation des gens et la liberté d'expression. Voir à ce sujet les pages 805 et 806 de l'ouvrage intitulé *La responsabilité civile délictuelle*.

Par ailleurs, la diffamation peut constituer à la fois un délit civil et une infraction criminelle. Les règles applicables en matière de droit civil et de droit pénal sont essentiellement les mêmes.

En effet, les dispositions du *Code criminel* en matière de libelle diffamatoire codifient en large mesure les règles de common law, lesquelles de manière générale étaient commune au crime et au délit civil de libelle diffamatoire. Le document de travail publié par la Commission de réforme du droit du Canada contient les explications suivantes à ce sujet, aux pages 5 et 6 :

Les règles de common law sur le libelle diffamatoire, telles qu'elles étaient interprétées à l'époque, et avec les modifications apportées par les textes législatifs, furent incluses dans le «Draft Code» anglais, dont les dispositions ont été reprises presque textuellement dans le Code criminel canadien de 1892. La Loi concernant le crime de libelle fut alors abrogée. Pour la première fois, on définissait l'infraction dans un texte de loi et l'on codifiait les moyens de défense de common law, dont un bon nombre étaient censés être communs au crime et au délit civil de libelle.

Je tiens à souligner que les articles du *Code criminel* en matière de libelle diffamatoire portaient jusqu'à récemment les numéros 261 à 280 et portent maintenant les numéros 297 à 316.

Enfin, il faut également noter que les règles de common law en matière civile ont été en partie modifiées par divers textes législatifs provinciaux, soit dans le cas du Manitoba la *Loi sur la diffamation*.

Caractère diffamatoire des propos contenus dans les lettres à la rédaction

L'on trouve aux pages 806 à 809 de l'ouvrage *La responsabilité civile délictuelle* un bon résumé des critères à appliquer pour déterminer si des propos donnés possèdent un caractère diffamatoire.

Le passage suivant est particulièrement pertinent :

Il n'existe aucun critère universel à cet égard, les tribunaux pouvant utiliser plusieurs formules. Selon la définition classique la plus souvent retenue jusqu'à une époque récente, le libelle est «ce qui vise à ternir la réputation d'une autre personne, en l'exposant à la haine, au mépris ou au ridicule»; on ajoute parfois qu'une personne doit être «ostracisée ou évitée» en conséquence de ces commentaires. Toutefois, on considère maintenant cette définition comme trop restrictive.

Selon une autre définition, la diffamation est «une déclaration fausse qui jette le discrédit sur une personne». Plus récemment, on a suggéré que la diffamation «tend à amoindrir l'estime que l'ensemble des citoyens bien pensants portent à la personne». Le professeur Fleming a avancé une variante de ce dernier critère, déclarant que les commentaires diffamatoires «font baisser une personne dans l'estime de ses concitoyens, en la déconsidérant dans leur esprit». Selon un critère fort semblable, il faudrait que le demandeur «ait subi un préjudice dans sa réputation sociale et ne puisse plus bénéficier de toute la considération à laquelle il serait en droit de s'attendre». L'un des meilleurs critères énoncés à ce jour est ainsi formulé :

«Des commentaires sont diffamatoires s'ils tendent à nuire à la réputation d'une autre personne, de telle sorte qu'elle est déconsidérée dans la collectivité, ou que d'autres personnes évitent de la fréquenter ou d'entretenir des relations avec elle.»

Pour résumer, la diffamation consiste à répandre des renseignements qui ternissent la bonne réputation d'une personne, en altérant son statut social dans la collectivité ou en l'exposant à la pitié de ses concitoyens.

Lettre de M. Y

Il est clair que le passage de la lettre en cause où M. Y prétend que M. X a fait «des déclarations fausses, incomplètes et contradictoires» possède un caractère diffamatoire, puisqu'il s'agit d'une accusation de malhonnêteté qui tend à nuire à la réputation de M. X de telle sorte qu'il soit déconsidéré dans la collectivité.

Lettre de M. Z

À mon avis, les affirmations contenues dans la lettre de M. Z s'apparentent davantage à des injures qu'à de la diffamation.

Le passage suivant du document de travail publié par la Commission de réforme du droit du Canada est très clair à ce sujet :

Au cours des siècles, les tribunaux ont eu recours à différents critères pour la caractérisation des faits diffamatoires. Ainsi, on a défini la diffamation comme l'imputation de faits de nature à exposer une personne à la haine, au mépris et au ridicule, ou encore l'imputation de faits susceptibles de pousser les gens à éviter une personne. De nos jours, les tribunaux emploient souvent le critère énoncé par lord Atkin

faits imputés. En d'autres termes, l'imputation des faits doit être susceptible de porter atteinte à la réputation de la victime. De simples injures n'équivalent pas à diffamation. Ainsi, une action en diffamation intentée par une femme mariée qui s'était vue traiter de «traînée» a été rejetée parce que les personnes ayant entendu ces paroles n'y avaient vu que des termes d'injures.

(Le soulignement est de moi)

Ainsi, à mon avis, toute poursuite intentée à l'égard des propos tenus par M. Z serait vouée à l'échec.

Moyen de défense

Puisque j'ai conclu ci-dessus que les affirmations de M. Y revêtent un caractère diffamatoire, je dois maintenant étudier la question des divers moyens de défense qui pourraient être invoqués dans le cadre d'une poursuite éventuelle pour diffamation.

À mon avis, l'on pourrait invoquer avec succès le moyen de défense connu sous le nom de «commentaire loyal» à l'égard d'une poursuite civile ou d'une poursuite pénale, puisque les mêmes critères s'appliquent à ce moyen de défense dans les deux genres de poursuite en cause.

Le moyen de défense à l'étude est expliqué en détail aux pages 853 à 859 de l'ouvrage *La responsabilité civile délictuelle* ainsi qu'aux pages 29 et 30 du document de travail publié par la Commission de réforme du droit du Canada.

Le passage suivant de l'ouvrage *La responsabilité civile délictuelle* est particulièrement pertinent (pages 853 et 854) :

Il est possible de faire un commentaire loyal sur des questions d'intérêt public sans risquer d'être tenu responsable pour diffamation, pourvu que ce commentaire soit fondé sur des faits. Ces questions se répartissent en deux catégories : premièrement, celles qui présentent un intérêt légitime pour le public, comme les activités gouvernementales, les débats politiques, les propositions avancées par les personnalités publiques et les affaires publiques en général; deuxièmement, les oeuvres artistiques présentées au public, comme les pièces de théâtre, la musique et la littérature. Le débat sur ces questions ne peut être limité dans une société dynamique sur les plans démocratique et culturel. En ce qui concerne la première catégorie, l'intérêt du public ressort de la nature même des questions traitées; quant à la deuxième, les oeuvres qui font l'objet de commentaires sont volontairement soumises par leur auteur à l'appréciation du public.

La défense de commentaire loyal doit s'appuyer sur des faits. Ceux-ci doivent être mentionnés dans les commentaires, ou ils doivent être indiqués de façon suffisamment claire pour justifier l'expression des commentaires.

À mon avis, la défense du commentaire loyal serait applicable pour les motifs suivants :

- a) la chronique sportive publiée dans le journal ABC constitue une question d'intérêt public;
- b) à ma connaissance, il est vrai que M. X a fait des commentaires concernant les Canadiens de Montréal;

- c) en employant les adjectifs «fausses, incomplètes et contradictoires», M. Y exprimait une opinion relativement à un fait, soit le fait que M. X avait fait des déclarations concernant les Canadiens de Montréal.

Par ailleurs, l'article 9 de la *Loi sur la diffamation* du Manitoba abroge législativement la règle jurisprudentielle établie dans l'affaire *Cherneskey c. Armadale Publishers* résumée aux pages 856 à 858 de l'ouvrage *La responsabilité civile délictuelle*. L'article 9 prévoit ce qui suit :

<i>Lorsque le défendeur a publié un fait diffamatoire allégué qui est une opinion exprimée par une autre personne, la défense de commentaire loyal ne doit pas être rejetée pour la seule raison que le défendeur ne partage pas cette opinion, si :</i>	<i>Where the defendant published alleged defamatory matter that is an opinion expressed by another person, a defence of fair comment shall not fail for the reason only that the defendant did not hold the opinion if:</i>
<i>a) d'une part, le défendeur ne savait pas que la personne exprimant l'opinion ne la partageait pas;</i>	<i>(a) the defendant did not know that the person expressing the opinion did not hold the opinion; and</i>
<i>b) d'autre part, une personne pouvait honnêtement partager cette opinion.</i>	<i>(b) a person could honestly hold the opinion.</i>

Or, dans les circonstances à l'étude, il est clair qu'une personne pourrait honnêtement être d'avis que les déclarations de M. X sont «fausses, incomplètes et contradictoires».

En conclusion, je suis d'avis que, dans l'éventualité où le journal ferait l'objet de poursuites en diffamation, il pourrait invoquer avec succès la défense de commentaire loyal, telle qu'elle a été élaborée par la jurisprudence et modifiée par le droit législatif.

Dans l'espoir que les renseignements figurant ci-dessus pourront vous être utiles, je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs.