



La Société des plaideurs

# Le droit d'être entendu : L'avenir de la plaidoirie orale au Canada

Rapport final du Groupe de travail  
sur le litige moderne

Juin 2021



## Table des matières

<a href="#">Avant-propos</a> .....	4
<a href="#">Remerciements</a> .....	6
<a href="#">Sommaire</a> .....	8
<a href="#">Partie I – Le Groupe de travail sur le litige moderne : Genèse, mandat et objectifs</a> .....	10
<a href="#">I.1 La Société des plaideurs</a> .....	10
<a href="#">I.2 La genèse et la raison d’être du Groupe de travail sur le litige moderne</a> .....	11
<a href="#">I.3 Le mandat et le fonctionnement du Groupe de travail sur le litige moderne</a> .....	13
<a href="#">I.4 Le symposium sur la plaidoirie moderne</a> .....	14
<a href="#">I.5 La structure du présent rapport</a> .....	15
<a href="#">I.6 Un appel à l’action plus large</a> .....	16
<a href="#">Partie II – Les origines de la plaidoirie orale</a> .....	17
<a href="#">II.1 Les fondements de la plaidoirie orale tels qu’ils ressortent de l’histoire et de la jurisprudence</a> .....	17
<a href="#">Vue d’ensemble</a> .....	17
<a href="#">Discussion</a> .....	18
<a href="#">Conclusion</a> .....	33
<a href="#">II.2 Perspectives autochtones et traditions orales</a> .....	34
<a href="#">Vue d’ensemble</a> .....	34
<a href="#">Discussion</a> .....	34
<a href="#">Conclusion</a> .....	43
<a href="#">Partie III – Tirer les leçons du passé pour se tourner vers l’avenir</a> .....	44
<a href="#">III.1 Apprentissage et persuasion : Un regard sur d’autres disciplines et sur l’expérience du droit</a> .....	44

## Table des matières

<a href="#">Vue d'ensemble</a> .....	44
<a href="#">Discussion</a> .....	45
<a href="#">Conclusion</a> .....	54
<a href="#">III.2 Les modes d'audition au Canada et dans le monde</a> .....	55
<a href="#">Vue d'ensemble</a> .....	55
<a href="#">Discussion</a> .....	56
<a href="#">Conclusion</a> .....	66
<a href="#">III.3 Perspective des intervenants du système de justice canadien</a> .....	67
<a href="#">Vue d'ensemble</a> .....	67
<a href="#">Objectifs</a> .....	67
<a href="#">Méthodologie</a> .....	69
<a href="#">Les conclusions des consultations avec les intervenants</a> .....	73
<a href="#">Conclusion</a> .....	101
<a href="#">Partie IV – La marche à suivre : Les principales observations et recommandations du Groupe de travail</a> .....	102
<a href="#">IV.1 Les travaux du Groupe de travail</a> .....	102
<a href="#">IV.2 Les observations et principes clés sur lesquels reposent les recommandations du Groupe de travail</a> .....	103
<a href="#">IV.3 Recommandations : Plan-cadre pour décider du mode d'audition</a> .....	109
<a href="#">IV.4 Recommandations au sujet des mesures à prendre</a> .....	112
<a href="#">Notes de fin d'ouvrage</a> .....	115
<a href="#">Annexe A</a> .....	128

Pour la plupart des plaideurs, prendre part au système judiciaire représente un événement rare, majeur, sinon décisif, dans leur vie – événement qui culmine souvent par la tenue d’une audience dans un palais de justice. Jusqu’à tout récemment, ces audiences se déroulaient presque partout dans une véritable salle d’audience où de vraies personnes (juge, avocats, plaideurs, témoins) se réunissaient. Qu’il s’agisse d’un palais de justice aussi impressionnant que la Cour suprême du Canada à Ottawa ou d’un édifice plus modeste dans une petite ville, le palais de justice jouissait d’une certaine aura. L’administration de la justice dans des espaces physiques conçus à cette fin a toujours représenté un effort collectif dont la finalité était de refléter l’importance d’une justice accessible et transparente dans une société civile.

Un système entièrement différent aurait pu être conçu, comme certains le préconisent. En effet, la justice pourrait être rendue, dans de nombreux cas (si ce n’est pas dans la plupart des cas), au moyen d’instances procédant exclusivement sur dossier. Cela, selon certains, serait bien plus efficace. Néanmoins, même si nous devions accepter pour les fins de la discussions que procéder exclusivement par écrit résulte également en une décision aussi bien justifiée (une proposition incompatible avec nos recherches, quoique limitées, et l’expérience de nombreux juges), s’en remettre à cette méthode nous ferait passer, de toute façon, à côté d’une dimension essentielle de la mission de la justice, notamment, que « la justice ne doit pas seulement être rendue, mais on doit voir qu’elle a été rendue ».

En effet, l’expérience démontre que rien ne rend une décision défavorable plus acceptable pour la partie perdante que le fait d’avoir été dans la salle d’audience en présence du juge, et d’avoir vu et entendu que ce dernier a fait preuve d’ouverture d’esprit et qu’il a bien compris sa cause. Cette expérience humaine ne peut tout simplement pas être reprise ou remplacée par le recours exclusif à la plaidoirie écrite.

Dès le début de la pandémie de la COVID-19, la tradition de la plaidoirie orale menée en présence de tous les participants dans un même lieu physique a été chamboulée et souvent remplacée par la technologie vidéo. L’utilisation de cette technologie pour mener des audiences en dehors des salles d’audience a permis aux juges, aux plaideurs, aux avocats et au public de se « réunir » de façon virtuelle. Pour certains, ces nouvelles plateformes ont démontré que les anciennes méthodes d’administration la justice dans des salles d’audience étaient non seulement désuètes, mais que celles-ci constituaient un obstacle à l’accès à la justice que nous devrions reléguer aux oubliettes.

Force est de constater que la disponibilité de la nouvelle technologie vidéo a pratiquement « sauvé le système judiciaire » pendant la pandémie : elle a permis de rendre la justice à un moment où les exigences en matière de santé et de sécurité nécessitaient d’autres façons de mener les instances judiciaires, et ce, avec une facilité relative – chose impensable il y a à

peine quelques années. Ses avantages indéniables ont amené de nombreuses personnes – juges, parties et avocats plaideurs – à prôner son utilisation permanente, du moins pour les affaires courantes et administratives et pour les questions de fond lorsque des obstacles pratiques empêchent la participation en personne. Cette expérience récente, laquelle nous a été imposée par la pandémie, offre une excellente occasion d'examiner la portée de l'utilisation permanente de la technologie vidéo pour améliorer l'accès à et l'administration de la justice.

Au moment où nous envisageons ces nouvelles avenues, nous ne devrions pas, à mon humble avis, assimiler la « réalité virtuelle » à la « réalité ». Elles sont distinctes l'une de l'autre. Pour les juges et les avocats qui passent régulièrement (voire quotidiennement) leur vie dans les palais de justice, l'environnement de la salle d'audience est sans doute devenu une seconde nature. Mais ce n'est pas le cas pour la plupart des parties et des témoins, ni même pour certains plaideurs. Rendre la justice, ou du moins s'efforcer de le faire de bonne foi, représente un effort profondément *humain*, d'une importance primordiale, lequel exige solennité, transparence, visibilité et communication entre toutes les personnes engagées dans le processus. Je le répète : la justice ne doit pas seulement être rendue, mais on doit voir qu'elle a été rendue. « Voir » sur vidéo lorsqu'il n'y a véritablement aucune autre solution fiable aura constitué une alternative raisonnable, mais qui n'en demeure pas moins une alternative.

D'ailleurs, bien qu'incontestablement utile pendant cette pandémie, la disponibilité de plateformes virtuelles dans les autres aspects de nos vies aura permis de faire ressortir l'importance cruciale de l'interaction en personne. En cette période de crise, se sont déroulés à distance des activités parlementaires, de l'enseignement primaire et secondaire, des services religieux et des réunions de famille, pour ne citer que quelques exemples. Pourtant, peu de gens diraient que cette façon de tenir des activités d'une telle importance pour notre vie civique, communautaire et personnelle est la « bonne » façon de procéder lorsque nous ne sommes pas confrontés à une pandémie mondiale. Pour ma part, je ne choisirai pas d'organiser des « soupers Facetime » avec des amis ou des membres de ma famille lorsque les mesures de distanciation sociale seront levées et qu'il sera à nouveau possible d'organiser de véritables réunions en personne.

Le rapport du Groupe de travail sur le litige moderne reconnaît d'emblée la contribution significative de la technologie vidéo dans l'amélioration de l'administration de la justice, et recommande son utilisation permanente dans de nombreux dossiers. Le rapport vise également à nous rappeler que la recherche de la justice est, après tout, un travail *humain*, où le contexte de la salle d'audience permet à tous de savoir, d'entendre et de constater la part active que nous y prenons tous ensemble. Rendre la justice dans *une seule et même salle*, être en mesure d'observer et d'écouter le ou la juge dans *une seule et même salle*, voir les témoins faire face au tribunal et aux parties dans *une seule et même salle* : peu d'activités ont, pour la cohésion de la société civile, plus d'importance que l'exercice de la justice par un pouvoir judiciaire indépendant dans un aménagement véritablement public et partagé.

À mon avis, nous devrions bien réfléchir à son remplacement total par une alternative raisonnable, sauf si les circonstances le justifient de façon concrète et raisonnable.

J'espère qu'en cherchant à tirer des leçons de la récente expérience de la pandémie, nous n'oublierons pas complètement les raisons pour lesquelles les audiences en personne et les plaidoiries orales ont toujours joué un rôle si important dans l'administration de la justice au Canada. Des améliorations du système de justice rendues possibles par la technologie moderne peuvent et doivent être introduites, comme en témoignent clairement les recommandations formulées dans le présent rapport. Mais ces changements ne doivent pas être considérés comme une panacée pour pallier aux graves problèmes d'accès à la justice, ni comme un remplacement adéquat à la justice en personne dans tous les cas, ni d'ailleurs dans la plupart des cas.

La plaidoirie orale, en personne, consacre la gravité, l'importance et la solennité dont l'administration de la justice se doit d'être imprégnée. Bien sûr, les idéaux restent des idéaux : ils ne peuvent pas toujours se concrétiser, et il nous faut nous plier aux impératifs du pragmatisme lorsque l'idéal devient l'ennemi du bien. Mais nous devrions garder l'idéal en vue en tout temps, faute de quoi, ayant perdu notre point de repère, nous risquerons de nous égarer complètement.

### **Remerciements**

Depuis sa création, il y a une soixantaine d'années, la Société des plaideurs s'est consacrée à la protection et à la promotion du droit des Canadiens d'être entendus au moyen d'une représentation vigoureuse et efficace de leurs droits. Le présent rapport, fruit d'une année de travail, témoigne avec force de cet engagement. J'espère qu'il constituera une ressource précieuse pour tous ceux qui se préoccupent de moderniser notre système judiciaire et de le rendre plus accessible, tout en veillant à préserver les valeurs fondamentales qui ont façonné son héritage.

Au nom du conseil d'administration et des membres de la Société des plaideurs, je tiens à remercier et à exprimer ma sincère gratitude à tous ceux qui ont consacré tant de temps, d'énergie et de talent à ce rapport. Nous remercions tout particulièrement les membres de notre Groupe de travail sur le litige moderne et de notre Groupe consultatif sur le litige moderne.

*Guy J. Pratte, Ad. E, MB*  
*Président de la Société des plaideurs*

## Membres du Groupe de travail sur le litige moderne

Peter J. Osborne, Lenczner Slaght, Président  
Scott C. Hutchison, Henein Hutchison LLP, Vice-président  
Katherine L. Kay, Stikeman Elliott LLP, Vice-présidente  
Brian K. Awad, McInnes Cooper  
Michael Bookman, Babin Bessner Spry LLP  
Robin Clinker, Petrone & Partners  
Andrew Faith, Polley Faith LLP, Co-président,  
sous-comité de Consultation des Intervenants  
Steven G. Frankel, Davies Ward Phillips & Vineberg LLP  
Sheila Gibb, Epstein Cole LLP, Présidente,  
Symposium : *The Right to be Heard*; comité de rédaction  
Kathleen Lickers, MB, Barrister & Solicitor, Co-présidente,  
sous-comité des Perspectives Autochtones  
Doug Mitchell, IMK S.e.n.c.r.l  
Ken McEwan, c.r., McEwan Partners LLP  
Christine Mohr, Ministère de la Justice Canada,  
comité de rédaction  
Anthony Moustacalis, Anthony Moustacalis & Associates

Lillian Ying Pan, c.r., Dentons Canada LLP, Co-présidente,  
sous-comité de Consultation des Intervenants  
Frédéric Plamondon, Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.  
L'honorable Alexander Pless, Cour supérieure du Québec,  
Président, sous-comité Histoire, Littérature et Jurisprudence  
(avant sa nomination à la magistrature)  
Guy J. Pratte, Ad. E., MB, Borden Ladner Gervais LLP  
Owen M. Rees, M.S.M., Ministère de la Justice Canada,  
Président, sous-comité Histoire, Littérature et Jurisprudence  
Alexandra K.W. Shelley, Torys LLP, comité de rédaction  
Chloe Snider, Dentons Canada LLP  
Sapna Thakker, Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb LLP  
William Thompson, Addario Law Group  
Maureen Whelton, Stevenson Whelton LLP, Co-présidente,  
sous-comité des Autres Disciplines et Perspectives  
Adrienne Woodyard, DLA Piper (Canada) LLP, Présidente,  
sous-comité de l'Analyse Juridictionnelle

## Membres du Groupe consultative sur le litige mode

La très honorable Beverley McLachlin, C.P., C.C.  
L'honorable Ian C. Binnie, C.C., c.r., ASM  
L'honorable Thomas A. Cromwell, C.C.  
L'honorable Marie Deschamps, C.C., Ad.E.  
L'honorable Clément Gascon  
L'honorable John C. Major, C.C., c.r.  
L'honorable Marshall E. Rothstein, C.C., c.r.  
L'honorable Eleanore A. Cronk, ASM  
L'honorable Constance Hunt  
L'honorable John J.L. Hunter

L'honorable John I. Laskin  
L'honorable Yves-Marie Morissette  
L'honorable Kathryn Neilson  
L'honorable Dennis O'Connor, O.C., O.Ont., c.r., ASM  
L'honorable Jamie W.S. Saunders  
L'honorable Robert J. Sharpe  
L'honorable Benjamin Zarnett  
Sheila R. Block, MB, ASM  
Gérald R. Tremblay, C.M., O.Q., c.r., Ad.E.

## Traduction

Centre de traduction et de documentation juridiques  
Bernard Amyot, Ad.E., LCM Avocats inc.

Stéphanie Dion, Ministère de la Justice Canada  
Frédéric Plamondon, Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.

## Personnel de La Société des plaideurs

Suzanne Amiel, Avocate en politique  
Annie Chu, Avocate bilingue du développement professionnel  
Lara Ellery, Coordinatrice bilingue des programmes  
Miriam Kalin, Avocate en politique

Dave Mollica, Directeur des politiques et du  
développement professionnel  
Vicki White, Chef de la direction  
Lisa-Marie Williams, Avocate en politique

## Sommaire

Le Groupe de travail sur le litige moderne (GTLM) de La Société des plaideurs (SDP) a été mis sur pied pour examiner et envisager l'avenir de la plaidoirie orale dans le système judiciaire canadien, et cela avant la pandémie de SRAS-CoV-2 (COVID).

En mars 2020, la pandémie de la COVID-19 est devenue une réalité au Canada. Des changements radicaux ont été apportés au système judiciaire canadien presque du jour au lendemain, mettant à l'épreuve la souplesse des tribunaux et la capacité d'adaptation d'une profession qui, avant la pandémie, était encore largement tributaire des livres, des stylos et du papier. Les tribunaux se sont empressés de numériser les pratiques de dépôt et de traitement des documents, et les juges, les parties et les avocats se sont adaptés aux audiences vidéo, dans le cadre de cette « nouvelle normalité ».

Conscient de la nécessité de ne jamais rater une occasion de tirer les enseignements d'une crise, le Groupe de travail s'est penché sur l'examen des adaptations rendues nécessaires par la pandémie et a évalué leurs répercussions d'un œil critique. Le Groupe de travail s'est intéressé à des questions importantes relativement à l'avenir de la plaidoirie au Canada. Quelles sont la tradition et l'histoire qui sous-tendent le droit d'être entendu? Quelles sont les raisons qui justifient l'existence et la préservation du rôle de la plaidoirie orale? Quelles adaptations imposées par la COVID-19 devrions-nous maintenir lorsque la pandémie sera derrière nous? Quels sont les principes fondamentaux qui devraient guider l'examen du mode d'audience et comment peuvent-ils être réalisés dans un contexte où les ressources sont limitées et où les voix sont de plus en plus fortes appelant à éliminer les obstacles à l'accès à la justice?

Les travaux du Groupe de travail se sont déroulés sur plusieurs mois, explorant, dans la mesure où le temps et les ressources le permettaient, tous les aspects de la question, depuis les origines de la plaidoirie orale devant les tribunaux de la Grèce antique jusqu'au risque que des trolls n'infiltrent des audiences vidéo.

Le présent rapport, intitulé « Le droit d'être entendu : L'avenir de la plaidoirie orale au Canada », commence par un examen de l'histoire et des origines culturelles de l'oralité sous les lentilles de la *common law*, du droit civil et des traditions autochtones, lequel est suivi d'un examen des perspectives apportées par d'autres disciplines comme la psychologie et l'éducation afin de considérer comment les gens apprennent et assimilent une information, puis l'examen d'une étude effectuée afin d'examiner les résultats en cas d'audiences par vidéo et autres modes. Le rapport passe ensuite à une étude sur les approches adoptées quant aux modes d'audience à travers le Canada ainsi que dans certaines autres juridictions. Cette partie se termine par une consolidation des commentaires reçus de centaines d'intervenants de partout au Canada, allant des juges de toutes les juridictions aux avocats de tous les domaines de pratique, en passant par les groupes de défense des droits et



autres participants du système de justice, le tout dans le but de comprendre ce qui fonctionne et ce qui ne fonctionne pas, quels sont les défis et comment les relever à l'avenir.

La dernière partie du rapport du Groupe de travail offre une synthèse de l'ensemble des enseignements tirés et des contributions recensées et présente les observations clés ainsi que les quatre principes fondamentaux qui sous-tendent les recommandations du Groupe de travail en ce qui a trait au choix du mode d'audience pour des types particuliers d'instances :

1. le principe de la publicité des débats judiciaires;
2. l'impératif de l'accès à la justice;
3. l'intégrité du processus judiciaire; et
4. le principe de la proportionnalité.

S'inspirant de ces principes, la dernière partie du rapport présente la recommandation du Groupe de travail quant à un plan-cadre. Le plan-cadre offre des orientations générales concernant les facteurs que les parties, les plaideurs et les tribunaux devraient prendre en considération en ce qui concerne le choix du mode d'audience pour une instance particulière, lequel peut être adapté en fonction des règles de procédure ou de pratique des tribunaux.

La ligne directrice générale recommandée dans le plan-cadre du GTLM veut que les tribunaux et les plaideurs adoptent l'efficacité et la souplesse qu'offrent les audiences vidéo pour traiter les questions administratives de routine et les audiences non contestées, et que les affaires de consentement soient traitées par écrit. Lorsque l'affaire met en cause une étape importante de la procédure (ce que le plan-cadre définit), la ligne directrice générale recommandée est celle d'une audience orale, en personne. Il est possible de s'écarter des lignes directrices générales en se basant sur les principes de proportionnalité, d'équité et d'efficacité, et une liste de facteurs essentiels additionnels est proposée pour que les parties et le tribunal en tiennent compte. Le processus de détermination du mode d'audience se veut efficace et bref, et on prévoit que les parties, les avocats et les tribunaux s'adapteront avec l'expérience acquise ainsi qu'avec l'évolution de la jurisprudence.

Tout au long de ses travaux, le Groupe de travail a été frappé par les commentaires qu'il a reçus des intervenants sur les défis auxquels le système judiciaire est confronté et qui vont bien au-delà du rôle de la plaidoirie orale et du mandat du Groupe de travail. La plaidoirie orale n'est qu'un élément – certes important – parmi d'autres du système judiciaire. Cet examen du rôle à donner à la plaidoirie orale après la pandémie ne permet pas et ne saurait avoir pour prétention de résoudre les problèmes d'accès à la justice et le manque de ressources adéquates pour soutenir le système judiciaire.

Néanmoins, la rétroaction reçue des intervenants a amené le GTLM à conclure le rapport en

formulant certaines recommandations concernant les autres mesures à prendre en ce qui a trait à l'administration de la justice au Canada, y compris le développement et le maintien de systèmes de dépôts électroniques accessibles au public; l'allocation de ressources plus importantes au système judiciaire, notamment par le biais d'investissements dans la technologie et d'un financement accru de l'aide juridique; la nécessité d'évaluer et d'envisager d'autres modes de règlement des différends, notamment en évaluant la qualité relative des résultats obtenus grâce à divers modes alternatifs de règlement des différends, et la nécessité d'évaluer de façon quantitative les fardeaux qui pèsent sur le système judiciaire afin de mieux comprendre les changements attendus depuis longtemps et qui devraient être mis en œuvre.

L'intérêt pour les travaux du Groupe de travail et la passion manifestée par les participants ont été une source d'inspiration. Qu'il s'agisse des membres du Groupe de travail, du groupe consultatif composé d'éminents juristes et avocats, anciens et actuels, ou des centaines de plaideurs et d'autres personnes qui ont pris le temps d'assister au symposium de lancement, de participer à des entrevues, de répondre à des sondages, et d'assister à des assemblées publiques et à d'autres réunions de groupe organisées dans tout le pays, le Groupe de travail a profité d'une participation et d'une rétroaction sans précédent.

Comme le conclut le rapport, l'administration de la justice constitue une composante fondamentale des valeurs canadiennes. Les personnes qui participent au système judiciaire canadien s'y intéressent profondément et sont désireuses de contribuer à le renforcer par des moyens significatifs. Le Groupe de travail et La Société des plaideurs se joignent à l'appel lancé pour mobiliser le soutien du gouvernement et du public en faveur d'une étude et d'un examen engagés, ciblés et opportuns des enjeux auxquels le système judiciaire canadien fait face.

## **Partie I –**

### **Le Groupe de travail sur le litige moderne : Genèse, mandat et objectifs**

#### **I.1 La Société des plaideurs**

La Société des plaideurs est le porte-parole officiel des plaideurs au sein du système de justice canadien. Elle a pour tradition de protéger et de défendre la primauté du droit, un pouvoir judiciaire fort et indépendant, et un système de justice équitable et accessible dont les Canadiens peuvent être fiers.

## I.2 La genèse et la raison d'être du Groupe de travail sur le litige moderne

La genèse du Groupe de travail sur le litige moderne et du présent rapport précède l'apparition de la pandémie de la COVID-19. Tel qu'il a été décrit, l'objectif du Groupe de travail était d'évaluer si le rôle traditionnel de la plaidoirie orale en personne dans le règlement des différends entre les citoyens, ou entre les citoyens et l'État, devait continuer. Certains considéraient de plus en plus que la plaidoirie orale était inutilement contraignante, inefficace et chronophage, du moins dans la mesure où elle était requise pour pratiquement toutes les affaires portées devant les tribunaux, qu'elles soient procédurales ou substantives. D'aucuns pensaient que ce recours inconsideré à la plaidoirie en personne exacerbait les problèmes persistants d'accès à la justice qui ont continué à miner le système judiciaire.

Lorsque la pandémie a frappé le Canada au début de l'année 2020 et que la distanciation physique et d'autres restrictions ont été imposées, on ne savait pas très bien si le système judiciaire pouvait continuer à fonctionner, ni comment. Pourtant, avec une rapidité surprenante, les participants au système judiciaire se sont mis à utiliser la technologie vidéo récemment améliorée et ont été en mesure de mener des interrogatoires préalables, des audiences, des procès et des appels de manière assez efficace dans de nombreux cas, pour autant que les parties et leurs avocats aient effectivement pu avoir accès à la technologie requise.

Suite à cette découverte – qui a d'ailleurs été une découverte pour bien des gens – certains acteurs du système judiciaire se sont empressés de conclure que cette technologie pourrait être *la* solution aux problèmes d'accès à la justice, qui existent depuis longtemps et qui sont tenaces. Les avocats n'auraient plus à se déplacer pour se rendre au tribunal, les témoins pourraient simplement témoigner de chez eux, et même les juges pourraient tenir des audiences sans se rendre au tribunal. Par conséquent, ont conclu ces observateurs, les coûts seraient considérablement réduits.

Au fur et à mesure que le Groupe de travail menait ses recherches et ses consultations nationales auprès des intervenants concernant le rôle de la plaidoirie orale, il est devenu évident que les adaptations du système de justice rendues nécessaires par la pandémie avaient mis en évidence les obstacles persistants et considérables à l'accès à la justice dans ce pays. Bien que les juges, les avocats et les autres participants du système judiciaire expriment fréquemment des préoccupations concernant l'accès à la justice, celles-ci n'ont pas suscité un intérêt public suffisant pour susciter une véritable action politique et l'engagement des ressources publiques nécessaires. Le financement du système de justice fait rarement la une des journaux et retient bien peu l'attention des politiciens, et les crédits alloués à la justice dans les budgets des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ont stagné ou diminué à mesure que d'autres priorités préoccupaient de plus en plus le public et les élus.

Le présent rapport examine le rôle de la plaidoirie orale en personne dans un système de justice « moderne ». Cependant, le rôle de la plaidoirie orale dans le système de justice ca-

nadien, bien qu'il soit indiscutablement lié aux questions d'accès à la justice, ne devrait pas être assimilé à un examen de ces questions ni à une recette pour les résoudre. Le mandat du Groupe de travail ne concerne qu'un élément du casse-tête de l'accès à la justice, bien qu'il s'agisse d'un élément crucial : la plaidoirie orale (c'est-à-dire la possibilité de présenter sa cause – preuve et arguments – devant un juge dans un contexte de tribunal ouvert et public) a-t-elle encore sa place dans le système de justice canadien? Peut-elle être remplacée, si ce n'est entièrement, alors du moins de manière significative, par l'argumentation écrite uniquement et, si oui, dans quels cas? Les conférences de gestion nécessitent-elles vraiment une présence en personne? La plaidoirie orale par vidéo peut-elle remplacer adéquatement les audiences en personne? La technologie vidéo a-t-elle atteint un tel niveau de perfection que les audiences en personne n'ajoutent aucune valeur significative à la prestation d'une justice de qualité, de sorte que ces audiences devraient être complètement éliminées et les salles d'audience fermées, ou au mieux réservées à des occasions exceptionnelles et rares?

Le Groupe de travail a posé ces questions et bien d'autres aux centaines de personnes qui ont été consultées et qui ont contribué à ses travaux. Comme le reflètent les recommandations du Groupe de travail qui traitent de la question principale de savoir quel mode « d'audition » (sur dossier, en personne, par téléphone, par vidéo ou hybride) est justifié dans des circonstances particulières, le Groupe de travail a conclu que les audiences portant sur des questions de procédure ou de gestion de l'instance se prêtent à des alternatives aux audiences en personne, et que les affaires de consentement (en l'absence d'un intérêt public impérieux) devraient être traitées sur dossier ou par une autre alternative aux audiences en personne.

Le Groupe de travail a également conclu que lorsque les questions dont le tribunal est saisi constituent des étapes importantes d'une instance judiciaire, les audiences en personne demeurent le mode préférable pour rendre la justice. L'idéal pour un accès significatif à la justice est atteint lorsque les parties peuvent voir et entendre leurs juges – et peuvent être vues et entendues par ces juges – dans une salle d'audience physique réelle. Le principe de la proportionnalité reconnaît que l'idéal ne convient pas à toutes les affaires, notamment en raison de la réalité des ressources limitées. Lorsque, par exemple, des obstacles pratiques (tels que la distance, les coûts ou un handicap) empêchent un accès raisonnable à la salle d'audience, les avantages d'une audience orale par vidéo peuvent l'emporter sur les inconvénients.

Cependant, le Groupe de travail a entendu, de façon répétée et constante, que pour les questions de fond, l'idéal d'une audience en personne doit être préservé et vaut la peine d'être défendu. Le Groupe de travail reconnaît que cette approche peut être critiquée comme étant un vœu pieux conçu par un groupe de plaideurs intéressés. Au contraire, les recommandations du Groupe de travail sont le fruit d'une année de travail, résumées dans le présent rapport, qui est considéré comme représentant l'analyse et la consultation les plus approfondies et les plus larges jamais entreprises sur le rôle et la place de la plaidoirie orale dans le système de justice canadien.

### I.3 Le mandat et le fonctionnement du Groupe de travail sur le litige moderne

Le conseil d'administration de La Société des plaideurs a approuvé la formation du GTLM en mai 2020, en lui confiant le mandat suivant :

1. entreprendre un examen complet des circonstances dans lesquelles la plaidoirie orale en personne est actuellement utilisée comme moyen de résolution des différends devant les tribunaux civils et criminels du Canada;
2. examiner, dans la mesure du possible, comment et quand la plaidoirie orale en personne est utilisée dans d'autres pays aux fins du règlement des différends;
3. émettre des recommandations concernant les aspects des processus de règlement des différends pour lesquels d'autres moyens de communication pourraient être utilisés, afin d'améliorer l'accès à la justice et l'efficacité, sans sacrifier la qualité et l'acceptabilité des décisions civiles et criminelles au Canada;
4. identifier les aspects du règlement des différends civils et criminels pour lesquels la plaidoirie orale en personne devrait être préservée comme étant essentielle au processus décisionnel judiciaire, et fournir une justification appropriée pour s'assurer que ces aspects du processus restent ouverts aux parties.

Le Groupe de travail est composé d'un groupe national de membres du conseil d'administration de La Société des plaideurs, du comité permanent 10+<sup>1</sup> et du comité permanent des jeunes plaideurs<sup>2</sup>, ayant une expertise dans tous les domaines du droit. Ils ont reçu l'aide d'une formation consultative composée de juristes et d'avocats chevronnés parmi les plus respectés de notre pays, dont d'anciens juges de la Cour suprême du Canada et des juges actuels et anciens de cours d'appel provinciales.

Compte tenu de la portée ambitieuse de ses travaux, le Groupe de travail a été divisé en cinq sous-comités, chacun ayant pour mandat de fournir des contributions et des données précises :

1. Le sous-comité Histoire, Littérature et Jurisprudence a révisé l'histoire du droit, la littérature et la jurisprudence afin de discerner les origines et le développement de l'audience orale. Il a analysé les décisions judiciaires importantes afin d'examiner la nature et la portée du « droit » à une audience orale et les raisons politiques qui le sous-tendent;
2. Le sous-comité des Perspectives Autochtones a révisé la riche histoire de l'apprentissage oral et des récits au sein des communautés autochtones, y compris la manière dont l'oralité contribue à la résolution des conflits. Les principes de réconciliation exigent que le système judiciaire tienne compte des traditions des Premières Nations du

Canada, et ces traditions enrichissent notre réflexion sur le rôle de la plaidoirie orale dans l'administration de la justice aujourd'hui;

3. Le sous-comité des Autres Disciplines et Perspectives est allé au-delà du droit, en s'appuyant sur la littérature dans les domaines de la psychologie et de l'éducation afin de comprendre comment les gens apprennent et sont persuadés. Le sous-comité a également révisé la recherche internationale dans le domaine juridique concernant l'impact des différents modes d'audience sur les décisions rendues;
4. Le sous-comité de l'Analyse Juridictionnelle a examiné la façon dont sont menées les instances judiciaires dans les ressorts canadiens et dans certains ressorts internationaux, en mettant l'accent sur les circonstances dans lesquelles le droit d'être entendu comprend le droit à une audience orale;
5. Le sous-comité de Consultation des Intervenants a consulté les intervenants du système de justice des quatre coins du Canada, y compris les avocats de tous les domaines et de tous les ressorts, la magistrature à tous les niveaux d'instance, les organismes-cadres et autres, par le truchement d'entrevues personnelles, de sondages, de groupes de discussion et de séances de discussion ouverte.

#### **I.4 Le symposium sur la plaidoirie moderne**

Lors de la création du Groupe de travail, le conseil d'administration de La Société des plaidoiriers a également demandé que soit organisé un événement spécial axé sur l'avenir de la plaidoirie orale. Le 29 septembre 2020, le Groupe de travail a organisé un symposium virtuel intitulé *The Right to be Heard : The Future of Advocacy in Post-Pandemic Canada* (Le droit d'être entendu : L'avenir de la plaidoirie dans le Canada post-pandémique).

Le symposium comprenait des présentations, des débats d'experts et des contributions de leaders d'opinion de l'ensemble du Canada, du Royaume-Uni et des États-Unis, communiquant des perspectives différentes de diverses disciplines, notamment le droit, l'éducation, la psychologie, les traditions autochtones et la littérature.

Les sujets qui ont été abordés dans le cadre du symposium par les présentateurs de partout au Canada et d'ailleurs sont les suivants :

- une étude empirique de l'impact de la plaidoirie orale aux États-Unis, où certaines de ces données ont été recueillies et analysées;
- la tradition orale dans la justice autochtone au Canada;

- les répercussions des audiences à distance sur l'accès à la justice;
- les éléments de psychologie humaine et les répercussions sur les audiences en direct par rapport aux audiences sur dossier;
- les perspectives des magistrats qui président les diverses audiences.

L'objectif de réunir ces leaders d'opinion au symposium était d'alimenter une discussion éclairée sur ce que signifie le droit d'être entendu selon différents points de vue, perspectives et histoires, et de déterminer si et pourquoi une audience orale est importante pour l'administration de la justice au Canada.

Environ 600 participants ont assisté au symposium et se sont engagés dans une réflexion et un débat approfondis. Les participants ont également pris part à un sondage interactif visant à recueillir des opinions sur des sujets tels que les répercussions des arguments oraux sur l'issue des audiences, l'importance de l'efficacité en tant que valeur pour le système de justice, et les facteurs les plus importants pour évaluer le rôle de la plaidoirie orale dans un système de justice moderne.

Les thèmes qui ont émergé du symposium ont été repris dans le travail entrepris par le Groupe de travail pendant de nombreux mois : de l'examen des fondements historiques et jurisprudentiels de la plaidoirie orale et des traditions orales à la recherche dans les domaines de la psychologie, de l'éducation et du droit, en passant par l'examen des modes d'audience au Canada et dans d'autres ressorts sélectionnés, jusqu'au vaste processus de consultation des intervenants. Le symposium a été un excellent coup d'envoi pour les travaux du Groupe de travail, et ses leçons sont prises en considération dans les recommandations énoncées dans la partie IV du présent rapport.

L'ordre du jour du symposium, les résultats du sondage, ainsi qu'un lien vers les documents du symposium et la webdiffusion archivée de l'événement, sont joints à l'annexe A.

## **I.5 La structure du présent rapport**

Le présent rapport est divisé en quatre parties. La partie I (celle-ci) décrit la genèse, le mandat et l'organisation du Groupe de travail et du présent rapport.

La partie II, qui comporte deux sous-parties principales, fait le point sur le passé. La première sous-partie de la partie II examine les fondements de la plaidoirie orale dans l'histoire et la jurisprudence, y compris les origines anglo-canadiennes et la tradition civile dans la province du Québec. La seconde sous-partie de la partie II examine les perspectives et les traditions orales autochtones. L'oralité est un élément essentiel de l'administration de la justice dans ce pays depuis des centaines d'années; elle joue également un rôle central

dans les traditions autochtones.

La partie III, qui comporte trois sous-parties principales, s'éloigne du passé, se penche sur le présent et se tourne vers l'avenir. La première sous-partie de la partie III traite de l'apprentissage et de la persuasion en s'appuyant sur d'autres disciplines et en examinant les recherches menées dans le domaine juridique sur les modes d'audience et les jugements rendus. La deuxième sous-partie de la partie III examine les modes d'audience pratiqués dans divers types d'instances judiciaires dans les tribunaux du Canada et dans certains autres ressorts. La dernière sous-partie de la partie III tente de résumer les thèmes qui ont émergé des commentaires reçus d'un large éventail d'intervenants à travers le Canada, qui ont si généreusement donné de leur temps et de leurs idées pour soutenir le travail du Groupe de travail. L'objectif de la consultation des intervenants était d'examiner, à la lumière de l'expérience des restrictions imposées par la pandémie, ce qui devrait demeurer des caractéristiques permanentes pour la conduite des procédures judiciaires au Canada.

La partie IV représente la tentative du Groupe de travail de définir la voie à suivre en ce qui concerne le rôle de la plaidoirie orale dans le système de justice canadien. La première sous-partie de la partie IV résume les leçons tirées de toutes les parties précédentes du rapport, en notant les observations clés et les quatre principes fondamentaux : le principe de la publicité des débats judiciaires, l'impératif de l'accès à la justice, l'intégrité du processus judiciaire, et le principe de la proportionnalité, qui ont tous inspiré les recommandations du Groupe de travail.

La deuxième sous-partie de la partie IV est une recommandation du Groupe de travail pour un plan-cadre concernant la détermination du mode d'audition pour les différents types de procédures et de questions que les tribunaux sont appelés à trancher, depuis l'introduction d'une instance jusqu'à sa résolution finale.

Nous espérons que le résumé des observations clés, les principes de base et le plan-cadre constitueront une base de réflexion pour les avocats, les tribunaux et les procureurs généraux, ainsi que pour les organismes chargés de rédiger et de revoir les règles de procédure applicables aux tribunaux civils et criminels, lorsqu'ils devront prendre une décision sur le mode d'audition pour des instances particulières. Enfin, dans la troisième sous-partie de la partie IV, le Groupe de travail formule des recommandations qui découlent de ses travaux, mais qui vont au-delà du mandat du Groupe de travail afin de suggérer des pistes additionnelles de réflexion et d'action concernant le système de justice canadien.

## **1.6 Un appel à l'action plus large**

Bien que cela dépasse la portée de son mandat initial, le Groupe de travail espère que le présent rapport sera reçu non seulement comme une tentative de souligner le rôle



crucial que la plaidoirie orale devrait continuer à jouer dans un système de justice moderne, mais aussi comme un cri du cœur pour mobiliser les avocats, les juges, les responsables de l'administration du système de justice, les gouvernements et le public afin qu'ils consacrent le soin, l'attention et les efforts nécessaires pour examiner réellement tous les aspects du système judiciaire actuel qui doivent être abordés afin de s'attaquer véritablement à sa modernisation qui tarde à venir. Bien que le présent rapport ne prétende pas avoir abordé ou proposé des solutions pour la myriade de défis auxquels le système de justice canadien fait face, le Groupe de travail se fait l'écho de l'appel pressant pour que ce travail soit fait.

## **Partie II – Les origines de la plaidoirie orale**

### **II.1 Les fondements de la plaidoirie orale tels qu'ils ressortent de l'histoire et de la jurisprudence**

#### **Vue d'ensemble**

Pour envisager l'avenir de la plaidoirie orale, il faut d'abord revenir sur ses origines et examiner son importance dans les systèmes juridiques autochtone<sup>3</sup>, de common law et de droit civil.

La présente partie offre d'abord une vue d'ensemble des fondements historiques de la plaidoirie orale et retrace son évolution dans la common law anglaise et le droit civil québécois, avant d'examiner la jurisprudence relative aux droits procéduraux des parties de défendre leur point de vue lors d'audiences orales. Il sera ensuite question de revenir sur la justification historique du rôle de la plaidoirie orale dans la façon dont les différends juridiques sont résolus aujourd'hui.

Bien que les raisons pour lesquelles les tribunaux canadiens continuent de se fier à la plaidoirie orale soient multiples, complexes et le fruit de notre histoire singulière, la tradition de la plaidoirie orale et, ultimement, la confiance du public dans l'administration de la justice, persistent en grande partie en raison du principe selon lequel la justice doit être vue pour être rendue.

### Les origines de la plaidoirie orale

La tradition de la plaidoirie orale dans la common law anglaise remonte à plus de deux mille ans, au temps des anciennes civilisations méditerranéennes<sup>4</sup>. On dit que la révision en appel est née en Grèce, où il existait un droit d'appel des décisions du magistrat d'Athènes<sup>5</sup>.

Aristote et Cicéron ont mis l'accent sur la plaidoirie orale comme outil de persuasion d'un auditoire<sup>6</sup>. Dans son ouvrage classique, *Rhétorique*, Aristote décrit trois modes de persuasion : le *logos*, le *pathos* et *l'ethos*<sup>7</sup> : le *logos* vise à interpeller l'auditeur en faisant appel à la logique et à la raison, le *pathos* fait appel aux émotions de l'auditeur et *l'ethos* vise à persuader l'auditoire par la crédibilité<sup>8</sup>. Cicéron et Quintilien<sup>9</sup> ont développé ces concepts, notant que le but de ces modes de persuasion était de se rapprocher des juges et des jurés et de les manipuler<sup>10</sup>.

Toute réflexion relative aux travaux d'Aristote et de Cicéron sur la question de la plaidoirie orale exige une référence au *Gorgias* de Platon, le célèbre dialogue sur la rhétorique du philosophe. Sa critique de la rhétorique vide, et sa présentation de la question où la cosmétique, la cuisine, la rhétorique et la sophistique à titre d'exercices de simulations, respectivement, des arts de la gymnastique, de la médecine, de la justice et de la législation, restent d'actualité. Platon suggère que la rhétorique est la persuasion et qu'elle permet de persuader [TRADUCTION] « les juges, les membres de l'assemblée et d'autres personnes qui ont à traiter des questions gouvernementales » et établit un lien intime entre la rhétorique et la persuasion. (Voir *Gorgias, Polus and Socrates on Rhetoric in Plato's Gorgias*, document présenté lors de la 47<sup>e</sup> réunion annuelle du Linguistic Circle of Manitoba and North Dakota, Daniel Erickson Dept. of Modern & Classical Languages and Literatures, University of North Dakota, 2005).

Il est instructif de considérer la manière dont ces enseignements ont été mis en pratique dans les tribunaux antiques. Après un changement de leadership dans la Grèce antique, on est passé de tribunaux exclusivement composés de magistrats à de grands jurys composés de centaines de citoyens athéniens, et à des [TRADUCTION] « démonstrations oratoires brillantes » et des [TRADUCTION] « représentations dramatiques exaltantes » de la part des avocats pour persuader et divertir les jurys<sup>11</sup>. Plutôt que de s'appuyer sur la raison, les avocats faisaient appel à la [TRADUCTION] « mentalité extrêmement émotionnelle de la population athénienne.<sup>12</sup> » L'issue d'une affaire dépendait de la personnalité, du sens du spectacle et de l'habileté rhétorique. Le langage coloré suscitait des réactions de la part des grandes foules, éveillant des sentiments en faveur de l'une ou l'autre partie<sup>13</sup>. L'impact de ces manifestations était intimement lié au fait qu'elles se déroulaient oralement : [TRADUCTION] « rien ne pouvait servir l'intérêt du justiciable ou du défendeur aussi bien qu'un

discours prononcé en personne.<sup>14</sup> »

Si un tel comportement est généralement incompatible avec les normes éthiques de la profession juridique moderne, il est néanmoins instructif de se pencher sur les débuts de la plaidoirie orale, lorsqu'elle se présentait sous la forme de théâtre.

## **L'évolution de la plaidoirie orale en common law anglaise et dans les systèmes canadiens de common law et de droit civil**

### **L'évolution de la common law**

À travers l'histoire de la culture occidentale, [TRADUCTION] « la parole demeurait la méthode de communication privilégiée.<sup>15</sup> » Aux débuts de la common law, la plaidoirie orale a été rendue nécessaire par le fait que le niveau d'alphabétisation était relativement faible<sup>16</sup>. Les origines des procédures orales peuvent également être rattachées à l'évolution du processus judiciaire anglais<sup>17</sup> et, en particulier, aux procédures civiles et pénales contradictoires.

En effet, l'importance des audiences orales découle des [TRADUCTION] « principes fondamentaux de la procédure judiciaire importés d'Angleterre, notamment le procès par jury et le droit de contre-interroger tous les témoins dont le témoignage constitue la base sur laquelle repose la décision.<sup>18</sup> » Cette tradition juridique anglaise a influencé d'autres pays de common law et est devenue la méthode traditionnelle pour plaider dans ces ressorts<sup>19</sup>. Cela s'applique à l'Ontario et aux autres provinces et aux territoires de common law au Canada. Les origines de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, par exemple, remontent aux années 1790. À cette époque, le système juridique en place dans ce qui était alors le Haut-Canada était fondé sur la common law anglaise et modelé sur le système juridique anglais<sup>20</sup>.

L'une des principales caractéristiques du procès anglo-canadien d'aujourd'hui est que l'on confie aux [TRADUCTION] « avocats-partisans la responsabilité de recueillir, de sélectionner, de présenter et d'approfondir la preuve.<sup>21</sup> » Le tribunal choisit ensuite entre deux versions contradictoires présentées par les avocats. Contrairement au système inquisitoire qui prévaut dans certains pays continentaux, comme la France, la cour de première instance n'enquête généralement pas de son propre chef. Bien que les procès criminels et civils se soient développés selon un modèle différent de celui qui existait en Angleterre, ces procédures contradictoires ont adopté une formule commune à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle.

Il existe également des différences historiques concernant le droit des avocats de comparaître devant les tribunaux anglais et canadiens; toutefois, le droit d'être entendu prévu par la loi persiste dans les deux systèmes. Les éléments communs du procès contradictoire et du droit d'être entendu prévu par la loi continuent d'être à la base du système juridique actuel.

## ***Le procès civil contradictoire***

On sait peu de choses sur les procès civils anglais avant le XIX<sup>e</sup> siècle. On sait cependant que le modèle contradictoire est issu des tribunaux civils. Les avocats ont joué un rôle central dans les instances civiles plus tôt que dans les instances pénales, et les parties retenaient couramment les services d'un avocat en matière civile pour orienter le litige à leur avantage<sup>22</sup>.

Alors que les affaires pénales étaient axées sur les procès, on évitait les procès en matière civile en mettant l'accent sur les actes de procédure. La procédure civile organisait les affaires selon qu'elles portaient sur un point de droit qu'un juge pouvait résoudre ou que, à l'inverse, elles portaient sur les faits et étaient soumises à un jury. La pratique médiévale de la plaidoirie a commencé au tribunal, où le demandeur, comparissant en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat, énonçait la plainte. Le but de la plaidoirie était de donner plus d'ampleur à l'acte de procédure et d'énoncer les détails de la cause de l'action. Le défendeur était ensuite appelé à la cour pour accepter ou réfuter les faits allégués par le demandeur. Les plaidoiries étaient provisoires jusqu'à ce que le greffier du tribunal les inscrive sur les rôles et que les rôles soient remis à la fin de la session du tribunal. Les questions de droit hypothétiques découlaient de la plaidoirie provisoire avant le procès; les faits pouvaient être jugés plus tard. Les juges ne rendaient pas de décisions motivées. Ils agissaient plutôt comme des arbitres<sup>23</sup>.

Les réformes des XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles ont introduit les argumentations écrites, ce qui a marqué le début du litige civil tel qu'on le connaît aujourd'hui. Au XVI<sup>e</sup> siècle, les juges ont commencé à prendre des décisions de droit faisant autorité, fondées sur des faits établis ou admis. La pratique des plaidoiries, cependant, est devenue de plus en plus spécialisée et opaque, de sorte que les subtilités des plaidoiries sont devenues le point central de la pratique civile<sup>24</sup>.

Pour résoudre ces problèmes, la procédure civile en Angleterre a été simplifiée au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>25</sup>. Le changement le plus important fut l'adoption, en 1873-75, des *Judicature Acts* (Royaume-Uni), qui ont introduit le système moderne de plaidoirie orale qui nous est familier aujourd'hui<sup>26</sup>. Par suite de ces réformes, les plaidoiries orales se sont concentrées sur le fond plutôt que sur la forme.

Historiquement, les parties à une action civile n'étaient pas autorisées à témoigner en raison de leur intérêt dans l'affaire<sup>27</sup>. Cette règle visait à la fois à éviter que les parties ne se parjurent et à empêcher la réception de preuves entachées. La règle avait pour effet de donner un poids déterminant aux documents, et les différends qui portaient sur ces documents pouvaient être résolus à l'amiable<sup>28</sup>. La loi anglaise a été modifiée en 1843 pour permettre aux personnes intéressées de témoigner<sup>29</sup>, mais ce n'est qu'en 1851 que la législation anglaise a été modifiée pour permettre aux parties elles-mêmes de témoigner<sup>30</sup>. Une évolution similaire s'est produite au Canada, où les parties à une action civile étaient soumises à une incapacité similaire jusqu'à ce que cette règle soit réformée par la loi<sup>31</sup>.

L'apparition de l'avocat pour représenter les parties en matière civile a suivi de près l'apparition des juges professionnels au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>32</sup>. Dès cette époque, les instances civiles se déroulaient selon le modèle contradictoire : les avocats partisans rassemblaient, sélectionnaient et présentaient la preuve au nom de leurs clients, et la cour choisissait entre deux versions différentes.

### ***Le procès pénal contradictoire***<sup>33</sup>

Les principaux éléments du procès pénal contradictoire moderne sont apparus entre 1690 et 1790 pour les crimes graves<sup>34</sup>. Avant cette époque, à la fin du Moyen Âge, le procès pénal en Angleterre prenait la forme d'une altercation, un procès non structuré entre l'accusateur et l'accusé, avec la participation des témoins, devant un jury de douze hommes de la région<sup>35</sup>. Les jurés intervenaient souvent pour poser des questions ou faire des commentaires<sup>36</sup>. Le principal objectif d'un procès était de donner à l'accusé l'occasion de répondre aux accusations et aux éléments de preuve qui pesaient contre lui. De la fin du XVI<sup>e</sup> siècle jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, les accusés parlaient pour eux-mêmes, mais il leur était interdit de témoigner sous serment. Par conséquent, même si les accusés pouvaient servir de source d'information lors du procès, ils ne parlaient pas sous serment. Cette règle n'a été abandonnée en Angleterre qu'en 1898<sup>37</sup>. Le Canada a autorisé les accusés à témoigner sous serment pour leur propre défense en 1893<sup>38</sup>.

Les avocats pouvaient agir pour le compte de la poursuite, mais ils étaient rarement engagés, sauf dans les cas de trahison présumée. On empêchait les avocats de représenter l'accusé devant la cour, une règle conçue pour inciter l'accusé à parler pour sa propre défense. Au cours de cette période, le refus d'accorder l'assistance d'un avocat à l'accusé était considéré comme un avantage : un accusé faussement accusé établirait son innocence grâce à la [TRADUCTION] « simplicité et à l'innocence » de son témoignage, tandis que le coupable s'incriminerait lui-même en révélant la vérité. On pensait que l'avocat de la défense entraverait cette fonction de recherche de la vérité<sup>39</sup> et prolongerait les procès<sup>40</sup>.

La confiance dans la fonction de recherche de la vérité du procès pénal, notamment en ce que l'on tente de faire parler l'accusé, a été sapée par les procès pour trahison des derniers Stuart. Après la restauration de la monarchie des Stuart après l'Interrègne (1649-1660), l'Angleterre a connu une grande instabilité politique. Charles II a dissout le Parlement en 1681. Lui et son successeur, Jacques II, utilisaient les tribunaux pour poursuivre les auteurs de crimes politiques. Entre 1678 et 1685, une série de grands procès pour trahison ont eu lieu, par suite du complot papiste (1678)<sup>41</sup>, du complot de Rye House (1683)<sup>42</sup> et de la rébellion de Monmouth (1685)<sup>43</sup>.

L'iniquité des procès pour trahison a suscité des pressions en faveur d'une réforme. Les procès souffraient d'un certain nombre de défaillances : partialité judiciaire en faveur de la poursuite, restrictions imposées à l'accusé dans le cadre de sa préparation du procès,

et refus d'accorder l'assistance d'un avocat à l'accusé<sup>44</sup>. Après la Glorieuse Révolution, les préoccupations relatives à ces défaillances ont conduit à l'adoption de la *Treason Trials Act of 1696*<sup>45</sup> et de l'*Act of Settlement of 1701*.

Le préambule de la loi de 1696 reflète la préoccupation que l'accusé puisse être innocent et le principe de l'égalité des moyens auxquels peuvent avoir recours l'accusé et la poursuite. Comme le fait remarquer Langbein, [TRADUCTION] « l'instrument choisi par la loi pour atteindre cette égalité était l'avocat de la défense, renforcé par d'autres changements dans la procédure du procès.<sup>46</sup> » Il s'agissait notamment de la divulgation de l'acte d'accusation, de l'assistance d'un avocat et d'un conseiller juridique dans la phase préliminaire, de l'avocat au procès et du droit de l'accusé de citer des témoins. La loi de 1696 n'a pas modifié la règle selon laquelle les accusés ne pouvaient pas témoigner sous serment pour leur défense<sup>47</sup>.

Dans les années 1730, les avocats étaient de plus en plus engagés dans les poursuites pour les délits graves : des avocats pour la préparation de l'affaire avant le procès et des avocats de pour la poursuite au procès. En raison du système de récompense pour les crimes graves, des « voleurs » privés à but lucratif étaient apparus pour enquêter sur les crimes, et appréhender et poursuivre les délinquants présumés<sup>48</sup>. Les procureurs pour la poursuite ont également commencé à s'appuyer sur des témoins coopératifs, qui étaient motivés pour témoigner contre d'anciens confrères en échange d'une immunité contre les poursuites<sup>49</sup>. Le système de récompense et le recours à des témoins coopérants ont suscité des inquiétudes quant aux faux témoignages.

En réponse, les juges ont autorisé les accusés dans les procès pour crime à faire appel à un avocat pour contre-interroger les témoins<sup>50</sup>. Au début, il était toujours interdit aux avocats de la défense de s'adresser au jury, afin de maintenir la pression sur l'accusé et ainsi forcer ce dernier à parler<sup>51</sup>. Bien que les juges aient voulu que l'avocat de la défense aide l'accusé, l'introduction de l'avocat de la défense dans les procès pour crime a changé la dynamique et la théorie du procès. L'avocat de la défense a exercé des pressions pour obtenir d'autres innovations procédurales, contournant parfois l'interdiction de présenter la cause de l'accusé au jury ou obtenant la permission du tribunal par grâce. En 1836, la loi a accordé à l'avocat de la défense le droit de s'adresser au jury sur les éléments de preuve et le bien-fondé d'une cause<sup>52</sup>. C'est à cette époque que l'Angleterre a assisté à l'émergence du barreau criminel.

Ces évolutions ont transformé la théorie du procès criminel, qui était conçue pour forcer l'accusé à parler en réponse à son accusateur, établissant ainsi son innocence ou sa culpabilité, en une théorie moderne, où le procès devenait l'occasion pour l'avocat de la défense de mettre à l'épreuve les arguments de la poursuite<sup>53</sup>.

## **L'évolution du droit civil québécois**

Plusieurs des principes qui sous-tendent l'évolution de la common law caractérisent

également le système de droit civil du Québec. En général, le droit et la procédure en matière criminelle ainsi que le droit public sont régis par la tradition anglaise, et des parties importantes du droit commercial, de la procédure civile et des règles de preuve sont ancrées dans la common law. À l'exception des procès civils devant jury, qui ont été abolis au Québec en 1976, un procès civil à Québec ou à Montréal ressemble beaucoup à un procès civil à Toronto ou à Calgary, sous réserve évidemment de certaines différences de droit substantiel et procédural.

Le Québec est unique en ce sens que son système juridique reflète des éléments des traditions de droit civil et de common law. En effet, bien qu'il soit [TRADUCTION] « le seul ressort au Canada à adhérer à la tradition juridique civile dans le domaine du droit privé, [il] a été qualifié de système juridique mixte principalement en raison de son bijuridisme »<sup>54</sup>. De façon générale, la common law a tendance à accorder plus d'importance à la plaidoirie orale, tandis que la tradition civile classique s'appuie davantage sur la plaidoirie écrite<sup>55</sup> :

[TRADUCTION] Dans la common law, l'accent est mis sur la preuve orale et l'argumentation orale, alors que dans la tradition civile continentale, parfois appelée [TRADUCTION] « système du dossier » (*dossier system*), la preuve est essentiellement écrite, avec peu ou pas d'interrogatoire ou de contre-interrogatoire des témoins en audience publique<sup>56</sup>.

Bien que le principe de fonctionnement du droit civil décrit dans cette citation reste d'actualité, une telle remarque demeure une généralisation et comporte des exceptions, comme en témoigne le débat sur le rôle décroissant de la plaidoirie orale dans le contexte de l'appel aux États-Unis, par rapport au Royaume-Uni, par exemple.

Il existe également de nombreuses autres différences. Le droit de la preuve au Québec, par exemple, incorpore certaines institutions de droit civil calquées sur le droit civil français, comme les actes notariés. Cependant, il incorpore également une codification du droit du *ouï-dire*, qui ne faisait pas partie du droit civil continental européen. Les hypothèques demeurent des droits typiquement liés aux biens qui garantissent l'exécution des obligations, analogues à certains égards aux instruments familiaux à la common law, notamment les garanties ou les instruments de sûreté comme les hypothèques.

Historiquement, cependant, au Québec, il n'y avait pas de droit à un avocat ou à la présentation d'une cause par un avocat. La Nouvelle-France de 1763 ne comptait aucun avocat, Samuel de Champlain ayant été autorisé quelques années auparavant par les autorités coloniales françaises à interdire l'établissement d'avocats dans la colonie. Cependant, au moment du Traité de Paris, 20 ans plus tard, la Nouvelle-France comptait quarante-trois notaires qui s'occupaient des affaires juridiques non litigieuses mettant en cause des parties privées. Le Conseil souverain, qui, après 1663, fonctionne comme une cour d'appel générale pour la colonie, n'entend pas d'avocats. Les avocats sont apparus comme partie intégrante des processus judiciaires des tribunaux du Québec avec l'importation des systèmes et des traditions anglaises.

En ce qui concerne le procès, la procédure civile au Québec s’aligne davantage sur celle de la common law. Les procès sont contradictoires, caractérisés par la plaidoirie orale, et ils comprennent des processus préalables au procès comme la communication préalable<sup>57</sup>.

La procédure d’appel actuelle au Québec reflète également une approche plus proche de la common law<sup>58</sup>. Par exemple, les appels au Québec sont manifestement distincts des appels en France, qui ont pour fonction principale de rejurer les affaires. Au contraire, les cours d’appel au Canada ont clairement indiqué que leur rôle n’était pas de rejurer les affaires<sup>59</sup>. De plus, en France, la procédure écrite l’emporte largement sur la plaidoirie orale, tant en première instance qu’en appel<sup>60</sup>. Comme l’a fait remarquer le juge Yves-Marie Morissette de la Cour d’appel du Québec, la procédure d’appel au Québec a plus de points communs avec la tradition de la common law<sup>61</sup>. L’appel au Québec ressemble le plus à la procédure d’appel des autres cours d’appel canadiennes, où l’oralité est un élément indéniablement important du processus judiciaire<sup>62</sup>.

Par conséquent, le Québec, comme les autres provinces et territoires canadiens, semble se situer entre l’approche circonscrite de la plaidoirie orale aux États-Unis et l’approche centrée sur l’oralité qui prévaut Angleterre.

### **Le droit de comparaître : le droit de plaider accordé par la loi**

Pour comprendre l’importance de la plaidoirie orale, il est également utile d’examiner le droit de plaider accordé aux avocats par la loi, et de voir comment le droit canadien a évolué différemment à cet égard par rapport au droit anglais.

Les lois régissant la profession juridique au Canada, bien qu’elles diffèrent d’un ressort à l’autre puisqu’elles sont réglementées par les provinces, accordent un droit de plaider à tous les avocats autorisés dans leurs ressorts respectifs, quel que soit le « type » d’avocat.

Par exemple, la *Legal Profession Act* (Loi sur la profession d’avocat) de la Colombie-Britannique permet à tous les « avocats en exercice » (*practising lawyers*) de « pratiquer le droit » (*practise law*), ce qui est défini, dans cette loi, comme comprenant la plaidoirie<sup>63</sup>. En Alberta, la *Legal Profession Act* (Loi sur la profession d’avocat) stipule que les membres actifs de la Law Society of Alberta, qui sont désignés comme des « barristers » (avocats-plaideurs) et des « solicitors » (procureurs ou conseillers juridiques), ont un « droit de plaider » devant la Court of Queen’s Bench (la cour supérieure de juridiction inhérente) et devant toutes les autres cours d’archives en Alberta<sup>64</sup>.

Au Québec, la *Loi sur le Barreau du Québec* prévoit que le droit de plaider est « du ressort exclusif de l’avocat en exercice et non du conseiller en loi »<sup>65</sup>. Aux termes de cette loi, le terme « avocat » est défini comme « quiconque est inscrit au Tableau » et vise donc tous les avocats actifs inscrits au Barreau du Québec. Il est important de noter que le terme



« conseiller en loi » (*solicitor*) n'est pas employé dans le sens traditionnel britannique, mais est plutôt défini dans la Loi comme « un avocat d'une autre province ou d'un territoire du Canada ou un professeur de droit inscrit au Tableau en vertu d'un permis restrictif. »

Par ailleurs, la profession juridique au Québec est répartie en deux branches : les avocats et les notaires. Les notaires ne participent toutefois pas aux litiges, lesquels relèvent du droit civil.

Parallèlement, la distinction historique dans la profession juridique en Angleterre entre les *barristers* et les *solicitors* a persisté jusqu'en 1990. Tandis que les *solicitors* effectuaient principalement des travaux juridiques à l'extérieur de la salle d'audience, seuls les *barristers* agissaient en tant qu'avocats dans la salle d'audience<sup>66</sup>. Les *barristers* avaient le monopole de [TRADUCTION] « [la comparution] en audience publique pour représenter les parties au procès et [de] présenter des arguments oraux en leur nom »<sup>67</sup>. Cette fonction exercée par les *barristers* a contribué à la perception qu'ils étaient supérieurs et plus importants que leurs homologues *solicitors*<sup>68</sup>.

La dynamique entre les deux branches est restée relativement inchangée jusqu'en 1990, lorsque le Parlement anglais a adopté la *Courts and Legal Services Act* (Loi sur les tribunaux et les services juridiques), qui a réformé la structure de la profession juridique anglaise. Cette loi a notamment conféré un droit de plaider plein et entier aux *barristers* et aux *solicitors*, brisant ainsi le monopole détenu par les *barristers* en matière de plaidoirie et de litiges<sup>69</sup>.

Une distinction similaire a existé pendant une longue période dans les ressorts civilistes, entre les *avocats (barristers)* et les *avoués (solicitors)*. Les avoués ne forment plus un corps professionnel en France depuis 1971 relativement à tous les tribunaux inférieurs, mais non à l'égard des cours d'appel. En 2012, ils ont fusionné avec le Barreau et ont obtenu le titre d'avocats.

Au Canada, il n'y avait pas de telle division de la profession juridique. Bien que le Canada anglais ait historiquement reconnu dans la pratique la dichotomie entre les *barristers* et les *solicitors*, peut-être en raison des racines anglaises de la profession, la faible population d'avocats par rapport à un vaste territoire rendait plus pratique pour les barreaux canadiens de former des avocats dans les deux fonctions<sup>70</sup>.

Outre les avocats, les parties au Canada possèdent le droit de plaider lorsqu'ils se représentent eux-mêmes devant les tribunaux, à quelques exceptions près, comme les sociétés<sup>71</sup>.

## **Les principes juridiques qui sous-tendent le droit d'être entendu**

Le droit d'être entendu est bien établi en droit canadien lorsque les droits, les intérêts ou les privilèges d'une personne sont en cause. Ce droit, reflété dans la maxime *audi alteram partem*, est considéré comme l'une des deux composantes de la justice naturelle, l'autre étant le droit à un décideur impartial, ou *nemo iudex in causa sua*. Bien que ce droit général soit établi, sa portée et sa forme dépendent fortement du contexte et peuvent, dans certains

cas, être limitées par la législation.

L'un des principaux facteurs affectant le droit d'être entendu est le contexte de l'affaire, à savoir si l'affaire en question se déroule dans un contexte judiciaire ou administratif.

Il existe un solide corpus de jurisprudence ancré dans les principes de la primauté du droit et de la suprématie du Parlement qui établit très peu de contraintes sur le pouvoir législatif de déterminer les droits procéduraux.

Le principe *audi alteram partem* a une origine ancienne en droit anglais. Dès le XVII<sup>e</sup> siècle, il a été appliqué dans une série d'affaires portant sur la privation de fonctions, les tribunaux concluant que le titulaire de la fonction avait droit à un avis et à une audience avant ladite privation<sup>72</sup>. Bien que les audiences devaient normalement être tenues oralement lorsque la décision de droit public était qualifiée de « quasi-judiciaire » et non d'« administrative » ou de « législative », cette règle n'était pas toujours appliquée en Angleterre<sup>73</sup>.

Le droit administratif canadien a connu une évolution comparable. Traditionnellement, la justice naturelle exigeait généralement une audience orale, mais cette règle n'était pas généralisée<sup>74</sup>. Lorsque la portée des droits d'équité procédurale a été étendue aux fonctions administratives<sup>75</sup>, les tribunaux ont reconnu qu'un éventail de procédures relatives aux audiences pouvait satisfaire aux exigences de l'équité procédurale<sup>76</sup>. Le contenu du droit à l'audience sera déterminé par la nature de la décision prise et le processus suivi pour la prendre; la nature du régime législatif et les termes de la loi habilitante; l'importance de la décision pour la ou les personnes concernées; les attentes légitimes de la personne concernée; et les choix de procédure faits par le décideur<sup>77</sup>. La Cour suprême a statué que même lorsque les droits garantis par l'article 7 de la *Charte* sont en cause, une audience orale n'est pas nécessairement requise<sup>78</sup>. Toutefois, la norme de la common law au Canada veut qu'une audience orale soit requise lorsque la crédibilité est en cause<sup>79</sup>.

Dans le contexte judiciaire, la jurisprudence est moins élaborée<sup>80</sup>. Les législateurs ont toujours respecté les droits procéduraux traditionnels dans le contexte judiciaire et, par conséquent, les tribunaux ont eu peu d'occasions d'examiner la légitimité, la légalité ou la pertinence des mesures. Le droit d'être entendu lors d'une audience orale en personne se reflète dans les procès civils et criminels par le truchement du droit relatif aux demandes en jugement sommaire, du droit de l'accusé d'être présent tout au long du procès<sup>81</sup>, du droit relatif aux discours d'ouverture et de clôture<sup>82</sup>, et du droit relatif au contre-interrogatoire. De plus, un certain nombre de cas établissent certaines limites constitutionnelles au pouvoir du Parlement de restreindre l'accès au processus judiciaire.

### ***Le droit à un procès par opposition aux procédures de jugement sommaire***

Bien que les préoccupations relatives à l'accès à la justice aient conduit la Cour suprême du Canada à statuer que la tenue d'un procès « ne constitue pas la procédure par défaut »

en Ontario à la suite des modifications apportées aux règles de procédure civile sur les demandes en jugement sommaire, et qu'elles l'aient amenée à élargir l'accès à la procédure de jugement sommaire<sup>83</sup>, la place privilégiée accordée à un procès oral et en personne s'est toujours reflétée dans notre jurisprudence en matière de révision en appel<sup>84</sup>. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de l'Ontario :

[TRADUCTION] [...] le juge de première instance est un juge des faits qui participe à la dynamique d'un procès, voit les témoins témoigner, suit le déroulement du procès, pose des questions lorsqu'il a des doutes sur la teneur de la preuve, surveille les joutes oratoires et entend la preuve telle qu'elle est présentée par les témoins. Comme l'a exprimé la majorité dans l'affaire *Housen*, au paragraphe 25, le juge du procès se trouve dans une « position privilégiée ». Le rôle du juge de première instance, en ce qu'il participe à la présentation de la preuve au procès, offre une plus grande garantie d'équité dans le processus de résolution du litige. La nature du processus est telle qu'il est peu probable que le juge omette de tenir compte des éléments de preuve qui sont versés au dossier en sa présence.<sup>85</sup> [...]

La dynamique du procès offre également aux parties la possibilité de présenter leur cause de la manière qu'ils choisissent. Les avocats reconnaissent que l'ordre dans lequel les témoins sont appelés à la barre, la manière dont ils sont interrogés et contre-interrogés, et la façon dont la présentation des documents est entrecoupée et expliquée par la preuve orale, sont des éléments importants. Ce « récit du procès » peut avoir des répercussions sur son issue.

### ***Le droit de contre-interroger***

Au surplus, les tribunaux ont émis des commentaires sur la place centrale du contre-interrogatoire dans le contexte du procès pénal contradictoire<sup>86</sup>. La Cour suprême a affirmé que « le droit de l'accusé de contre-interroger les témoins à charge — sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées — est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière.<sup>87</sup> » La Cour est allée jusqu'à faire remarquer que « dans certains cas, il n'existe en effet aucun autre moyen de mettre au jour des faussetés, de rectifier une erreur, de corriger une distorsion ou de découvrir un renseignement essentiel qui, autrement, resterait dissimulé à jamais.<sup>88</sup> » Dans le même ordre d'idées, le droit de voir le visage d'un témoin est une exigence d'un procès pénal équitable lorsque la crédibilité du témoignage du témoin est importante pour l'affaire instruite<sup>89</sup>.

Bien que les plaideurs reconnaissent depuis longtemps les avantages tactiques de s'adresser au jury en dernier, la Cour suprême, dans une décision qui a divisé les juges, a statué que l'accusé n'a aucun droit constitutionnel de le faire en vertu de l'article 7 ou 11 de la *Charte*. Dans l'affaire *R. c. Rose*, les juges de la majorité de la Cour ont déclaré être en désaccord avec la thèse selon laquelle « l'ordre de présentation des exposés au jury a des

répercussions importantes sur la connaissance qu'a l'accusé, au moment où il présente son exposé, de la thèse du ministère public et de son interprétation de la preuve »<sup>90</sup>. Pour notre propos, la décision *Rose* est plus importante pour la reconnaissance du fait que le discours de clôture lui-même joue un rôle clé dans la présentation d'une réponse et d'une défense pleines et entières.

### ***Limites prévues par la loi à l'accès aux audiences orales dans les contextes administratif et judiciaire***

Dans le contexte du droit administratif, à moins qu'un droit garanti par la *Charte* ne soit en cause, les droits procéduraux peuvent être restreints si le langage employé dans la loi en démontre clairement l'intention<sup>91</sup>. Lorsque la loi est silencieuse quant à la procédure à suivre, la common law comble le vide pour s'assurer que les procédures suivies respectent les exigences de la justice naturelle<sup>92</sup>. Ce droit, cependant, est [TRADUCTION] « éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas »<sup>93</sup>. Cela signifie que, même en common law, aucun droit procédural particulier n'est garanti. Selon le contexte, le droit d'être entendu peut être respecté au moyen de représentations écrites, par exemple.

Dans le contexte judiciaire, certains droits procéduraux fondamentaux bénéficient d'une protection constitutionnelle. Par exemple, l'indépendance judiciaire a été reconnue comme une norme non écrite. Cependant, le degré de protection des autres caractéristiques importantes de la plaidoirie est moins certain. Tandis que le droit d'accès aux tribunaux est fermement établi, le droit à un avocat n'a été qu'exceptionnellement reconnu en dehors du contexte criminel.

Dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, la Cour suprême a confirmé un droit constitutionnel d'accès aux tribunaux. Dans cette affaire, des employés en grève dressaient des piquets de grève devant le palais de justice et, même s'ils délivraient des laissez-passer pour franchir la ligne de piquetage à quiconque en faisait la demande, la Cour suprême a jugé que le droit d'accès était pratiquement absolu. Elle a fait sienne la formulation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a entièrement avalisé le droit d'accès aux tribunaux :

[TRADUCTION] Nous n'avons aucun doute que le droit d'accès aux tribunaux constitue, sous le régime de la primauté du droit, un des piliers de base qui protège les droits et libertés de nos citoyens. C'est la préservation de ce droit qui est en cause en l'espèce. Du moment qu'une personne ou un groupe fait obstacle à cet accès, le tribunal exercera ses pouvoirs de manière à assurer aux justiciables leur accès au tribunal. En l'occurrence, l'entrave vient du piquetage. Comme nous l'avons déjà souligné, toutes les entraves, peu importe leur origine, tombent dans la même catégorie<sup>94</sup>. (nous soulignons)

De même, lorsque la législature de la Colombie-Britannique a cherché à imposer des frais comme condition d'accès à la Cour supérieure, ces frais ont été invalidés en raison de l'atteinte qu'ils représentaient à l'accès garanti aux tribunaux. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême dans cette affaire, les cours supérieures « ont toujours eu pour tâche de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public ». En effet, la Cour a affirmé que ces rôles étaient « des aspects centraux des activités des cours supérieures » et qu'« [e]mpêcher l'exercice de ces activités attaque le cœur même de la compétence des cours supérieures que protège l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ». Par conséquent, des frais d'audience qui ont pour effet de nier à des gens d'avoir accès aux tribunaux portent atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures<sup>95</sup>.

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, en dehors du contexte criminel<sup>96</sup>, le droit à l'assistance d'un avocat a été interprété de façon restrictive. La Cour suprême n'a reconnu le droit à l'assistance d'un avocat dans un contexte non criminel que dans un seul cas, et seulement parce que les droits d'une femme garantis par l'article 7 étaient compromis par le retrait de ses enfants<sup>97</sup>. La Cour suprême a rejeté un droit général à l'avocat en tant que composante de la primauté du droit dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*<sup>98</sup>. Dans cette affaire, la Cour évaluait la validité constitutionnelle d'une taxe sur les services juridiques qui, selon la cour inférieure, limitait la capacité des parties à être représentées.

La Cour a conclu que « le texte de la Constitution, la jurisprudence et la façon dont la primauté du droit a toujours été comprise n'excluent pas la possibilité qu'un droit à l'assistance d'un avocat soit reconnu dans diverses situations bien précises. Mais ils ne permettent pas pour autant de conclure à l'existence d'un droit constitutionnel général à l'assistance d'un avocat lors de procédures de tribunaux judiciaires et administratifs portant sur des droits et des obligations.<sup>99</sup> » La Cour a adopté ce point de vue en dépit de la reconnaissance du fait que l'accès aux cours visées par l'article 96 – tant au sens physique<sup>100</sup> que sur le plan de la compétence<sup>101</sup> – bénéficie d'une protection constitutionnelle.

Comme on l'a vu plus haut, dans le contexte administratif, le droit d'être entendu ne signifie pas nécessairement le droit d'être entendu en personne. Le droit d'être entendu en personne a fait l'objet d'un examen approfondi dans le contexte administratif, où ce droit n'existe que lorsque la crédibilité est en jeu<sup>102</sup>. Dans le même ordre d'idées, le droit de voir le visage d'un témoin est une exigence d'un procès équitable lorsque la crédibilité du témoignage du témoin est importante pour l'affaire instruite<sup>103</sup>.

## **Justification historique de l'importance de la plaidoirie orale**

Les raisons qui justifient le caractère durable de la plaidoirie orale devant les tribunaux canadiens sont complexes et sont rarement abordées dans la littérature. En revanche, le droit à une audience orale devant les tribunaux administratifs et les décideurs a fait l'objet de débats fréquents en droit administratif<sup>104</sup>. Parmi les facteurs permettant de déterminer

le contenu du devoir d'équité procédurale en droit administratif, on trouve notamment la nature de la décision et les procédures suivies par le décideur. En effet, la proximité du processus administratif avec le processus judiciaire est un indicateur afin de savoir si une audience orale peut être justifiée dans le contexte administratif<sup>105</sup>. Ce raisonnement semble être fondé sur la théorie ou l'opinion selon laquelle le processus judiciaire doit ou devrait comporter une audience orale.

Dans le contexte du procès, l'audience orale est restée, en ce qui concerne tous les ressorts, le principal moyen d'établissement de la preuve. En effet, les témoignages oraux et l'interrogatoire des témoins sont la manière traditionnelle de recueillir la preuve dans les procès avec jury<sup>106</sup>. L'efficacité des contre-interrogatoires dépend en grande partie de la spontanéité et de l'instantanéité d'une réponse orale à une question orale, devant un juge ou un jury qui peut directement juger la crédibilité du témoin<sup>107</sup>. L'évaluation de la crédibilité peut être fondée sur les nuances verbales et non verbales du témoin grâce à l'observation personnelle<sup>108</sup>.

Cela dit, le système juridique canadien a connu un changement au cours des dernières années en faveur d'un accès rapide et abordable au système de justice civile<sup>109</sup>. Dans l'affaire *Hryniak c. Mauldin*, la Cour suprême a réclamé un changement de culture, en rappelant la nécessité de simplifier les procédures préalables au procès « et que l'on insiste moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire.<sup>110</sup> » En particulier, la demande en jugement sommaire, qui est un mécanisme procédural permettant qu'un jugement soit rendu de manière plus concise et sans la nécessité d'un procès complet, a été considérée comme un moyen d'améliorer l'accès à la justice. Bien que la demande en jugement sommaire n'existe pas au Québec, les tribunaux peuvent compter sur d'autres outils, comme leurs pouvoirs de gestion de l'instance, pour généralement obtenir des résultats similaires<sup>111</sup>. Dès lors, les avantages que confère la présentation orale de la preuve au procès sont assujettis au principe de la proportionnalité.

Dans le contexte de l'appel, le système juridique américain a connu une transition plus précoce vers un processus juridique davantage axé sur le texte, tandis que la plaidoirie orale est restée la méthode privilégiée dans d'autres ressorts de common law, comme en Angleterre, au Canada et en Australie<sup>112</sup>. Un bref examen des différentes approches adoptées dans chacun de ces systèmes juridiques peut aider à comprendre pourquoi la préférence pour la plaidoirie orale a persisté au Canada.

Dans les premiers temps de la plaidoirie, les États-Unis avaient un processus juridique axé sur la parole. Des avocats comme Daniel Webster et William Pinkney présentaient des arguments qui s'inscrivaient dans une mise en scène devant de vastes auditoires, sans aucune limite de temps ni interruptions par le juge<sup>113</sup>. Bien que les tactiques étaient loin d'être aussi peu scrupuleuses que celles employées par les avocats devant les tribunaux de la Grèce antique, les avocats américains de cette époque [TRADUCTION] « adressaient leurs

arguments autant au public qu'aux juges » et employaient une rhétorique colorée et émotionnelle afin de gagner leurs procès<sup>114</sup>.

En fin de compte, les États-Unis ont opté pour un processus juridique d'appel davantage axé sur l'écriture, ce qui distingue fortement ce pays de l'Angleterre et du Canada<sup>115</sup>. En 1849, la Cour suprême des États-Unis a imposé une limite de temps de deux heures pour les plaidoiries et a exigé que les avocats soumettent des recueils imprimés des plaidoiries et de la jurisprudence<sup>116</sup>. D'autres réductions de la durée des plaidoiries ont été imposées en 1858, 1870, 1911 et 1984, la dernière consistant à imposer une limite de trente minutes, à raison d'un avocat par partie<sup>117</sup>. Les possibilités de plaidoirie orale devant les cours d'appel fédérales des États-Unis ont également été progressivement réduites<sup>118</sup>.

Un certain nombre de facteurs ont été mentionnés pour expliquer la régression de la plaidoirie orale en appel aux États-Unis. L'augmentation de la charge de travail de la Cour suprême des États-Unis peut avoir provoqué certains de ces changements, compte tenu de la taille de la population américaine et du volume des affaires portées devant la Cour<sup>119</sup>. L'obligation de se déplacer dans l'Amérique au début du XIX<sup>e</sup> siècle et le « *riding circuit* » (tribunaux itinérants) ont également contribué à la poussée vers l'argumentation écrite afin de gagner en efficacité<sup>120</sup>. Avec le développement de l'imprimante commerciale, l'écrit est devenu la norme pour la communication gouvernementale, ce qui a probablement conduit à accepter de plus en plus que l'écrit se substitue à l'oral<sup>121</sup>. Outre les questions pratiques qui ont conduit à une évolution vers un processus juridique basé sur l'écrit, une méfiance profondément enracinée à l'égard des tribunaux de l'Amérique au début du XIX<sup>e</sup> siècle peut également avoir motivé l'élaboration de mesures législatives imposant aux tribunaux de rendre leurs jugements par écrit<sup>122</sup>.

En revanche, l'Angleterre et le Canada ont conservé leur processus juridique traditionnel où l'exposé oral conserve une place prépondérante dans le contexte des appels<sup>123</sup>. La Cour suprême du Canada a toujours reconnu [TRADUCTION] l'« extrême importance » de la plaidoirie orale, tout comme les représentants de divers tribunaux canadiens<sup>124</sup>. Par ailleurs, la plaidoirie orale tient une place plus importante au Canada que dans d'autres ressorts<sup>125</sup>.

Bien que des similitudes évidentes existent entre les pratiques canadienne et anglaise actuelles, les différences méritent d'être relevées. Par exemple, les mémoires, ou argumentations écrites, ont longtemps prévalu dans le cadre des litiges portés en appel au Canada. Cela demeure le cas aujourd'hui, bien que presque toutes les cours d'appel imposent des limites de pages et d'autres restrictions.

Au Royaume-Uni, en revanche, avant que Sir John Donaldson ne succède à Lord Denning en tant que Master of the Rolls de la Cour d'appel d'Angleterre, les argumentations écrites n'existaient pas. Elles ont été introduites progressivement par Donaldson MR dans une série de notes pratiques<sup>126</sup> qui ont rencontré une résistance considérable de la part du barreau. Dans *The Court of Appeal*, Hart Publishing, Oxford, 2007, Gavin Drewey et al. écrivent ceci : [TRADUCTION] « Son adoption [celle de Donaldson] de la technique de la plaidoirie som-

mairie par l'avocat était une innovation qui a grandement contribué à mettre en évidence l'objet d'un appel. Cette pratique a heureusement persisté, bien que les argumentations sommaires aient tendance aujourd'hui à ne pas être si sommaires que cela. » Néanmoins, l'introduction de l'argumentation écrite a considérablement abrégé les appels, qui étaient auparavant très longs et s'étendaient souvent sur des jours ou voire sur des semaines.

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, cette pratique contraste fortement avec celle des États-Unis, ainsi que l'a fait remarquer le juge Morissette, où les cours d'appel règlent couramment les affaires sans aucune argumentation orale<sup>127</sup>. Ce contraste se poursuit et s'accroît même<sup>128</sup>. Les statistiques recueillies par le juge Morissette en 2017, à partir des dossiers de l'*Administrative Office of the United States Courts*<sup>129</sup> et du *Federal Judicial Center*, aux fins d'un document présenté à La Société des plaideurs en 2017, indiquent que de 2005 à 2006, sur 34 580 appels traités, 8 956 (soit environ 25 %) ont donné lieu à une audience orale.

Dix ans plus tard, 6 392 appels, soit 17 % des 36 547 appels traités, ont donné lieu à une audience orale. Les cours d'appel américaines siègent dans 13 régions (ou *circuits*, en anglais) en tout. Douze de ces régions entendent les appels des 94 tribunaux de district présents dans ces 12 régions. La prise en considération de la Cour d'appel de la région fédérale porte le total des tribunaux à 13. Les statistiques relatives aux audiences orales varient considérablement d'une région à l'autre. Par exemple, la 4<sup>e</sup> région (Virginie, Virginie-Occidentale, Caroline du Nord, Caroline du Sud) est la moins encline à entendre des plaidoiries orales en appel. En 2015-2016, seuls 5,9 % (soit 287 sur 4874) des appels ont donné lieu à une audience orale<sup>130</sup>.

L'attachement à la tradition et aux pratiques passées ne doit pas être sous-estimé<sup>131</sup>. Le juge de district américain Mark Kravitz laisse entendre que la longévité de la plaidoirie orale en appel en Angleterre n'est pas nécessairement attribuable au fait qu'elle est supérieure à la forme écrite, mais plutôt que les avocats anglais sont peut-être simplement plus attachés à cette tradition que leurs homologues américains<sup>132</sup>. Le juge Kravitz affirme que nous n'accordons pas assez d'attention au [TRADUCTION] « spectacle, ou au cérémonial, des plaidoiries orales<sup>133</sup> ». Il fait valoir que [TRADUCTION] « l'une des raisons pour lesquelles le système juridique anglais a [maintenu] la plaidoirie orale est la croyance anglaise que la justice doit être vue pour être effectivement rendue<sup>134</sup> ». Nul doute qu'il est d'une grande utilité de s'assurer que les parties voient le décideur, dans le cadre d'un tête-à-tête, se débattre avec les questions et les préoccupations des parties.

Une explication similaire peut être avancée pour le Canada, qui n'a pas partagé la même méfiance historique à l'égard des tribunaux que les États-Unis et qui, bien sûr, n'a pas rompu ses liens avec l'Angleterre de manière aussi formelle ou aussi violente<sup>135</sup>. Cette perspective s'aligne sur la vision traditionaliste de la plaidoirie, qui considère cette dernière comme une institution<sup>136</sup>, et dans le cadre de laquelle la confiance du public dans le système judiciaire repose sur la transparence et la responsabilisation<sup>137</sup>.

Néanmoins, on accepte dans une certaine mesure au Canada qu'une partie du proces-



sus d'appel puisse se dérouler par écrit. Les demandes d'autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada sont maintenant traitées par écrit<sup>138</sup>, tout comme c'est le cas pour les motions en autorisation d'interjeter appel devant la Cour d'appel de l'Ontario<sup>139</sup>. Plus récemment, la Cour suprême du Canada a réduit le temps alloué aux intervenants dans les appels et les a même parfois limités à des soumissions écrites. La Cour suprême, qui contrôle par ailleurs son rôle et n'accorde l'autorisation que pour les appels soulevant des questions d'importance publique, limite régulièrement les parties à des appels en matière pénale de plein droit à trente minutes de plaidoirie chacune.

Pour faire écho aux fondements classiques de la plaidoirie orale examinés plus haut, on peut dire qu'une partie de l'attrait de la plaidoirie orale réside dans le fait que les avocats sont capables [TRADUCTION] « d'exploiter les émotions humaines comme aucun autre moyen de communication ne le permet », car le fait de susciter la sympathie ou l'intérêt d'un juge peut contribuer à la persuasion<sup>140</sup>. En effet, les aspects auditifs et visuels de la plaidoirie servent à faire passer des idées d'une manière extrêmement efficace<sup>141</sup>. Bien que l'appel aux émotions du décideur ne joue pas un rôle aussi important qu'à l'époque classique, les avocats modernes efficaces sont sensibles au « climat émotionnel » de l'affaire et aux facteurs non rationnels qui peuvent influencer un décideur, tels que l'intégrité personnelle de l'avocat<sup>142</sup>. Le *logos*, l'*ethos* et le *pathos* continuent à jouer un rôle dans la plaidoirie orale moderne.

## Conclusion

Si l'on se penche sur les fondements historiques de la plaidoirie orale, on constate que bon nombre de ses principaux éléments sont toujours d'actualité, même si on les retrouve sous une forme atténuée. L'aspect cérémoniel de la plaidoirie orale et la possibilité de permettre aux parties et au public de voir les juges rendre leurs décisions ont notamment contribué à faire de l'oralité une tradition solidement ancrée dans le système juridique canadien. Bien qu'il n'y ait pas de droit à une audience orale dans tous les contextes, la confiance du public dans l'administration de la justice peut dépendre en grande partie de sa capacité de voir et d'entendre la justice rendue, et pour les parties de sentir qu'ils ont été entendus, et qu'ils ont vécu une véritable « journée au tribunal ».

L'idée que les audiences orales dans les instances judiciaires constituent le mode de communication privilégié est profondément ancrée dans les traditions et l'évolution historique de notre système juridique. Il est également largement reconnu que les procédures orales offrent des avantages significatifs non seulement en ce qui concerne la présentation des éléments de preuve, en particulier dans les cas où la crédibilité est en jeu, mais aussi en termes de capacité d'un avocat à entrer en contact avec le décideur et à le convaincre. En même temps, nos tribunaux ont montré qu'ils acceptent de plus en plus que l'accès à la

justice puisse nécessiter l'application de principes de la proportionnalité afin d'offrir aux parties des processus rapides et efficaces.

## II.2 Perspectives autochtones et traditions orales

### Vue d'ensemble

Les peuples autochtones<sup>143</sup> du Canada ont été et demeurent des sociétés orales, dont la richesse des histoires, des légendes, des récits et des comptes rendus a pu être transmise de génération en génération grâce à la communication orale<sup>144</sup>. Cet héritage constitue à la fois la raison d'être de la répétition des récits oraux du passé et son fondement intellectuel<sup>145</sup>. Tout comme notre jurisprudence a commencé à reconnaître et à mieux prendre en considération les multiples facettes de l'oralité, une meilleure compréhension des traditions orales autochtones peut enrichir notre appréciation du rôle et de l'importance de la plaidoirie orale dans notre système judiciaire.

La présente partie aborde d'abord la nature et la complexité des traditions orales autochtones. Elle examine ensuite comment ces traditions ont été intégrées au droit canadien, avant d'expliquer pourquoi une plus grande acceptation des traditions orales par nos systèmes juridiques est essentielle pour la réconciliation avec les peuples autochtones et pour assurer la confiance du public dans un processus ouvert, transparent et inclusif.

### Discussion

#### Comprendre les traditions orales autochtones

Les sociétés orales enregistrent et documentent leurs récits de manière complexe et raffinée, y compris par des pratiques performatives<sup>146</sup>. Les dispositifs mnémoniques, utilisés par les peuples autochtones pour enregistrer leurs récits, ne sont pas des artefacts culturels mais des instruments à multiples facettes permettant de comprendre des principes, des systèmes et des relations<sup>147</sup>.

Les ceintures wampums des Haudenosaunee, par exemple, [TRADUCTION] « ont prolongé la mémoire humaine des connaissances héritées grâce à des conceptions non linéaires interconnectées et à des méthodes de stockage et de récupération associatives – bien avant la « découverte » de l'hypertexte occidental »<sup>148</sup>. Les wampums préservent la mémoire en

faisant en sorte que celle-ci soit exercée constamment, de sorte que [TRADUCTION] « les archives wampums sont conservées en étant revisitées et revues régulièrement par le truchement de la mémoire et de la performance de la communauté, car les wampums constituent une rhétorique vivante qui permet de faire entretenir une relation mutuelle entre deux parties ou plus ».

Dans de nombreuses Premières Nations, les récits oraux sont transmis grâce à des strates culturelles reliées les unes aux autres, lesquelles se croisent pour entretenir la mémoire nationale sur plusieurs générations<sup>149</sup>. La transmission de la tradition orale est liée à la configuration de la langue, des structures politiques, des systèmes économiques, des relations sociales, des méthodologies intellectuelles, de la moralité, de l'idéologie et du monde physique<sup>150</sup>. Ces facteurs aident les gens à ancrer les souvenirs historiques dans leur esprit<sup>151</sup>.

Le sens que l'on peut tirer d'un récit oral dépend de la personne qui le raconte, des circonstances dans lesquelles il est raconté et de l'interprétation que l'auditeur donne à ce qu'il a entendu. À la différence de la transmission d'un texte écrit, la transmission des récits oraux peut avoir pour but d'éduquer l'auditeur, de communiquer des aspects de la culture, de socialiser les gens dans une tradition culturelle ou de valider les revendications d'une famille particulière. Ceux qui écoutent les récits oraux tirent leurs propres conclusions de ce qu'ils ont entendu, et ils le font dans le contexte particulier de la narration<sup>152</sup>.

Les récits oraux sont donc beaucoup plus complets et complexes que ce à quoi on veut les réduire, c'est-à-dire à [TRADUCTION] « ce qui a eu lieu dans le passé », selon la tradition occidentale du récit historique<sup>153</sup>. Les peuples autochtones invitent les plaideurs occidentaux à écouter les mots et le sens des récits oraux plutôt que de chercher simplement à vérifier un dossier factuel<sup>154</sup>.

Comme l'explique la poétesse Muscogee Joy Harjo, le mythe selon lequel les traditions orales sont moins fiables que les communications écrites est né de la hiérarchie des cultures et de l'incapacité des colonisateurs à apprécier la profondeur et le raffinement de l'art oratoire :

[TRADUCTION] Lorsque les colonisateurs du continent européen ont pénétré dans nos territoires tribaux, ils ont supposé que nous étions analphabètes parce que nous ne communiquions pas principalement avec des langues écrites et que nous ne restituions pas le contenu de notre mémoire dans des livres et sur du papier. L'assimilation des langues écrites à l'alphabétisation s'accompagnait d'une vision du monde opposée, une croyance mise en place comme outil de génocide. Pourtant, les nations autochtones appréciaient et continuent d'apprécier la parole. La capacité de parler par métaphore, de rassembler les gens, de les libérer par l'imagination, ainsi que de former et d'enseigner, était et est toujours considérée comme précieuse, plus utile que l'or, le pétrole ou tout autre élément convoité par les nouveaux arrivants. Nombre de nos textes connus, bien que conservés par l'oralité, n'ont rien à envier aux meilleurs textes littéraires mondiaux, oraux ou écrits<sup>155</sup>.

## ***Tradition orale et récits oraux***

Les termes « tradition orale » et « récits oraux » sont utilisés de manière interchangeable. Certains pourraient suggérer que chaque terme devrait être traité séparément, le récit oral représentant le produit de la communication, et la tradition orale le processus de communication. Il n'est cependant pas nécessaire de les séparer car, comme l'explique le professeur John Borrows, [TRADUCTION] « le produit et le processus de communication sont indissociablement liés.<sup>156</sup>»

La tradition orale ne se suffit pas à elle-même, elle prend son sens dans le contexte des expériences culturelles plus larges qui l'entourent<sup>157</sup>. De nombreux types de traditions sont le produit de ce processus : discours immortalisés, récits de groupe formalisés, généalogies, épopées, contes, proverbes et dictons. Dans leur ensemble, ces éléments de la culture sont reliés les uns aux autres. Ils se composent de coutumes complexes telles que les moyens mnémotechniques, la répétition des cérémonies, la nomination de témoins, les danses, les fêtes, les chansons, les poèmes et le recours à des tests pour s'assurer que certaines traditions sont accréditées au sein de la communauté<sup>158</sup>.

L'impression que ces traditions orales représentent une période antérieure des sociétés autochtones – comme si l'oral n'était qu'une étape du développement historique sur la voie de l'écrit – a beaucoup à voir avec la production de ce que Susan Gingell appelle [TRADUCTION] « l'orature textualisée », c'est-à-dire la littérature qui a été enregistrée et transcrite<sup>159</sup>. La mise en texte d'un récit oral, c'est le retranscrire par écrit, ce qui peut inclure sa traduction. Bien qu'elle permette de documenter l'histoire, comme l'écrit Gingell, toute mise en texte permet à d'autres de détourner le récit à des fins que les auteurs n'envisageaient pas nécessairement ou qu'ils n'avaient pas prévues.

De plus, la mise en texte des histoires peut les fossiliser, alors que les conteurs continuent à utiliser les récits oraux dans de nouveaux contextes pour remplir de nouvelles fonctions. Les conteurs modernes sont pleinement conscients de ces difficultés et utilisent souvent la langue anglaise pour raconter leurs récits<sup>160</sup>. Comme l'explique Gingell, les transcriptions et les imprimés omettent les gestes, le ton de la voix, le volume sonore et d'autres caractéristiques performatives; les imprimés dépouillent l'orature de son intonation et de son contexte. Ces érosions de l'expression, conclut Gingell, peuvent agir comme des pratiques colonisatrices, et peuvent expliquer pourquoi les chercheurs récents ont essayé de trouver des termes qui reflètent l'idée que les récits oraux ne sont pas inférieurs à la littérature<sup>161</sup>.

Ces éléments à multiples facettes de la tradition orale rendent toutefois difficile son exploitation, et la tâche revient à ceux qui peuvent être attentifs à sa substance et à sa méthodologie d'essayer d'expliquer son utilité pour l'enquête historique et juridique<sup>162</sup>. Les tendances à dichotomiser les récits oraux et les preuves documentées sont légion. La diversité des interprétations n'est pas nécessairement le résultat de la façon dont elles ont été transmises, mais reflète plutôt le fait que différents interprètes de l'histoire défendaient des intérêts différents<sup>163</sup>.

Grâce à la Commission royale sur les peuples autochtones et, plus récemment, à la Commission de vérité et réconciliation, nous savons que le Canada a systématiquement utilisé ses lois et ses procédures judiciaires pour éradiquer ces traditions orales : pour résoudre le « problème indien » et faire disparaître « l'Indien de l'Indien »<sup>164</sup>. Pourtant, dans de nombreuses régions du pays, certaines traditions orales sont très pertinentes, précisément parce qu'elles gardent vivante la mémoire des mauvais traitements inadmissibles infligés par les systèmes juridiques britannique et canadien<sup>165</sup>.

Le droit canadien a limité le recours des peuples autochtones à la richesse de leur oralité dans la résolution des conflits. Lorsque l'on considère l'avenir de la plaidoirie orale au Canada, il est essentiel non seulement de reconnaître et de respecter cette histoire, mais aussi de tenter d'incorporer les traditions orales autochtones dans le système judiciaire canadien par ajout.

## **La tradition orale autochtone devant les tribunaux canadiens : Le gouffre entre deux cultures**

### ***La décontextualisation de la tradition orale dans les procédures judiciaires***

Ce sont les nouveaux arrivants qui ont insisté pour que les traités soient écrits et, ce faisant, ils ont consigné et utilisé leurs propres langues, leurs propres concepts et pratiques, qui étaient tous étrangers aux autres parties aux négociations<sup>166</sup>. Par conséquent, ils ont fixé les traités écrits dans les limites de leurs langues, concepts et pratiques. Les différends concernant l'interprétation du texte écrit des traités et la compréhension des signataires des Premières Nations au sein des tribunaux canadiens sont légion. Ces différences d'interprétation entre le texte écrit et les promesses orales comprises par l'une ou l'autre des parties sont la genèse d'une grande partie de la jurisprudence au Canada concernant les droits ancestraux<sup>167</sup> et les droits issus de traités.

Dans la tradition non autochtone, le but de l'étude historique a souvent été l'analyse d'événements particuliers dans le but d'établir ce qui s'est « réellement » passé en tant que vérité historique objective ou, plus modestement, de rassembler des faits à l'appui d'une interprétation particulière des événements passés<sup>168</sup>. L'histoire écrite ne présente pas tant un dialogue qu'un enregistrement figé du récit singulier d'une série d'événements par une autorité. Les lecteurs peuvent interpréter ces écrits, mais ce qui est écrit le reste.

Pour la communauté autochtone, « Raconter fidèlement l'histoire de relations interculturelles n'a rien de simple. L'histoire n'est pas une science exacte... La manière dont on procède pour scruter, consigner et communiquer l'histoire donne lieu à d'importantes différences... la façon dont le passé est examiné, enregistré et communiqué. La tradition historique non autochtone au Canada repose sur la méthodologie scientifique occidentale et met l'accent

sur les études savantes et les sources écrites. Elle vise l'objectivité et présuppose que les personnes chargées de consigner ou d'interpréter les événements s'efforcent d'échapper aux limites de leurs propres philosophies, cultures et points de vue. »<sup>169</sup> Les récits oraux, en revanche, n'ont pas besoin d'être racontés de la même manière. Ce qui est fondamental, c'est de savoir s'ils véhiculent ou non le même message<sup>170</sup>.

À l'opposé de la compréhension de la tradition orale dans son contexte, il y a la crainte bien réelle que la tradition orale soit décontextualisée dans les procédures judiciaires : lorsqu'elle est entendue dans une salle d'audience, elle est [TRADUCTION] « découpée en tranches par l'interrogatoire en chef et le contre-interrogatoire ». C'est le problème fondamental que pose le jugement d'un système juridique sur un autre<sup>171</sup>. Le discours occidental en est venu à donner la priorité à l'écrit comme forme dominante de conservation des documents et, jusqu'à récemment, il a généralement considéré les sociétés orales comme des peuples sans histoire, ce qui constitue une grave erreur d'appréciation de la vérité<sup>172</sup>. Comme nous l'avons vu plus haut, les sociétés orales enregistrent et documentent en fait leur histoire de manière complexe et raffinée, y compris par des pratiques performatives<sup>173</sup>. Il est légitime de se préoccuper du fait que, sans preuves narratives orales, les peuples autochtones ne peuvent pas présenter adéquatement leurs propres preuves dans les litiges<sup>174</sup>.

Comme l'exprime avec justesse Erin Hanson dans son article intitulé « Oral Traditions », rédigé pour le projet de site web de l'Université de Colombie-Britannique développé dans le cadre de son programme d'études sur les Premières Nations et les Autochtones – Fondations autochtones (*First Nations and Indigenous Studies Disciplines: Indigenous Foundations*) :

[TRADUCTION] « Les débats autour des récits oraux ont parfois été réduits à des oppositions binaires trop simplistes : oral/écrit, non civilisé/civilisé, subjectif/objectif. Les critiques qui se méfient des récits oraux ont tendance à les considérer comme subjectifs et partiels, en comparaison avec la rationalité et l'objectivité présumées de l'écrit. Dans les contextes occidentaux, les auteurs de documents écrits sont automatiquement reçus comme des autorités sur leurs sujets, et ce qui est écrit est considéré comme un fait. De telles hypothèses ne tiennent pas compte du fait que les auteurs de documents écrits apportent leurs propres expériences, leurs propres objectifs et leurs propres préjugés dans leur travail – autrement dit, ils sont subjectifs. »<sup>175</sup>

### ***Règles historiques et actuelles de la loi et de la common law qui limitent la prise en considération des récits oraux***

Le processus de règlement des différends qui existe au sein des tribunaux canadiens repose sur le principe de la contradiction et, lorsque ces tribunaux sont saisis de questions de fait et de droit canadien qui concernent les peuples autochtones et leurs communautés, ils ont toujours fait preuve d'une partialité qui les a amenés à légitimer leurs racines colonialistes<sup>176</sup>.

Peu savent par exemple que la loi sur la preuve de la Colombie-Britannique (*British Columbia Evidence Act*, abrogée seulement en 1968) permettait à un juge de recevoir le témoignage d'un Autochtone uniquement à titre discrétionnaire, car on supposait implicitement qu'autrement le témoignage d'une telle personne serait suspect et peu fiable. La loi stipulait ceci : [TRADUCTION] « ... un tribunal pourra, de façon légale... à sa propre discrétion... recevoir le témoignage d'un Autochtone, d'un Natif, ou d'un Natif de sang mêlé, du continent de l'Amérique du Nord, ou des îles adjacentes à celui-ci, comme celui d'une personne non civilisée, dépourvue de la connaissance de Dieu, et de toute croyance fixe et claire en la religion ou en un état futur de récompenses et de punitions, sans administrer la forme habituelle de serment à un tel Autochtone, Natif ou Natif de sang mêlé... »<sup>177</sup>.

L'expérience des peuples autochtones se heurte à ces valeurs de common law et, dans sa forme actuelle, le principal obstacle à la prise en considération des récits oraux est la règle de preuve contre le oui-dire. Cette règle exclut les communications considérées comme des « communications de seconde main ». De telles preuves sont considérées comme non dignes de confiance<sup>178</sup>. Il existe toutefois des exceptions, qui sont justifiées par les valeurs de nécessité et de fiabilité par exemple. C'est le juge du procès qui détermine si les exceptions au oui-dire fondées sur la nécessité et la fiabilité s'appliquent.

Au fil des ans, les récits oraux autochtones ont amené les juges à qualifier les peuples autochtones, entre autres, d'ignorants, de primitifs, d'incultes, de sauvages, de grossiers, de simples, de non informés et de personnes inférieures.

Contre ces préjugés, ces dernières années, les traditions orales des Premières Nations ont joué un rôle de plus en plus important dans les litiges relatifs aux droits ancestraux<sup>179</sup>. Dans son examen de ces préjugés, Delia Opekokew donne l'explication suivante : [TRADUCTION] « il existe un fossé énorme entre la culture indienne et la culture anglo-canadienne sur laquelle repose le processus judiciaire. Les deux cultures fonctionnent à partir de croyances et d'une histoire très distinctes et différentes... et malheureusement, seules les lois anglo-canadiennes, fondées sur des coutumes, des valeurs et des pratiques étrangères au peuple indien, continuent d'être appliquées lors de l'interprétation des traités indiens. Les erreurs qui découlent d'une telle pratique sont accablantes. »<sup>180</sup>

### ***Delgamuukw et Tsilquot'in : Une reconnaissance croissante de la validité des traditions orales autochtones et de leur importance dans les sociétés et les cultures autochtones.***

Les récits oraux représentent le seul moyen pour les demandeurs autochtones de présenter leur version, leur perspective et le contexte de l'époque dans le domaine juridique. Dans de nombreux cas, des récits oraux ont été présentés devant les tribunaux pour tenter de « prouver » les relations de longue date entre les peuples autochtones et leur environnement<sup>181</sup>.

Erin Hanson, qui écrit dans le cadre du projet de site web des fondations autochtones de

l'Université de la Colombie-Britannique mentionné ci-dessus, le décrit comme suit :

[TRADUCTION] Le recours aux récits oraux comme preuve devant les tribunaux est devenu un sujet de discussion et de débat important au Canada. L'exemple le plus célèbre de récit oral dans un contexte juridique est peut-être celui de Delgamuukw contre la Colombie-Britannique. Delgamuukw a été la première affaire dans laquelle le tribunal a accepté les récits oraux comme preuve, bien que la preuve ait finalement été rejetée parce qu'elle a été jugée non fiable<sup>182</sup>.

Dans cette affaire, les peuples Gitxsan et Wet'suwet'en ont soutenu qu'ils avaient un titre ancestral sur les terres de la Colombie-Britannique qui constituent leurs territoires traditionnels. Pour prouver leur titre, ils devaient apporter la preuve qu'ils avaient occupé leurs territoires pendant des milliers d'années. En l'absence de documents écrits pour faire valoir le bien-fondé de leur réclamation, les chefs héréditaires Gitxsan et Wet'suwet'en ont présenté leurs récits oraux sous forme de narrations, de danses, de discours et de chansons : une [TRADUCTION] « tradition de représentation »<sup>183</sup>.

La difficulté du juge de première instance à traiter cette preuve était patente : il a admis les récits oraux comme preuve, mais il a finalement conclu que les ancêtres des Gitxsan et des Wet'suwet'en étaient un [TRADUCTION] « peuple sans culture », qui n'avait [TRADUCTION] « ni langue écrite, ni chevaux, ni véhicules à roues »<sup>184</sup>. Le juge de première instance est allé jusqu'à citer le philosophe du XVII<sup>e</sup> siècle Thomas Hobbes pour appuyer son point de vue, qualifiant la vie des ancêtres des Gitxsan et des Wet'suwet'en de [TRADUCTION] « vile, brutale et éphémère »<sup>185</sup>.

L'affaire a été portée devant les tribunaux d'appel et, en fin de compte, les Gitxsan et les Wet'suwet'en ont remporté une victoire qui a créé un précédent en permettant que les récits oraux puissent être considérés comme des preuves légales devant un tribunal canadien. Le juge en chef Lamer de la Cour suprême du Canada a conclu comme suit :

Le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques. . . . Ainsi que l'a dit le juge en chef Dickson, comme la plupart des sociétés autochtones « ne tenaient aucun registre », *le fait de ne pas suivre cette pratique* « [imposerait un] fardeau de preuve impossible » *aux peuples autochtones et* « enlèverait [. . .] toute valeur » *aux droits qu'ils ont* (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 408). Cette méthode doit être appliquée au cas par cas<sup>186</sup>.

Après l'arrêt Delgamuukw, un certain nombre d'affaires ont permis d'examiner encore plus la façon dont les récits oraux devraient être interprétés et acceptés comme preuve devant les tribunaux. Dans les affaires *Squamish Indian Band v. Canada* (2001 FCT 480) et *R. v. Ironeagle* (2000 2 CNLR 163), la cour a admis les récits oraux comme preuve, mais a stipulé que le poids accordé aux récits oraux devait être déterminé en fonction de la



façon dont ils sont considérés au sein des sociétés concernées<sup>187</sup>. Dans sa décision dans l'affaire *Squamish*, la juge Simpson a également fait remarquer qu'elle n'aurait peut-être pas accordé beaucoup de poids aux récits oraux qui lui ont été présentés si elle avait trouvé des documents écrits contenant les mêmes renseignements qu'elle aurait pu utiliser à la place. La juge Simpson a de plus fait remarquer que les récits oraux étaient « parfois contradictoires »<sup>188</sup>.

Le juriste Drew Mildon se sert de la décision de la juge Simpson pour illustrer comment [TRADUCTION] « le doute et le scepticisme » d'un juge remettent en cause la nature même du récit oral : [TRADUCTION] « Les preuves [orales] peuvent être jugées inadmissibles... simplement parce qu'il existe d'autres preuves disponibles [pouvant être utilisées à la place]. Enfin, elles sont jugées contradictoires (ce qui, on le suppose, n'est jamais le cas pour un récit écrit) »<sup>189</sup>.

En 2002, les Tsilhqot'in ont entamé une procédure de revendication territoriale devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin de faire valoir leur titre de propriété sur leurs terres. Le juge David Vickers a estimé que les récits oraux qui lui avaient été présentés par les membres de la Nation Tsilhqot'in étaient suffisants pour prouver leur titre ancestral. Il a également rejeté les prétentions de la Couronne selon lesquelles la tradition orale n'était pas fiable ou devait être évaluée par rapport à des documents écrits, car il était tout aussi impossible de déterminer l'exactitude de notes historiques prises sur le terrain ou, plus précisément dans le cas des Tsilhqot'in, d'une ethnographie de 1900 sur les « Indiens Chilcotin »<sup>190</sup>. De façon plus générale, le juge Vickers a fait remarquer que [TRADUCTION] « le manque de respect envers les Autochtones est un thème constant dans les documents historiques. »<sup>191</sup>

Ces affaires ont obligé les systèmes juridiques occidentaux à reconsidérer la validité des traditions orales autochtones et leur importance et pertinence continues dans les sociétés et les cultures autochtones. Le système juridique canadien a commencé à faire des ajustements pour intégrer cette réalité, bien que les tribunaux aient encore du mal à considérer équitablement les preuves provenant d'un contexte culturel différent sans les forcer à entrer dans un cadre occidental<sup>192</sup>.

D'une certaine manière, il est quelque peu curieux que l'évolution de la common law canadienne en matière de contrats, par exemple, ait été aux prises en même temps avec la preuve orale dans un contexte différent : les ententes orales, les représentations précontractuelles, le témoignage oral et ce que les tribunaux appellent en gros « le fondement factuel » entourant le contrat, ou la preuve de l'intention des parties, sont encore des questions débattues par notre Cour suprême<sup>193</sup>.

Comme le fait remarquer Erica Hansen, l'accueil réservé au récit oral dans la société canadienne dominante a commencé à se renforcer également. Comme le laisse entendre le professeur de droit John Borrows dans le titre de son article sur le sujet, peut-être que les tribunaux ainsi que la société en général sont maintenant [TRADUCTION]

« prêts pour un changement »<sup>194</sup>.

Comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Marshall*<sup>195</sup>, l'interprétation des faits et du droit qui ont une incidence sur les droits ancestraux et les droits issus de traités doit être abordée d'une manière qui préserve l'honneur de la Couronne. La réconciliation exige que toutes les parties participant au déroulement de l'instruction adoptent des pratiques appuyant l'obligation de la Couronne de se conduire honorablement dans ses relations avec les peuples autochtones. Des pratiques qui auraient pour effet de restreindre l'introduction des perspectives autochtones pourraient saper le projet de réconciliation.

### ***Les processus décisionnels judiciaires et la résolution des litiges reposent intrinsèquement sur des rapports humains***

Les processus décisionnels judiciaires et la résolution des litiges reposent intrinsèquement sur des rapports humains et doivent donc être ouverts, transparents et inclusifs pour maintenir ou rétablir la confiance des parties.

Dans le contexte interculturel d'un tribunal canadien, un système fondamentalement contradictoire, le fait de permettre à un juge de se fier entièrement au texte/argument écrit est contraire à la réconciliation. L'existence de récits et de traditions oraux doit être prise en considération dans l'analyse faite en vue de décider si une question ou une catégorie de questions peut être déterminée de façon équitable et appropriée à partir d'un dossier écrit, sans audience.

Le test modifié de la Cour pour la preuve autochtone doit encore être reçu et évalué par des personnes au sein d'une structure et d'une institution qui a souvent une orientation idéologique et culturelle très différente des traditions de la plupart des peuples autochtones. Cette exigence crée des problèmes pour les tribunaux lorsqu'il s'agit d'évaluer ce qui est factuel dans les diverses cultures, et soulève une foule de questions<sup>196</sup>.

Comme le dit le professeur Borrows :

[TRADUCTION] [I]l existe d'énormes risques d'incompréhension et de mauvaise interprétation lorsque les peuples autochtones soumettent leurs « faits » à la magistrature aux fins d'interprétation. Ce problème est particulièrement aigu en cas de litige, car les constatations factuelles sont présentées dans un environnement contradictoire, et les interprétations sont faites par des juges dont la langue, l'orientation culturelle et l'expérience sont différentes de celles des peuples autochtones. Le risque de malentendus existe parce que chaque culture a des perceptions quelque peu différentes de l'espace, du temps, de la vérité historique et de la causalité [...] les juges qui évaluent la signification, la pertinence et le poids des preuves de la tradition orale doivent apprécier les différences culturelles possibles dans les significations implicites derrière les messages explicites s'ils veulent tirer des déductions et des conclusions appropriées<sup>197</sup>.

Cette difficulté d'interprétation exige que l'on tienne compte de la nécessité, lors de l'audience de ces témoignages, d'avoir l'aide d'aînés autochtones, de juges, d'*amicus curiae* ou d'avocats qualifiés connaissant les traditions, les lois et les cultures des systèmes juridiques canadien et autochtone. Sans cela, les récits oraux autochtones risquent d'être « dévalorisés », car le point de vue sur leurs pratiques, leurs coutumes et leurs traditions, ainsi que sur leur relation avec la terre, risque de ne pas être pris en considération comme il se doit<sup>198</sup>.

Les peuples autochtones [TRADUCTION] « doivent continuer, comme ils l'ont fait pendant des millénaires, à participer à la création, au contrôle et au changement de leur monde grâce au pouvoir de la langue, des récits et des chansons. Il est essentiel qu'ils participent à l'interprétation de leurs traditions s'ils veulent les porter devant les tribunaux. Cet engagement est important car les mots des tribunaux ne représentent pas seulement un sens, mais ils possèdent en outre le pouvoir de changer la réalité elle-même, car la considération judiciaire de l'histoire autochtone façonnera les relations juridiques, économiques, politiques et socioculturelles des peuples autochtones. À moins que les peuples autochtones ne participent plus significativement à l'interprétation future de ces récits dans le système judiciaire canadien, le processus et l'objectif des récits oraux risquent de ne pas être adaptés convenablement, malgré tous les efforts du système judiciaire »<sup>199</sup>.

Comme l'a rappelé la Cour dans l'affaire *R. c. Marshall*, les juges de common law ne peuvent pas se soustraire à leur devoir de fournir des raisons sur la façon dont ils sont arrivés à leurs conclusions factuelles dans une affaire donnée de tradition orale. Ils n'ont pas le luxe que d'autres pourraient avoir en reportant leur jugement jusqu'à ce qu'il y ait un « consensus stable parmi les chercheurs. »<sup>200</sup> Les juges doivent déterminer comment ils en sont arrivés à considérer un point de connaissance particulier comme un « fait » et formuler leurs conclusions pour que d'autres puissent les apprécier et y répondre<sup>201</sup>. Il en va de même pour les juges du Québec.

## Conclusion

On peut affirmer à juste titre que le droit d'être entendu trouve ses racines dans les traditions autochtones, et en particulier dans le récit de contes oraux, tout autant que dans les traditions de common law et de droit civil. Ce fait est de plus en plus reconnu, tant par les tribunaux canadiens que par la société canadienne dans son ensemble.

Toutefois, pour parvenir à une véritable réconciliation avec les peuples autochtones, le système juridique canadien doit inclure des processus ouverts, transparents et inclusifs, qui reconnaissent et valident les traditions orales et encouragent l'engagement et la participation des peuples autochtones.

Cela signifie au minimum que dans les affaires mettant en cause des peuples autochtones et des droits autochtones, les processus juridiques doivent respecter la centralité

et l'importance des traditions orales et prévoir expressément l'écoute de récits oraux, par l'intermédiaire de témoignages oraux, présentés d'une manière culturellement appropriée. Cela peut également nécessiter l'aide d'aînés, de juges, d'*amicus curiae* ou d'avocats qualifiés connaissant les traditions, les lois et les cultures des systèmes juridiques canadien et autochtone.

Une compréhension plus approfondie des traditions orales et des récits oraux autochtones peut également éclairer notre approche de la construction d'un système judiciaire plus réactif et plus accessible. La reconnaissance du fait qu'il peut y avoir de multiples significations ou interprétations d'un récit particulier selon la manière dont il est raconté, dans quel contexte et par quelles méthodes, devrait nous amener à réfléchir profondément à la valeur des communications orales pour accroître notre compréhension et résoudre les différends de manière juste et équitable.

## **Partie III – Tirer les leçons du passé pour se tourner vers l'avenir**

### **III.1 Apprentissage et persuasion : Un regard sur d'autres disciplines et sur l'expérience du droit**

#### **Vue d'ensemble**

L'un des principaux objectifs de la plaidoirie orale est de donner aux décideurs l'occasion d'avoir une meilleure connaissance d'une affaire et des questions factuelles, juridiques et politiques qu'elle soulève. La recherche sur l'apprentissage humain peut donc mettre en lumière l'importance de la plaidoirie orale. Si la plaidoirie orale et la plaidoirie écrite engagent toutes les deux le décideur, les audiences orales offrent la possibilité aux décideurs de poser des questions et de travailler en collaboration avec des collègues et des parties pour mieux comprendre l'affaire en cause.

La présente partie propose d'abord une vue d'ensemble de la recherche et de la théorie sur le rôle de la présentation orale dans l'apprentissage humain. Elle se penche ensuite sur l'influence de la plaidoirie orale dans les litiges, en résumant les points de vue de la magistrature et des avocats, la recherche empirique et la théorie sur le raisonnement judiciaire, et les effets sur les autres intervenants du système de justice. Enfin, cette partie se termine par une revue des recherches et des commentaires sur les effets des différents formats de plaidoirie orale, comparant principalement la tenue d'audiences en personne et la tenue d'audiences à distance.

### L'apprentissage grâce à la présentation orale

Les chercheurs en psychologie et en éducation ont constaté que les gens faisaient un apprentissage de meilleure qualité grâce à des expériences qui mettent en jeu un engagement actif, plutôt que par la transmission passive d'informations.

L'importance de l'engagement de l'apprenant est étayée par le constructivisme, une théorie importante en sciences de l'éducation qui postule que, plutôt que de recevoir passivement des connaissances, les individus « construisent » leurs propres connaissances en interprétant leurs expériences grâce à leurs propres modèles internes du monde, et en utilisant ces expériences pour ajuster les modèles qu'ils se sont forgés et pour en construire de nouveaux<sup>202</sup>. Par conséquent, les individus apprennent mieux grâce à des expériences qui facilitent la construction des connaissances et, en particulier, des expériences qui engagent l'apprenant, ou mettent en jeu des processus sociaux qui permettent aux individus de « construire » des connaissances<sup>203</sup>. Des études ont démontré que les approches constructivistes adoptées dans une salle de cours ont un effet positif sur la réussite scolaire des étudiants<sup>204</sup>. Les études relatives à la discussion et à l'interrogation (questionnement) sont particulièrement pertinentes dans le contexte des audiences orales. Par exemple, une étude a démontré que les étudiants de premier cycle en sciences étaient plus susceptibles d'arriver à la bonne réponse à une question par le truchement d'une discussion entre pairs, même si aucune personne du groupe ne connaissait la bonne réponse au départ<sup>205</sup>.

Les études sur la présentation orale dans un cadre éducatif peuvent également donner un aperçu du rôle de la plaidoirie orale en vue d'aider les décideurs à avoir une meilleure connaissance d'une affaire. La recherche empirique a établi que la présentation orale peut être une méthode d'enseignement efficace pour les auditeurs (c'est-à-dire les juges et les décideurs) en raison des possibilités d'engagement actif. La recherche suggère que l'écoute passive n'est pas particulièrement efficace, mais que les présentations favorisant l'engagement actif de l'auditeur ont des effets positifs<sup>206</sup>. Les chercheurs ont constaté que [TRADUCTION] « les étudiants qui ne font pas de présentation tirent également profit des présentations en classe, notamment en assimilant le contenu du cours, en apprenant à écouter les points clés des présentations et en apportant des points de vue différents à la discussion »<sup>207</sup>. Répondre à une présentation orale et s'y engager crée un environnement d'apprentissage à haut niveau de participation, ce qui augmente la contribution cognitive de l'auditeur<sup>208</sup>. Cependant, les auditeurs qui se contentent de recevoir des informations dans le cadre de présentations orales peuvent ne pas en retirer des avantages significatifs par rapport à la lecture de documents écrits. Des études ont démontré que les mêmes parties du cerveau sont actives dans la lecture et l'écoute<sup>209</sup>, et que les adultes n'éprouvent

pas de différences significatives en matière de compréhension lorsqu'ils lisent un livre ou qu'ils écoutent un livre audio<sup>210</sup>.

Pour les orateurs, la présentation orale contribue également à des résultats d'apprentissage plus profonds et plus solides. Les présentations orales obligent effectivement les individus à s'engager profondément dans le contenu qu'ils présentent<sup>211</sup>. Une étude a démontré que les présentations orales basées sur des mises en situation facilitaient une compréhension et une connaissance plus approfondies du sujet traité<sup>212</sup>. Une autre étude a démontré que les présentations orales par affiches contribuaient à accroître les connaissances et la compréhension des étudiants sur les sujets qu'ils présentaient<sup>213</sup>. Il a été constaté que les stratégies d'apprentissage qui mettent en jeu l'interaction et la collaboration donnent de meilleurs résultats d'apprentissage<sup>214</sup>. Dans le même ordre d'idées, une autre étude a démontré que la préparation des présentations orales permettait aux étudiants de partager leurs idées entre eux, ce qui les aidait à affiner leurs structures de connaissances<sup>215</sup>. En outre, les présentations orales favorisent un apprentissage considéré comme authentique, holistique et stimulant et contribuent à renforcer les compétences de réflexion critique par l'intermédiaire du débat<sup>216</sup>.

La littérature indique qu'il y a des avantages à associer les présentations orales et les présentations écrites. La recherche en éducation indique que l'écriture offre plus d'occasions aux élèves présentateurs de réfléchir soigneusement à leurs pensées<sup>217</sup>. De plus, en lisant et en révisant un travail écrit, les étudiants peuvent mieux [TRADUCTION] « relever les concepts essentiels, établir des liens entre les concepts et organiser le sujet de manière approfondie en fonction de la structure rhétorique sous-jacente »<sup>218</sup>. De plus, lorsqu'elles sont comparées aux explications orales, les explications écrites favorisent une meilleure organisation de l'information, ce qui aide les étudiants à acquérir une connaissance conceptuelle plus approfondie<sup>219</sup>. D'autre part, la présentation orale suscite généralement un plus grand engagement social que l'écriture et, à ce titre, les apprenants peuvent fournir davantage [TRADUCTION] « d'exemples ou d'analogies authentiques pour illustrer le sujet abordé devant un public en particulier »<sup>220</sup>. Par conséquent, les étudiants sont en mesure de transmettre plus efficacement leurs connaissances par voie d'explications orales plutôt qu'écrites<sup>221</sup>, bien que les présentations orales puissent souvent être plus désorganisées que les présentations écrites<sup>222</sup>. En outre, le fait d'associer présentation orale et présentation écrite permet une plus grande inclusivité. À titre d'exemple, les étudiants qui souffrent de dyslexie ou qui, pour d'autres raisons, ont plus de difficultés à produire et à assimiler des documents écrits, peuvent tirer un avantage considérable de l'utilisation de travaux à la fois oraux et écrits<sup>223</sup>. Dans le contexte de la profession juridique, l'association de la plaidoirie orale et de la plaidoirie par écrit peut également présenter des avantages pour la diversité et l'inclusion parmi les décideurs, les avocats et les parties à un litige.

Par ailleurs, l'association de la plaidoirie orale et de la plaidoirie par écrit peut contribuer à faciliter l'apprentissage au sein d'une magistrature ou d'un barreau aux styles d'apprentissage variés. Une théorie importante parmi les éducateurs est que les individus ont des préférences différentes en matière de modalités d'apprentissage – les principaux styles

d'apprentissage étant le visuel, l'auditif (ou l'information entendue), la lecture et l'écriture, et le kinesthésique<sup>224</sup>. Par conséquent, l'association de la plaidoirie orale et de la plaidoirie par écrit peut s'adapter à la fois à l'apprentissage auditif et à la lecture. Cependant, il convient de noter que les théories sur les styles d'apprentissage ont été régulièrement critiquées pour leur manque de fondement scientifique, bien qu'il semble que de nombreux éducateurs continuent à défendre ces points de vue<sup>225</sup>.

La recherche et les théories en éducation et en psychologie ont souligné les effets positifs de l'engagement de l'apprenant pour une meilleure compréhension des sujets abordés. Cela suggère que, dans le contexte juridique, la compréhension par les décideurs d'une affaire et des questions en jeu est favorisée par la tenue d'audiences orales, par exemple, ce qui permet aux décideurs de poser des questions et d'engager une discussion avec leurs collègues. Cette conclusion est soutenue par la recherche sur la discussion entre pairs et les effets de la présentation orale en classe. La recherche suggère également que les plaideurs peuvent tirer profit de la préparation et de la présentation de soumissions orales. Enfin, en associant la plaidoirie orale et la plaidoirie par écrit, on peut améliorer l'inclusivité de l'instance pour les participants qui peuvent éprouver certaines difficultés avec un mode de présentation (par exemple les personnes atteintes de dyslexie).

## **L'effet de la plaidoirie orale sur les juges**

Au sein de la communauté juridique, les opinions sur l'importance de la plaidoirie orale varient considérablement. Les commentaires des juristes ont été recensés et étudiés de manière approfondie au fil des ans, en particulier en raison du fait que la plupart des tribunaux se sont progressivement tournés vers le matériel écrit. De même, les chercheurs en sciences sociales ont également étudié le raisonnement judiciaire et les facteurs contribuant à la prise de décisions légale.

Comme l'a identifié le juge en chef Spencer D. Levine de la Cour d'appel du quatrième district de Floride, les opinions portant sur l'importance de la plaidoirie orale (en appel) sont généralement réparties entre trois écoles de pensée : (i) le point de vue traditionaliste selon lequel la plaidoirie est presque toujours nécessaire ou utile aux juges; (ii) le point de vue opposé et plus récent selon lequel la plaidoirie a peu d'effet sur l'issue d'une affaire; et (iii) le point de vue modéré selon lequel la plaidoirie a certes un effet sur l'issue d'une affaire, mais « qui ne saurait être exagéré », et qui concernerait uniquement les affaires dont l'issue est serrée<sup>226</sup>. Dans le même ordre d'idées, certains juges ont exprimé l'opinion selon laquelle la plaidoirie orale peut les faire changer d'avis dans une minorité significative de cas<sup>227</sup>, tandis que d'autres (y compris à la Cour suprême du Canada) ont affirmé que la plaidoirie orale apporte « une faible valeur ajoutée »<sup>228</sup>.

La recherche empirique, cependant, semble indiquer que la plaidoirie orale peut avoir une influence plus importante que les sceptiques ne le croient. Le professeur Timothy Johnson

a mené une étude unique en son genre en étudiant les notes du juge Harry Blackmun de la Cour suprême des États-Unis, et il a constaté une corrélation considérable entre les votes des juges et la qualité de la plaidoirie (selon les évaluations récentes du juge Blackmun)<sup>229</sup>. Une étude canadienne a également révélé que plusieurs facteurs influent sur la prise de décision à la Cour suprême du Canada, notamment l'expérience des équipes de plaideurs, expérience que les chercheurs considèrent comme un indicateur des compétences des avocats et de la qualité de la plaidoirie orale<sup>230</sup>.

Malgré les avis partagés sur l'importance que revêt la plaidoirie orale dans la prise de décision finale dans une affaire donnée, les juges et les avocats ont tendance à convenir que la plaidoirie est importante dans la construction du raisonnement et la rédaction d'une opinion juridique (et donc du droit)<sup>231</sup>. En outre, les juges ont fait état de l'importance de la plaidoirie orale pour recentrer la discussion ou [TRADUCTION] « cristalliser les questions en litige »<sup>232</sup>, et pour répondre aux incertitudes et idées erronées découlant des documents écrits<sup>233</sup>.

Les juges et autres décideurs peuvent également tirer profit de la plaidoirie orale sur d'autres plans. Dans une étude sur les tribunaux britanniques, plus de 75 % des décideurs des tribunaux étaient « tout à fait d'accord » pour dire qu'il était difficile de prendre des décisions sur la seule base de demandes écrites. D'autres paramètres de l'étude ont également indiqué que les décideurs étaient moins certains de leurs décisions lorsque aucune audience orale n'était tenue, et ce, même lorsqu'on leur soumettait les mêmes éléments d'information par écrit<sup>234</sup>.

De même, les juges d'appel aux États-Unis et en Afrique du Sud ont convenu que la plaidoirie est généralement importante pour dissiper tout doute sur les questions en litige, confirmer les opinions provisoires formées sur la base des documents écrits et fournir une base de réflexion au Banc, même si les décisions finales ne s'en trouvent pas changées<sup>235</sup>. La plaidoirie donne l'occasion aux juges et aux avocats d'engager un dialogue sur les questions en litige, ce qui permet non seulement aux juges d'obtenir des informations pertinentes qui ne sont pas entièrement abordées dans les documents écrits<sup>236</sup>, mais peut également améliorer les connaissances des juges sur une affaire donnée, comme nous l'avons indiqué précédemment.

Les juges des tribunaux d'appel ont également fait remarquer que les audiences orales offrent une occasion précieuse de communiquer indirectement entre collègues au sujet des opinions de chacun sur les questions en litige et de comprendre le vote que fera tel ou tel juge<sup>237</sup>. Le professeur Johnson soutient que les audiences orales aident les juges à prévoir et à gérer les coalitions qui se formeront en chambre au moment de prendre une décision sur l'appel<sup>238</sup>. Aux États-Unis, on a même remarqué que des juges de la Cour suprême ont profité de l'audience orale pour se persuader mutuellement du bien-fondé de leurs arguments respectifs<sup>239</sup>.

Par ailleurs, la plaidoirie peut représenter une occasion importante de corriger ou d'atténuer les erreurs de raisonnement inconscientes chez les juges. Comme tous les êtres



humains, les juges peuvent souvent agir selon des préjugés implicites ou recourir à des heuristiques cognitives défectueuses telles que l'« ancrage » (*anchoring*) (la décision d'une personne concernant un quantum, tel que le montant des dommages-intérêts ou la durée d'une peine, peut varier de manière significative en fonction des chiffres qui lui sont présentés, même si ceux-ci n'ont aucun fondement dans les faits ou sur le plan de la raison)<sup>240</sup>.

Les plaidoiries peuvent représenter une occasion importante pour les avocats de détecter et d'aborder les préjugés judiciaires, et de recadrer leurs arguments en conséquence. Les experts ont élaboré une théorie selon laquelle les juges sont plus enclins à surveiller délibérément leurs préjugés et à utiliser des processus de raisonnement davantage basés sur les données (par opposition à l'idéologie) lorsque, entre autres, ils ont le sentiment de devoir justifier leurs décisions devant d'autres personnes, et qu'ils sont exposés à des arguments percutants<sup>241</sup>. En outre, la recherche indique que les juges peuvent être plus à même de contrecarrer leurs propres préjugés, notamment en reconnaissant que d'autres membres de la société peuvent avoir des opinions différentes ou interpréter les faits de manière différente<sup>242</sup> — ce qui peut être mis en évidence lors de la plaidoirie.

Malgré les différentes écoles de pensée concernant l'influence de la plaidoirie orale sur une décision de justice, les décideurs et les résultats des recherches empiriques tendent à parvenir à la même conclusion selon laquelle la plaidoirie orale présente effectivement un intérêt. La plaidoirie permet aux juges et aux décideurs d'obtenir toute information supplémentaire nécessaire pour répondre aux incertitudes et malentendus découlant des documents écrits; de se concentrer sur les questions les plus saillantes d'une affaire et de les développer; de répondre aux doutes et de confirmer les opinions formées sur la base des documents écrits; et de communiquer, comprendre et tenter d'influencer les opinions de ses collègues. La recherche empirique suggère également que la qualité de la plaidoirie orale peut avoir une influence sur l'issue d'une affaire.

Il est important de noter que les points de vue et les recherches évoqués dans la présente partie proviennent principalement d'avocats et de juges exerçant aux plus hauts niveaux d'appel. Les décideurs des cours ou des tribunaux administratifs de niveau inférieur peuvent avoir des points de vue différents sur l'importance de la plaidoirie orale. Une étude portant sur un tribunal spécialisé dans les prestations sociales au Royaume-Uni a révélé que l'effet d'une audience orale sur l'issue d'une affaire provenait principalement des informations obtenues lors de l'audience – effet considérablement réduit lorsque les mêmes informations étaient incorporées dans une demande écrite<sup>243</sup>.

## **L'influence de la plaidoirie orale sur les avocats, les parties et les autres intervenants**

La plaidoirie orale a un effet non seulement sur les décideurs, mais également sur les avocats et les parties. Au regard de l'importance de la plaidoirie orale pour les juges, les avan-

tages et les inconvénients de la plaidoirie orale pour les autres intervenants du système judiciaire sont peut-être moins étudiés. Cependant, nos recherches ont identifié des impacts importants de la plaidoirie orale sur les avocats, les parties et le public en général.

Pour les avocats, les audiences orales sont l'occasion de connaître le point de vue des juges sur une affaire. Les experts ont remarqué que les questions posées par les juges peuvent parfois faire ressortir des aspects nouveaux ou négligés d'un argumentaire qui n'ont pas été suffisamment développés dans les documents écrits<sup>244</sup>. Les avocats compétents peuvent être en mesure de saisir ces occasions pour améliorer leur pouvoir de persuasion lorsque vient le temps de faire valoir leurs arguments. En outre, la préparation d'une plaidoirie oblige les avocats consciencieux à comprendre leur affaire de manière plus approfondie. Comme nous l'avons vu plus haut, la recherche en sciences sociales indique que la préparation et la prestation d'une présentation augmentent considérablement la compréhension du sujet par le présentateur lui-même.

Les commentateurs ont également souligné que les audiences orales constituent souvent une étape importante de l'instance pour les parties<sup>245</sup>. En général, les audiences orales représentent la seule occasion pour une partie d'observer l'attention et la considération qui sont accordées à sa cause. Par conséquent, les parties peuvent davantage se sentir entendues et traitées équitablement si on leur accorde la tenue d'une audience orale et qu'on ne se contente pas de rendre une décision sur pièces dans leur cause, et si elles savent qu'elles (ou leur représentant) ont eu l'occasion de s'adresser directement au décideur. Ainsi, la plaidoirie orale peut jouer un rôle important dans le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice.

En revanche, la prestation d'une plaidoirie orale représente souvent un coût élevé pour les parties et le système de justice en général, et peut même aggraver les problèmes d'accès à la justice. Ceux qui sont sceptiques quant à l'importance de la plaidoirie ont soulevé les importantes ressources qui sont requises (par exemple le temps de préparation et d'audience), à la lumière des cas relativement peu nombreux dans lesquels la plaidoirie a une influence réelle sur la décision finale<sup>246</sup>.

En outre, les corrélations observées entre les votes des juges, la taille de l'équipe chargée du litige et l'expérience des avocats – et en particulier l'expérience devant les cours d'appel – suggèrent que les personnes qui peuvent se payer les services d'avocats plus expérimentés et davantage de ressources juridiques peuvent bénéficier d'un avantage supplémentaire lors de la plaidoirie<sup>247</sup>. Par conséquent, la plaidoirie orale et les dépenses qui y sont associées peuvent en fait constituer un obstacle à un véritable engagement dans le système de justice pour les parties disposant de moins de ressources.

## **Instances tenues en personne et à distance : le format de l'audience orale est-il important?**

### ***Les effets de la tenue d'une audience par vidéo sur l'issue des affaires***

Les tribunaux ont de plus en plus recours aux technologies de communication modernes, notamment en raison de la pandémie de la COVID-19 qui empêche la reprise des instances judiciaires régulières, ce qui a amené les chercheurs à examiner les répercussions de la tenue d'audiences par vidéo et d'audiences téléphoniques sur les litiges. Bien que ces technologies aient permis aux tribunaux d'éviter un arrêt complet de leurs activités au cours de la pandémie, la littérature fait ressortir des préoccupations concernant les comparutions à distance par opposition aux comparutions en personne. Il a été constaté que la tenue d'audiences par vidéo a une incidence sur l'issue des affaires, sur les décisions concernant la crédibilité, et sur l'engagement et la perception du processus judiciaire par les parties au litige.

Les recherches menées sur les audiences vidéo par opposition aux audiences en personne indiquent que le format de l'audience a une incidence significative sur l'issue d'une affaire. À titre d'exemple, une analyse réalisée en 2008 sur les audiences de mise en liberté sous caution dans le comté de Cook, dans l'Illinois, a révélé que le montant moyen des cautions avait augmenté de 51 % – et même de 90 % pour certaines infractions – dans les audiences de mise en liberté sous caution par voie de vidéo, alors qu'aucune augmentation significative sur le plan statistique n'a été relevée en ce qui concerne les audiences en personne<sup>248</sup>. Suite à un recours collectif contestant la pratique des audiences vidéo, le comté a cessé de recourir à ce type d'audiences relativement à la mise en liberté sous caution<sup>249</sup>.

De même, une évaluation, effectuée en 2010, d'un projet pilote d'audience virtuelle au Royaume-Uni, dans lequel des défendeurs accusés d'infractions criminelles avaient suivi leur première audience depuis le poste de police, en liaison vidéo avec le tribunal, a révélé que les défendeurs étaient plus enclins à plaider coupables et à se voir infliger des peines de prison plus longues lorsqu'ils comparaissaient par vidéo<sup>250</sup>. Dans les procédures d'asile traitées en 2005 et 2006, le taux d'octroi de l'asile était environ deux fois plus élevé lors des audiences en personne que lors des audiences vidéo<sup>251</sup>. Des recherches psychologiques plus générales sur l'influence des technologies de vidéoconférence ont conduit certains commentateurs à faire observer que les décideurs qui interagissent avec les parties par vidéo peuvent être moins sensibles aux conséquences que peuvent avoir des décisions négatives sur un individu<sup>252</sup>.

Les chercheurs attribuent généralement à deux facteurs les différences des décisions concernant des affaires de justice selon que des audiences sont menées par vidéo ou en personne. D'une part, le format vidéo peut avoir une incidence sur l'évaluation de la crédibilité par les décideurs. Dans l'étude sur l'audience de mise en liberté sous caution dans le comté de Cook, les chercheurs ont noté que la configuration de la vidéo donnait l'impres-

sion que le défendeur n'établissait pas de contact visuel avec les juges et que le format vidéo peut avoir influencé l'opinion de ceux-ci quant à la crédibilité du défendeur<sup>253</sup>. Des études portant sur les effets du témoignage par vidéo d'enfants mêlés à des affaires de violence sexuelle ont montré à plusieurs reprises que les jurés trouvaient le témoignage vidéo moins convaincant et moins crédible<sup>254</sup>. En outre, les juges en matière d'immigration ont rapporté des cas où ils ont préjugé de la crédibilité d'un accusé au cours d'une audience vidéo, mais ont ensuite modifié leur jugement après la tenue d'une audience en personne<sup>255</sup>.

L'idée selon laquelle les juges des faits sont moins susceptibles de croire un témoignage vidéo qu'un témoignage en personne est étayée par des recherches en psychologie sur [TRADUCTION] « l'effet de réactivité »; la professeure Sara Landstrom avance que [TRADUCTION] « l'on peut soutenir que les témoignages en personne, en raison du caractère instantané d'un face à face, sont perçus [par les jurés] comme plus dynamiques que, par exemple, les témoignages vidéo, et qu'ils sont à leur tour perçus plus favorablement, et considérés comme plus crédibles et plus mémorables »<sup>256</sup>. Les experts en communication non verbale ont également exhorté les tribunaux à faire preuve de prudence avant de recourir à la tenue d'audiences à distance, soulignant que les technologies vidéo telles que Skype et Zoom peuvent faire que le spectateur accorde une attention particulière aux informations comportementales, alors que son regard pourrait être différent lors d'une audience en personne – par exemple en se concentrant sur le visage à une distance rapprochée. Cela peut avoir un effet important si l'on se reporte aux recherches existantes selon lesquelles les caractéristiques faciales peuvent avoir une influence négative sur l'évaluation de la preuve et la peine à imposer dans les affaires criminelles<sup>257</sup>.

En revanche, une étude simulée menée en Australie a révélé que ce n'est pas la technologie qui influence la perception de la culpabilité d'un accusé, mais plutôt son emplacement et son cadrage dans le champ de vision des jurés : les accusés étaient plus susceptibles d'être considérés comme coupables lorsqu'ils étaient assis seuls dans le box des accusés de la salle d'audience, que lorsqu'ils étaient assis à côté d'un avocat, auquel cas ils étaient alors perçus comme plus honnêtes<sup>258</sup>. Ces résultats suggèrent que le témoignage vidéo peut remplacer de manière adéquate le témoignage en personne si la conception et la configuration de l'espace sont adaptées. La même étude a toutefois révélé que la crédibilité des procureurs était moindre lorsque ces derniers paraissaient sur un écran et qu'ils n'étaient pas présents physiquement dans la salle d'audience<sup>259</sup>.

D'autre part, les chercheurs ont constaté que les justiciables montraient plus de réticence à s'engager pleinement dans le processus judiciaire lorsqu'ils étaient soumis à des audiences par vidéo plutôt qu'à des audiences en personne. L'étude par la professeure Ingrid Eagly des audiences menées par vidéo aux États-Unis en matière d'immigration mettant en cause des personnes détenues a révélé que ces dernières étaient plus susceptibles d'être expulsées, non pas parce que les décideurs rejetaient davantage leurs demandes, mais parce que les intimés étaient moins susceptibles de tirer parti de procédures éventuellement utiles. En d'autres termes, les intimés étaient considérablement moins susceptibles

de faire appel à un avocat (taux inférieur de 35 % à celui des intimés en personne), de demander l'autorisation de rester légalement (taux inférieur de 90 % à celui des intimés en personne) ou de demander uniquement le droit de retourner volontairement (taux inférieur de 6 % à celui des intimés en personne)<sup>260</sup>.

Les entrevues conduites par Ingrid Eagly et les observations faites au tribunal semblent indiquer que la participation moindre aux audiences par vidéo est due à des facteurs tels que la nécessité d'une préparation logistique accrue (par exemple le fait de devoir envoyer les documents de demande par la poste au tribunal plutôt que de simplement en apporter une copie à l'audience en personne), les difficultés de communication entre l'avocat et le client, la difficulté à comprendre ce qui se passe, et la perception des intimés que la tenue d'une audience par vidéo est [TRADUCTION] « injuste et n'équivaut pas à "une vraie journée passée au tribunal" »<sup>261</sup>.

En conclusion, les recherches ont démontré que le format d'une audience, que celle-ci se déroule en personne ou par vidéoconférence, a une incidence sur les conclusions de substance. En général, les études ont démontré que les audiences menées par vidéoconférence ont tendance à aboutir à une issue moins favorable pour les personnes en matière pénale ou en matière d'immigration. En particulier, la tenue d'audiences par vidéo peut entraîner un jugement plus défavorable quant à la crédibilité d'un individu. En outre, les défis posés par la tenue d'audiences par vidéoconférence peuvent décourager les gens à s'engager pleinement dans le processus judiciaire.

### ***Les effets de la tenue d'audiences à distance sur l'accès à la justice***

Le recours à la vidéoconférence et à la téléconférence comme substitut régulier à la tenue d'audiences en personne devant le tribunal a des effets à la fois positifs et négatifs sur l'accès à la justice. Le passage généralisé aux audiences à distance dans le sillage de la pandémie de la COVID-19 a permis de mettre en lumière ces effets et a suscité de nombreux commentaires et études qui mériteraient d'être poursuivis pendant toute la durée de la pandémie.

La tenue d'audiences à distance peut réduire considérablement les frais pour les parties au litige en leur évitant d'avoir à parcourir de longues distances, à trouver des solutions pour faire garder leurs enfants ou à s'absenter du travail pour se rendre au tribunal<sup>262</sup>. Cependant, les exigences technologiques peuvent constituer de sérieux obstacles pour ceux qui n'ont pas un accès régulier à ces technologies ou qui ne savent pas les utiliser. Ces obstacles se manifestent souvent selon les lignes d'inégalité déjà existantes, car les parties qui vivent dans des zones rurales et éloignées, et celles qui ont des niveaux de revenus inférieurs, ont tendance à avoir plus de difficultés à accéder à des connexions Internet fiables<sup>263</sup>. Au Canada, les communautés autochtones et nordiques sont particulièrement touchées par les disparités en matière de connexion<sup>264</sup>. Les personnes handicapées qui ont besoin de technologies spéciales pour accéder à des activités en ligne et s'y engager

peuvent également rencontrer des difficultés particulières pour accéder à des audiences tenues à distance<sup>265</sup>.

Par ailleurs, les parties qui doivent recourir à des services d'interprétation et de traduction peuvent également souffrir du passage aux audiences à distance. Lors des conférences téléphoniques, les services d'interprétation souffrent de l'incapacité de l'interprète à percevoir la communication non verbale, qui constitue un élément important pour offrir une interprétation exacte<sup>266</sup>. L'interprétation par vidéo peut également être moins qu'idéale, car une étude de 2005 sur les audiences conduites par vidéo à Chicago a révélé que la vidéoconférence peut avoir exacerbé les problèmes d'interprétation; en outre, les personnes qui s'en remettaient à des interprètes étaient également plus susceptibles de rencontrer des problèmes techniques<sup>267</sup>.

Par conséquent, les effets de la tenue d'audiences à distance sur l'accès à la justice ne sont pas clairement établis. Bien que les audiences tenues à distance tendent à réduire les frais liés à la participation à des instances judiciaires, l'exigence de connexions Internet adéquates, de compétences technologiques et de services d'interprétation par vidéo peut constituer un obstacle pour des pans entiers de la population faisant déjà face à des difficultés systémiques d'accès au système de justice.

## Conclusion

Malgré les coûts et les autres fardeaux associés à la prestation d'une plaidoirie orale dans une salle d'audience « physique », il existe des raisons convaincantes de privilégier la tenue d'audiences en personne et la plaidoirie orale dans les litiges. La recherche en sciences sociales et en éducation indique que la présentation orale et la discussion engendrée par les audiences orales sont des méthodes d'apprentissage particulièrement efficaces tant pour les orateurs (plaideurs et avocats) que pour les auditeurs (décideurs et juges), surtout lorsqu'elles impliquent un degré élevé d'engagement et de dialogue social. La recherche semble également indiquer que l'association de la présentation orale et de la présentation écrite, plutôt que le remplacement de l'une par l'autre, est la méthode la plus efficace et la plus inclusive, car elle s'adapte aux styles d'apprentissage et aux qualités de chacun.

Dans le même ordre d'idées, l'importance de la plaidoirie orale dans les litiges est étayée par les résultats de la recherche et les commentaires de divers intervenants du système de justice, y compris les juges, les plaideurs et les justiciables. Bien que les opinions sur l'effet décisif de la plaidoirie orale sur l'issue d'une affaire varient considérablement, certaines études montrent que la qualité de la plaidoirie orale peut avoir une influence réelle sur les votes des juges. En outre, les juges ont relevé un certain nombre d'avantages de la plaidoirie orale autres que l'incidence sur la décision finale. Les plaideurs et les justiciables peuvent également tirer profit de la plaidoirie orale.

Les avantages de la plaidoirie orale peuvent mieux se manifester dans le cadre d'audiences tenues en personne que lors d'audiences tenues à distance. Les recherches sur les audiences conduites par vidéo ont permis de relever un certain nombre de préoccupations concernant les effets de ce mode d'audition sur la solution des litiges, la détermination de la crédibilité et l'engagement des parties. Si les audiences tenues à distance peuvent améliorer l'accessibilité aux tribunaux pour certaines parties, l'importance accordée à la technologie et à la connectivité soulève également de graves problèmes d'accès à la justice pour d'autres personnes, notamment celles qui appartiennent aux communautés autochtones, qui vivent dans des régions rurales et éloignées, qui touchent de faibles revenus ou qui ont besoin de recourir à des services de traduction et d'interprétation.

## III.2 Les modes d'audition au Canada et dans le monde

### Vue d'ensemble

Avant la pandémie de la COVID-19, une tendance générale se dégagait en faveur d'une plus grande discrétion judiciaire et d'une application plus large des règles visant à permettre aux affaires d'être entendues par écrit, par téléphone ou par vidéoconférence. À mesure que les dossiers des tribunaux se multiplient, que les technologies de téléconférence progressent et que la pandémie de la COVID-19 se poursuit, les tribunaux judiciaires et administratifs ont, par nécessité, largement adopté de nouvelles façons de tenir des audiences qui se seraient auparavant déroulées dans des salles d'audience « physiques ». Alors que les plaidoiries se déroulaient autrefois oralement et en personne, les affaires sont de plus en plus traitées par écrit, vidéo et téléphone.

La présente partie décrit les manières actuelles de procéder et celles qui prévalaient avant la COVID-19 ainsi que la place de la plaidoirie écrite, de la plaidoirie à distance ou virtuelle et de la plaidoirie orale en personne au Canada, ainsi que dans des ressorts étrangers comme le Royaume-Uni et les États-Unis. Il y est également question des conséquences de la COVID-19 sur les modes d'audition et la plaidoirie et de la manière dont la pandémie a changé la façon dont les parties et les décideurs abordent la plaidoirie<sup>268</sup>.

### Canada

#### Thèmes généraux

Il existe une présomption générale en faveur de la tenue des audiences en personne dans toutes les provinces et tous les territoires canadiens. Les décisions prises en l'absence de toute audience orale demeurent l'exception au Canada. Toutefois, cette présomption a été révisée en raison des circonstances exceptionnelles liées à la pandémie de la COVID-19. Par souci d'adaptation aux restrictions en matière de santé publique, de nombreuses affaires ont été traitées par téléphone ou par vidéoconférence. Lorsque les restrictions en matière de santé publique ont été quelque peu assouplies, ces modes d'audition de substitution ont été rendus disponibles en plus des audiences en personne.

Au moment de la rédaction du présent rapport, l'audience des affaires par voie électronique dépend généralement de la disponibilité de la technologie (pour les vidéoconférences) et de l'exigence selon laquelle l'absence d'audience en personne ne doit pas compromettre l'équité de l'instance (Terre-Neuve<sup>269</sup>, Manitoba<sup>270</sup>, Colombie-Britannique<sup>271</sup>, Québec<sup>272</sup>, Nouvelle-Écosse<sup>273</sup>).

#### Cours d'appel

Dans la plupart des provinces, et dans l'ensemble de la pratique en matière civile, familiale et criminelle, les cours d'appel peuvent traiter les affaires sur la base de soumissions écrites seulement, sur consentement des parties (Colombie-Britannique<sup>274</sup>, Saskatchewan, Manitoba<sup>275</sup>, Alberta<sup>276</sup>, Nouveau-Brunswick<sup>277</sup>, Île-du-Prince-Édouard<sup>278</sup>, Québec, Ontario). La plupart des cours d'appel ont également mis en place des règles permettant la tenue d'audiences par vidéo et par téléphone, soit à la demande des parties, soit à l'initiative de la cour, mais, dans tous les cas, à la discrétion de la cour (Québec<sup>279</sup>, Colombie-Britannique<sup>280</sup>, Alberta<sup>281</sup>, Manitoba<sup>282</sup> et, dans certaines circonstances exceptionnelles, Nouveau-Brunswick<sup>283</sup> et Terre-Neuve<sup>284</sup>).

#### Cours fédérales

La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale peuvent, sur demande et avec le consentement des parties, procéder sur la base de soumissions écrites<sup>285</sup>. Ces tribunaux peuvent également ordonner que les procédures soient menées par voie électronique<sup>286</sup>.



À la Cour suprême, il existe une présomption de tenue d'audience sur la base de documents écrits uniquement sur requête pour une nouvelle audience. Toutes les demandes présentées devant un juge ou soumises au registraire sont traitées sur pièces et sans audience, sauf ordonnance contraire<sup>287</sup>.

## Affaires criminelles

La grande majorité des affaires criminelles au Canada font l'objet d'audiences orales tenues en personne. Les audiences tenues à distance, virtuellement ou sur dossier sont l'exception et n'ont gagné en importance que récemment, pendant la pandémie de la COVID-19. Par exemple, le prononcé du jugement *Dafonte Miller* en juin 2020 a été diffusé en direct sur YouTube par le juge Joseph Di Luca de la Cour supérieure de l'Ontario. Les avocats ont comparu virtuellement et ont pu être vus par le public aux côtés du juge Di Luca. Dans le cours normal des choses, cette décision aurait été rendue en personne et dans le cadre d'une audience publique. Plus 19 000 téléspectateurs ont suivi le jugement sur YouTube, un chiffre qui dépasse de loin le nombre de membres du public qui assistent habituellement aux décisions judiciaires.

Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de procéder sans audience en personne varie selon les provinces et les territoires. Certains tribunaux disposent d'un large pouvoir discrétionnaire (par exemple, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a le pouvoir de traiter les affaires par écrit<sup>288</sup>), mais dans d'autres tribunaux, ce pouvoir est limité (Colombie-Britannique<sup>289</sup>, Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan<sup>290</sup>, Québec<sup>291</sup>, Ontario<sup>292</sup>). *Le Code criminel* fédéral prévoit également un nombre de cas limité dans lesquels une audience peut être menée, en tout ou en partie, par écrit (par exemple les ordonnances *ex parte* pour les mandats de perquisition et les ordonnances de blocage<sup>293</sup>; le choix et le nouveau choix du mode de procès<sup>294</sup>, et la comparution aux procédures en appel<sup>295</sup>).

En règle générale, la tenue d'une audience par téléphone ou par vidéoconférence est possible à la demande des parties ou à l'initiative de la cour, mais demeure à la discrétion de cette dernière (Alberta<sup>296</sup>, Colombie-Britannique<sup>297</sup>, Territoires du Nord-Ouest<sup>298</sup>). Dans les affaires préalables au procès, notamment les plaidoyers, les demandes de mise en liberté sous caution et l'échéancier des dossiers, les audiences par téléphone et par vidéoconférence sont plus courantes (Colombie-Britannique<sup>299</sup>, Alberta<sup>300</sup>, Saskatchewan<sup>301</sup>, Nouvelle-Écosse<sup>302</sup>, Terre-Neuve<sup>303</sup>, Ontario<sup>304</sup>). Au Manitoba, à quelques exceptions près, les accusés doivent comparaître par vidéo pour les décisions relatives à la détention, mais les comparutions en personne peuvent être ordonnées par le juge ou sont prescrites par la loi lorsqu'il s'agit d'inscrire un plaidoyer de culpabilité pour une peine de plus de deux ans<sup>305</sup>. *Le Code criminel* prévoit des cas limités où une audience peut être menée à distance, en tout ou en partie, par téléphone ou vidéoconférence (par exemple la présence à distance de certaines personnes<sup>306</sup> et la présidence du tribunal par téléphone ou vidéoconférence<sup>307</sup>).

## Affaires en matière de droit de la famille

Les audiences en personne constituent également la norme pour les affaires en droit de la famille dans tous les ressorts canadiens. Dans certains cas, les audiences peuvent être tenues par écrit lorsque les affaires ne sont pas contestées, sont sans opposition procédurale ou procèdent sans avis. En Saskatchewan et à l'Île-du-Prince-Édouard, par exemple, la possibilité de choisir une audience par écrit est étendue aux affaires dans lesquelles les questions de fait et de droit ne sont pas complexes.

Quelques provinces exigent que certains types d'audiences se déroulent par voie électronique. Cependant, la tendance générale est que les audiences en droit de la famille peuvent se dérouler par voie électronique seulement si les parties y consentent, si le tribunal le permet et si le tribunal dispose de ressources suffisantes pour faciliter l'audience. Les règles de Terre-Neuve-et-Labrador vont plus loin en énumérant certains facteurs dont le tribunal doit tenir compte pour déterminer s'il y a lieu de tenir une audience par voie électronique, notamment la disponibilité des ressources, la possibilité d'économiser du temps et de l'argent, l'emplacement des parties, des avocats et des témoins, et la nature de l'audience.

La tenue d'audiences par écrit peut être disponible lorsque l'affaire n'est pas contestée (par exemple les ordonnances de divorce non contestées en Colombie-Britannique<sup>308</sup>, Saskatchewan<sup>309</sup>, les requêtes non contestées au Manitoba<sup>310</sup> et à l'Île-du-Prince-Édouard<sup>311</sup>, et les demandes sur consentement à Terre-Neuve<sup>312</sup>). Les tribunaux conservent également le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que certaines audiences se déroulent par écrit (par exemple les questions de procédure dans les audiences en droit de la famille à la Cour suprême de la Colombie-Britannique<sup>313</sup>, toute affaire portée devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta<sup>314</sup>, et lorsque le tribunal estime que des conditions « justes » sont réunies au Nouveau-Brunswick<sup>315</sup>).

Les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire de décider du mode d'audience et, à l'exception des Territoires du Nord-Ouest, ils peuvent ordonner que les audiences se déroulent par téléphone ou par vidéoconférence (Colombie-Britannique<sup>316</sup>, Île-du-Prince-Édouard<sup>317</sup>, Alberta<sup>318</sup>, dans certaines procédures de droit de la famille en Saskatchewan, comme celles prévues par la Loi de 1996 sur l'enlèvement international d'enfants (*The International Child Abduction Act, 1996*)<sup>319</sup>, Yukon<sup>320</sup>, Manitoba pour les conférences de gestion et les audiences d'évaluation<sup>321</sup>, Nouveau-Brunswick « lorsque cette mesure s'avère juste et opportune »<sup>322</sup>, Nouvelle-Écosse<sup>323</sup>, Terre-Neuve<sup>324</sup> lorsque des [TRADUCTION] « installations appropriées » sont disponibles, Ontario<sup>325</sup>). Les règles des Territoires du Nord-Ouest ne confèrent pas ce pouvoir explicite aux tribunaux<sup>326</sup>.

## Affaires en matière civile et commerciale

La tenue d'audiences en personne est la norme en matière civile et commerciale dans tous les ressorts canadiens, à quelques exceptions près.

Certains tribunaux ont un large pouvoir discrétionnaire pour décider de tenir des audiences par écrit (Alberta<sup>327</sup>, Nouveau-Brunswick<sup>328</sup>), tandis que d'autres ont un pouvoir discrétionnaire plus limité. Par exemple, en Colombie-Britannique, le pouvoir discrétionnaire de procéder sur la base de documents écrits ne couvre que les aspects procéduraux de l'audience<sup>329</sup>. En Ontario, les demandes contestées sont généralement entendues en personne, mais les demandes pour permission d'en appeler sont traitées sur la base d'un dossier écrit<sup>330</sup>. La possibilité de procéder par écrit concerne souvent des affaires non contestées ou pour lesquelles un avis n'est pas requis (par exemple les questions d'ordre pratique en Colombie-Britannique<sup>331</sup>, les demandes non contestées à l'Île-du-Prince-Édouard<sup>332</sup> et en Ontario<sup>333</sup>). La possibilité de procéder par écrit est également disponible dans les cours des petites créances en Saskatchewan<sup>334</sup>, au Manitoba<sup>335</sup> et au Québec<sup>336</sup>).

Les conférences téléphoniques et les vidéoconférences sont généralement disponibles à la discrétion du tribunal, avec le consentement des parties, soit à l'initiative du tribunal, soit à la demande des parties (Alberta<sup>337</sup>, Saskatchewan<sup>338</sup>, Colombie-Britannique<sup>339</sup>, Yukon<sup>340</sup>, Manitoba<sup>341</sup>, Québec<sup>342</sup>, Nouveau-Brunswick<sup>343</sup>, Île-du-Prince-Édouard<sup>344</sup>, Terre-Neuve<sup>345</sup>, Ontario<sup>346</sup> pour les demandes). Les témoins peuvent également témoigner par vidéo ou par téléphone, à la discrétion du tribunal (Saskatchewan<sup>347</sup>, Québec<sup>348</sup>). Dans certains cas, l'audience en personne n'est pas disponible (en Saskatchewan, par exemple, les demandes de comparution sont entendues exclusivement par téléphone<sup>349</sup>). Encore une fois, les Territoires du Nord-Ouest sont l'exception à cette tendance qui se dégage en faveur de la tenue d'audiences par téléphone et par vidéoconférence, car les règles judiciaires de ce territoire ne confèrent pas ce pouvoir explicite aux tribunaux<sup>350</sup>.

## **Le *Civil Resolution Tribunal* de la Colombie-Britannique**

Le *Civil Resolution Tribunal* (CRT) de la Colombie-Britannique est le premier tribunal administratif en ligne du Canada. Créé en 2016 pour traiter exclusivement les litiges relatifs aux condominiums, quel que soit le montant, son mandat s'est depuis élargi et il offre désormais des services de règlement des litiges de bout en bout pour les petites créances jusqu'à 5 000 \$, les litiges relatifs aux dommages corporels liés aux véhicules automobiles de moins de 50 000 \$ et les litiges mettant en cause des entités constituées en société et des associations coopératives. Son principe directeur veut que les services de règlement des litiges soient [TRADUCTION] « rapides, souples, accessibles, abordables et efficaces ».

Le CRT fournit des informations juridiques gratuites et des ressources d'auto-assistance au public, ainsi qu'une plateforme en ligne, supervisée par un gestionnaire de cas, permettant aux parties d'échanger des informations et de mener des négociations. Les parties sont encouragées à conclure une entente, mais peuvent demander au CRT de rendre une décision contraignante, en utilisant le portail en ligne pour télécharger des preuves et soumettre des arguments. L'une ou l'autre des parties peut choisir de faire mettre de côté une décision du CRT et de poursuivre le litige devant la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, et les

parties peuvent également demander la révision judiciaire d'une décision du CRT.

Plus tôt cette année, la province de la Colombie-Britannique a annoncé que des changements étaient envisagés, lesquels, s'ils sont adoptés, conféreront au CRT la compétence sur la plupart des litiges relatifs aux préjudices corporels liés aux véhicules à moteur de plus de 50 000 \$, et ce, à compter du 1<sup>er</sup> mai 2021.

## **Les conséquences de la COVID-19 sur la plaidoirie au Canada**

La pandémie de la COVID-19 a entraîné un changement important dans la façon dont les tribunaux canadiens mènent leurs audiences et leurs procédures. De manière générale, la COVID-19 a exigé que, dans la mesure du possible, les tribunaux s'adaptent à la conduite des procédures par téléphone et par vidéoconférence afin de poursuivre leurs activités de manière sécuritaire et efficace. Dans certains cas, les tribunaux ont également évolué vers un plus grand recours aux soumissions écrites qu'aux soumissions orales. Toutefois, si les tribunaux ont continué à s'adapter à cette nouvelle réalité, ils ont généralement rétabli les audiences et les procédures en personne dans la mesure du possible.

En mars 2020, tous les tribunaux du pays ont été contraints d'ajourner la plupart des audiences sans date de retour fixe dans diverses affaires criminelles, familiales et civiles, afin de protéger la santé et la sécurité des participants au tribunal<sup>351</sup>. Dans certaines provinces, les audiences ont été limitées aux affaires urgentes, notamment les affaires criminelles dans lesquelles l'accusé était en détention, et les affaires familiales urgentes mettant en cause des procédures de protection de l'enfance<sup>352</sup>. Face à l'incertitude quant à la reprise des activités normales, les tribunaux canadiens ont publié des avis encourageant les parties à recourir à des mécanismes alternatifs de résolution des différends, notamment la médiation et l'arbitrage, afin de réduire les délais de règlement des différends<sup>353</sup>.

Des procédures adaptées sont maintenant largement en place dans tous les tribunaux canadiens, permettant à ceux-ci de rouvrir leurs portes et de reprendre les audiences ajournées. Les cours provinciales et les cours supérieures ont été particulièrement sollicités durant la pandémie en tant que cours de première instance. Dans de nombreux cas, cela a entraîné des retards dans la reprise et la reprogrammation des audiences, ce qui a entraîné d'importants retards qui persistent. En revanche, les cours d'appel semblent avoir adopté sans trop de difficultés les modes d'audition par téléphone ou par vidéoconférence pour la plupart des affaires. Certains appels se sont même déroulés entièrement par écrit<sup>354</sup>.

Malgré ces tendances générales, le déroulement des instances a connu une évolution légèrement différente selon les régions<sup>355</sup>.

## Les ressorts internationaux

En envisageant l'avenir de la plaidoirie orale, il est instructif d'examiner également les pratiques en matière de plaidoirie dans des ressorts comparables et internationaux.

Il convient de noter qu'en réponse à la pandémie de la COVID-19, un important projet international est en cours, sous la direction du professeur Richard Susskind, pour créer une base de données permettant à la collectivité internationale des travailleurs de la justice – juges, avocats, fonctionnaires des tribunaux, parties, technologues des tribunaux – de partager leurs expériences des solutions de rechange « à distance » à la tenue d'audiences classiques devant les tribunaux<sup>356</sup>. Le projet *Remote Courts Worldwide* se penche également sur la question de la plaidoirie orale, et plaide en faveur de la multiplication des audiences en ligne à moindre coût<sup>357</sup>. Le projet est en cours et des mises à jour sur le recours aux tribunaux à distance sont régulièrement publiées sur son site Web. Il s'appuie sur le premier forum international sur les tribunaux en ligne (*First International Forum on Online Courts*), qui s'est tenu à Londres en décembre 2018, où 300 personnes provenant de 26 pays se sont réunies pour parler du recours à la technologie pour transformer les activités des tribunaux. La pandémie de la COVID-19 a assurément accéléré cette transformation.

## Le Royaume-Uni

Avant la pandémie de la COVID-19, les audiences orales demeuraient la norme au Royaume-Uni pour la plupart des affaires. Dans certains cas, une décision sera/peut être prise [TRADUCTION] « sur pièces », mais cela reste l'exception<sup>358</sup>.

Réaffirmant la prééminence des audiences orales, la Cour suprême du Royaume-Uni n'a tenu sa première audience à distance que le 24 mars 2020, après le début de la pandémie de la COVID-19.

## ***Audience publique et jugement***

Le droit à une audience équitable est garanti par l'article 6 du *Human Rights Act 1998*, tout comme le droit à une audience publique<sup>359</sup>. Toutefois, des exceptions peuvent être soulevées dans certaines circonstances<sup>360</sup>. Une partie peut renoncer à son droit à une audience publique, mais cette renonciation doit être sans équivoque<sup>361</sup>. Bien que l'article 6 ne permette aucune limitation expresse de l'exigence de la publicité du jugement, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a estimé que cette exigence peut être satisfaite en mettant le jugement à la disposition du public par d'autres moyens que le prononcé public au tribunal<sup>362</sup>.

La tenue d'audiences en personne est généralement requise à la High Court of England and Wales<sup>363</sup>. En ce qui concerne les requêtes, les demandes provisoires ou les étapes interlocutoires, à moins que les parties ne se mettent d'accord sur la question, la décision finale relative à une demande nécessitera une audience en personne. Il n'est pas permis de procéder uniquement sur pièces dans ce type d'affaires<sup>364</sup>.

En ce qui concerne les questions interlocutoires, si une audience est demandée mais que l'autre partie n'est pas d'accord, le juge statuera sur la question après avoir reçu des arguments<sup>365</sup>. La tenue d'audiences orales est généralement privilégiée, même si ces dernières peuvent s'avérer plus coûteuses, car on estime que l'avocat peut mieux s'adresser au juge de cette manière.

### ***Traitement des affaires sur pièces***

Pour certaines questions de procédure, telles que les « directives », on s'attend à ce que les parties se mettent d'accord sur les modalités sans avoir besoin de se présenter devant un juge. Si une entente n'est pas possible, un juge déterminera comment l'affaire se déroulera et émettra une simple directive. Par exemple, pour une demande en jugement sommaire sans dossier complet, l'équivalent des affidavits de documents en Ontario (au Royaume-Uni, *bundles*) sera requis pour l'audience, et les parties sont censées s'entendre sur certaines questions avant l'audience.

Avant la pandémie de la COVID-19, les demandes et les requêtes étaient entendues en personne seulement. Toutes les affaires étaient généralement traitées sur pièces, au moyen de dépôts sur papier (et non par voie électronique), y compris les audiences de mise en liberté sous caution, les audiences préalables au procès et les conférences de gestion de l'instance. Pour les affaires criminelles, les audiences préliminaires visant à fixer une date pour les audiences sur le plaidoyer étaient entendues en personne.

Toutes les autres affaires en matière criminelle sont entendues en personne avec dépôts sur papier. Il convient de noter que les tribunaux civils ont accès à davantage de fonds que les tribunaux criminels et sont donc plus à même de s'adapter aux procès et audiences par vidéo et d'en permettre le déroulement. Sur le plan technologique, les tribunaux civils sont très en avance sur les tribunaux criminels et les juridictions inférieures. Ils disposent de salles de presse, de retransmissions en direct et d'une infrastructure compatible avec les systèmes sans fil.

Dans les tribunaux traitant des affaires familiales et criminelles, avant la pandémie de la COVID-19, les témoins étrangers pouvaient être interrogés par vidéoconférence, et les enfants pouvaient fournir un témoignage par vidéo depuis une autre pièce (en présence d'un agent de police). Il est maintenant prévu que ces modes de témoignage soient acceptés à des niveaux de juridiction plus élevés, grâce aux leçons tirées de l'expérience de la COVID-19.

Une évolution du Barreau vers l'élimination du témoignage oral en interrogatoire principal et vers l'utilisation de déclarations écrites de témoins en matière civile a également été remarquée, bien que les contre-interrogatoires continuent d'avoir lieu en personne. Ce mode de témoignage est déjà obligatoire dans les affaires criminelles dans lesquelles une agression sexuelle est présumée avoir eu lieu. Dans ces cas, et pour les enfants témoins, on utilise des déclarations de témoins enregistrées sur vidéo.

Une limite de temps est souvent établie pour les témoignages oraux devant le tribunal, et un passage progressif à la vidéo afin d'aider les témoins est prévu<sup>366</sup>.

## **Tribunal administratif de l'Union européenne**

En mars 2019, un séminaire organisé par l'ACA-Europe<sup>367</sup> et la Cour suprême d'Irlande a présenté un rapport sur une enquête menée sur les procédures judiciaires suivies par les cours administratives suprêmes nationales, les Conseils d'État et autres institutions ayant une compétence suprême en matière de droit administratif dans les 28 pays membres (à la date du séminaire) de l'Union européenne<sup>368</sup>.

Le rapport a fait remarquer que parmi les 28 pays étudiés, la pratique en matière d'« audiences orales »<sup>369</sup> variait considérablement. Seuls neuf des 28 pays<sup>370</sup> organisent des audiences orales dans toutes les affaires ou presque, alors que quatre autres pays<sup>371</sup> organisent des audiences dans 80 à 90 % des affaires<sup>372</sup>. En France, 50 % des affaires ont fait l'objet d'une audience orale, et 11 pays recensés ont très peu eu recours, voire pas du tout, aux audiences orales, notamment l'Autriche, la Slovaquie, les Pays-Bas et l'Espagne<sup>373</sup>. Cependant, la majorité des pays dans lesquels une audience orale n'est pas la norme prévoient un mécanisme permettant aux parties de demander une audience orale et contiennent des directives sur le moment où ces audiences doivent être tenues<sup>374</sup>. Dans la majorité des pays recensés, aucune mise en place de délais formels concernant la tenue des audiences orales n'a été constatée<sup>375</sup>.

Dix pays ont décrit l'audience orale comme étant « importante, vitale ou déterminante pour l'issue de l'affaire ». Il est intéressant de noter que seule la moitié de ces pays sont des pays dans lesquels les audiences orales sont les plus fréquentes<sup>376</sup>, et dans l'autre moitié qui reprend les mêmes mots pour souligner l'importance de l'audience orale<sup>377</sup>, il n'y a pas eu d'audiences orales dans la plupart des affaires<sup>378</sup>.

Le rapport a fait état de variations importantes entre les pays en termes de degré d'importance accordé aux soumissions orales par rapport aux soumissions écrites. Alors que certains pays, comme la République tchèque et l'Espagne, ont déclaré qu'elles étaient d'importance égale, la Slovaquie a déclaré que les audiences orales étaient de faible importance. D'autres pays encore, dont la Croatie et la Pologne, ont déclaré que cela dépendait entièrement de l'affaire<sup>379</sup>.

Il est intéressant de noter que très peu de pays imposent une limite de mots pour les soumissions écrites<sup>380</sup>. Les auteurs du rapport ont également observé, dans quelques pays, une relation inverse entre le nombre d'audiences orales et la perception de leur importance pour l'issue de l'affaire; plusieurs ressorts dans lesquels des audiences orales sont régulièrement organisées n'estiment pas nécessairement que celles-ci ont une grande influence dans la plupart des affaires, et plusieurs ressorts qui n'organisent que rarement des audiences orales les considèrent comme très importantes lorsqu'elles ont lieu<sup>381</sup>.

## Australie

En Australie, le système qui répartit les avocats entre les *barristers* et les *solicitors* continue d'influer sur l'importance de la plaidoirie orale dans les litiges. Les *barristers* ne préparent généralement pas de représentations écrites et même les affaires non contestées sont entendues oralement<sup>382</sup>. Avant la pandémie de la COVID-19, aucun changement notable n'avait été constaté dans l'appréciation de la plaidoirie orale en personne. Bien qu'il y ait eu récemment une évolution vers le dépôt de documents en ligne, à l'exception des tribunaux d'État, toutes les comparutions se déroulent encore en personne.

En ce qui concerne les affaires civiles de grande valeur et les crimes de cols blancs, 97 % de ces affaires ont fait l'objet d'une audience en personne avant l'émergence de la COVID-19<sup>383</sup>. Les parties étaient obligées, lorsqu'elles désiraient comparaître par vidéo, d'en faire la demande, et ce mode de comparution restait exceptionnel. De même, les demandes sur le fond sont entendues en personne dans le cours normal des choses.

En raison de la pandémie de la COVID-19, une évolution vers la tenue d'audiences à distance et « sur pièces » a eu lieu. Par exemple, la Cour fédérale d'Australie a publié plusieurs notes d'information sur les mesures spéciales (*Special Measures Information Notes*, « SMIN ») pour permettre la poursuite des activités de la Cour fédérale. Les SMIN encouragent, dans la mesure du possible, des solutions alternatives aux audiences en personne, tels que les audiences sur pièces, par téléphone ou par toute autre technologie d'accès à distance<sup>384</sup>. Actuellement, les audiences pour instructions (lesquelles impliquent généralement l'établissement du calendrier des étapes préalables au procès et la résolution des différends interlocutoires) et les conférences de gestion de l'instance se déroulent par vidéoconférence à cause de la COVID-19 et peuvent continuer à être traitées à distance sur des plateformes telles que Teams ou WebEx<sup>385</sup>. La plupart des avocats australiens semblent en faveur d'un retour dans la salle d'audience, et il semble que l'on s'attende généralement à ce que les affaires actuellement entendues par vidéo soient à l'avenir tenues en personne.

En ce qui concerne le plaidoyer en appel, le SMIN qui traite des appels et des audiences de la Full Court (la division d'appel de la cour fédérale) stipule que toutes les affaires portées devant la Full Court seront traitées comme le sont les appels instruits par voie électronique et que toutes les audiences se dérouleront par vidéoconférence ou par conférence télé-



phonique. En outre, la Cour fédérale a déclaré que certaines affaires peuvent être traitées sur pièces si la situation s'y prête, avec la possibilité pour la Full Court d'autoriser les parties à faire de brèves interventions orales par vidéoconférence. Les audiences en personne sont limitées à des circonstances exceptionnelles et nécessitent l'approbation préalable du juge en chef<sup>386</sup>.

## Les États-Unis

Un examen complet du statut de la plaidoirie orale dans tous les ressorts des États-Unis dépasse le cadre du présent projet. En outre, le droit à une audience orale varie considérablement d'un État à l'autre, et entre les tribunaux d'État et les cours d'appel fédérales. Les procédures sont en effet conduites différemment, [TRADUCTION] « en fonction de la nature de l'affaire »<sup>387</sup>.

Comme le résume la partie II.1 du présent rapport, l'expérience des États-Unis contraste avec celle du Canada et, de façon encore plus frappante, avec celle du Royaume-Uni.

Au Royaume-Uni, l'introduction, sans parler de l'exigence, de mémoires écrits dans les cours d'appel est relativement récente, et la présomption voulant que la plaidoirie soit la norme persiste. Dans les cours d'appel fédérales des États-Unis, en revanche, la durée et la portée des plaidoiries sont depuis longtemps très limitées et, dans de nombreux cas, les affaires sont jugées sans aucune argumentation orale.

Comme l'a observé le juge Kravitz, les tribunaux des États-Unis ont rejeté très tôt la tradition orale du système juridique anglais, tant dans les plaidoiries que dans les avis judiciaires<sup>388</sup>.

Toutefois, l'évolution des États-Unis vers un processus judiciaire davantage axé sur l'écrit ne doit pas être confondue avec le droit à l'application régulière de la loi garanti par la constitution.

Le cinquième amendement crée un certain nombre de droits et s'applique à la fois aux instances criminelles et aux instances civiles. Il exige, entre autres, que « l'application régulière de la loi » (« due process of law ») soit la règle pour toute procédure qui prive un citoyen [TRADUCTION] « de sa vie, de sa liberté ou de ses biens ». Le quatorzième amendement, ajouté en 1868, reprend des mots similaires et est souvent appelé clause relative à l'application régulière de la loi.

Le sixième amendement garantit les droits des accusés mêlés à des affaires criminelles, notamment le droit à un procès public (excluant implicitement un procès criminel fondé uniquement sur un dossier écrit), le droit à l'assistance d'un avocat et à un jury impartial.

Bien que la portée de la clause relative à l'application régulière de la loi ait fait l'objet d'une jurisprudence abondante, la Cour suprême des États-Unis l'a généralement interprétée de manière large, afin d'inclure le droit à l'application régulière du droit procédural tant en

matière criminelle qu'en matière civile et les protections substantielles incluses dans la garantie d'application régulière de la loi.

La doctrine de l'application régulière du droit procédural exige que des procédures équitables soient suivies avant qu'une personne puisse être privée de sa vie, de sa liberté ou de ses biens. Le préavis de la privation et la possibilité d'être entendu dans le cadre d'une décision prise par un décideur neutre constituent des exigences minimales. Historiquement, le droit fondamental à l'application régulière de la loi incluait le droit de présenter des preuves et d'appeler des témoins, de connaître les preuves de la partie adverse, de contre-interroger les témoins adverses et d'être représenté par un avocat, entre autres choses. Cependant, la reconnaissance de tous ces droits n'est pas nécessaire dans chaque cas de privation présumée de vie, de liberté ou de biens.

Par exemple, la règle 34 des *Federal Rules of Appellate Procedure* prévoit qu'une partie peut déposer – ou qu'un tribunal peut exiger – une déclaration expliquant pourquoi l'argumentation orale devrait ou ne devrait pas être autorisée.

La règle 34 prévoit que l'argumentation orale doit être autorisée à moins qu'une formation de trois juges, qui ont examiné les mémoires et le dossier, conviennent à l'unanimité que l'argumentation orale n'est pas nécessaire pour l'une des trois raisons énumérées : l'appel est frivole; la ou les questions en litige essentielles ont été tranchées de manière officielle; les faits et les arguments juridiques sont présentés de manière adéquate dans les mémoires et le dossier, et le processus judiciaire serait davantage alourdi qu'autre chose par une plaidoirie orale.

Les procédures de détermination du mode d'audition varient considérablement entre les tribunaux des États-Unis. En effet, l'éventail des différentes pratiques et procédures s'est élargi avec l'introduction de règles et procédures temporaires pour faciliter l'administration continue de la justice pendant la pandémie de la COVID-19. Jusqu'à quel point ces mesures temporaires seront maintenues aux États-Unis, comme au Canada? C'est ce qui reste à voir.

## Conclusion

La pandémie de la COVID-19 a imposé des changements aux procédures et aux activités de tous les tribunaux canadiens, et il est vraisemblable que ces changements perdureront après la fin de cette crise sanitaire. Des tendances et des répercussions comparables sont constatées dans d'autres ressorts. Au Canada, cependant, l'élargissement sélectif du recours aux audiences à distance semble peu susceptible d'être abandonné à l'avenir. Enfin, et en dépit des changements évoqués, il est également manifeste que les tribunaux ont cherché à préserver et à rétablir la tenue d'audiences en personne autant que la sécurité le permettait pendant la pandémie. Cela témoigne de l'importance de la plaidoirie orale en

personne dans le système de justice canadien.

### III.3 Perspective des intervenants du système de justice canadien

#### Vue d'ensemble

Le Groupe de travail sur le litige moderne reconnaît que le rôle de la plaidoirie orale dans notre système de justice ne saurait faire l'objet d'une étude uniquement basée sur des éléments historiques et culturels. Les points de vue et les expériences des intervenants du système de justice sont fondamentaux pour notre analyse. C'est pour cette raison qu'un élément important du mandat du Groupe de travail était de consulter des juges, des avocats, des parties, des défenseurs des droits des victimes, des experts et d'autres participants et observateurs du système de justice.

La présente partie offre d'abord une vue d'ensemble des objectifs et de la méthodologie du sous-comité des perspectives des intervenants du Groupe de travail. Elle aborde ensuite les questions soulevées lors des consultations avec les intervenants, notamment les conséquences des adaptations découlant de la crise de la COVID-19 sur l'accès à la justice, l'administration de la justice et la pratique du droit, ainsi que le rôle de la plaidoirie orale, dans un système de justice post-pandémie.

#### Objectifs

En raison de la pandémie de la COVID-19, les consultations auprès des intervenants ont principalement porté sur les effets des récents changements sur le système de justice découlant de la crise sanitaire sur le système de justice. Le Groupe de travail a examiné :

- dans quelle mesure les adaptations apportées au modèle traditionnel de plaidoirie orale en personne (par téléphone, par vidéo ou sur dossier) ont eu des répercussions sur la justice civile et criminelle au Canada et sur la possibilité pour les parties d'obtenir un règlement équitable et accessible de leurs différends; et
- dans quelle mesure ces adaptations devraient se poursuivre après la pandémie.

Les intervenants ont partagé leurs expériences vécues au cours de la pandémie de la COVID-19 et leurs points de vue sur le rôle de la plaidoirie orale dans notre système de justice de manière plus générale, en s'exprimant sur de nombreux sujets, dont les suivants :

- les avantages et les inconvénients des divers modes de plaidoirie (par écrit uniquement,

en personne, par téléphone ou par vidéo);

- les circonstances nécessitant la plaidoirie en personne au lieu de la plaidoirie par vidéo, par téléphone ou par écrit;
- la relation entre les diverses formes de plaidoirie et leurs effets sur la façon dont la justice est perçue;
- l'accès à la justice et les obstacles liés aux différentes formes d'auditions;
- les expériences de diverses communautés, y compris les parties qui se représentent elles-mêmes et celles qui ne sont pas représentées, les Autochtones, les Noirs et les personnes racialisées, les femmes victimes de violence, les personnes à faible revenu ou vivant dans des régions éloignées, et d'autres participants au système de justice qui ont historiquement été défavorisés; et
- les opportunités découlant de la technologie et les limites de la technologie.

Les observations formulées par les intervenants étaient nuancées et diverses. Il n'était pas rare qu'un intervenant identifie des aspects positifs et négatifs pour chaque forme de plaidoirie – aucun d'eux n'étant entièrement bon ou mauvais.

Néanmoins, certains thèmes clés sont ressortis de la consultation, et ce au sein de l'ensemble des catégories d'intervenants :

***Le principe de la publicité des débats judiciaires.*** Afin de maintenir la confiance dans le système de justice, la justice doit non seulement être rendue, mais elle doit être perçue comme telle par les participants et le public. Les audiences en personne permettent des échanges humains dans la poursuite d'un *objectif commun de justice*, améliorent la capacité de communiquer efficacement et favorisent un climat de dialogue, la volonté de parvenir à un règlement et la prestation de conseils.

***La nécessité de promouvoir l'accès à la justice.*** Le mode d'audition doit tenir compte des considérations relatives à l'accès à la justice, notamment l'accessibilité, la proportionnalité, l'accès à une technologie fiable et à une bande passante Internet, le calendrier, les coûts et les besoins des divers participants, y compris les parties qui agissent en leur propre nom ou qui ne sont pas représentées. Un équilibre doit être trouvé pour prendre conscience, d'une part, que les ressources sont limitées et doivent être allouées raisonnablement et, d'autre part, l'efficacité ne peut pas être le principe moteur de l'administration de la justice.

***L'importance de l'intégrité du processus judiciaire.*** La sécurité, la solennité et le cérémonial des audiences en personne sont essentiels pour instaurer la confiance et le respect envers le système de justice. La sécurité des participants et l'intégrité des témoignages oraux constituent des préoccupations primordiales.

Les contributions des intervenants qui ont participé à l'élaboration de ces thèmes sont résumées plus loin dans la présente partie, sous la rubrique « Les conclusions des consultations avec les intervenants ».

Le Groupe de travail a réparti ces thèmes en quatre principes fondamentaux sur lesquels repose le mode d'audition, comme l'indique la partie IV : « Les travaux du Groupe de travail et les principes fondamentaux sur lesquels reposent les recommandations ».

## Méthodologie

La méthodologie utilisée par le Groupe de travail pour recueillir les observations des intervenants a pris la forme d'un processus de consultation exploratoire plutôt que d'une enquête scientifique. Les points de vue des intervenants ont été obtenus par quatre principaux canaux:

- le symposium du GTLM en septembre 2020, ainsi que des entretiens et consultations connexes;
- des entretiens individuels et des entretiens de groupe menés par les membres du Groupe de travail avec un éventail diversifié d'intervenants provenant des quatre coins du Canada;
- un sondage envoyé par La Société des plaideurs à tous ses membres; et
- une série d'assemblées générales virtuelles tenues avec des intervenants des quatre coins du pays.

### **Symposium**

En septembre 2020, le Groupe de travail a tenu un symposium intitulé *The Right to be Heard : The Future of Advocacy in Post-Pandemic Canada* (Le droit d'être entendu : L'avenir de la plaidoirie dans le Canada post-pandémique).

Au cours de l'été 2020, en créant l'ordre du jour et le programme du symposium, les membres du Groupe de travail ont effectué des recherches et lu de nombreux articles, publications et études sur des sujets liés à la plaidoirie moderne, et ils ont consulté et interviewé de nombreux leaders d'opinion du Canada, du Royaume-Uni et des États-Unis.

Ces experts provenaient d'une multitude de domaines, de communautés et de milieux, de la magistrature, du Barreau, du milieu universitaire, des défenseurs de la justice et des médias. Ils ont partagé leurs idées et leurs expériences sur des sujets aussi variés que la psychologie, l'éducation, les traditions orales autochtones, les communautés noires et

racialisées, le journalisme, le militantisme pour la justice sociale et l'influence des observations orales sur les décisions judiciaires.

Le symposium lui-même a attiré environ 600 participants de partout au Canada, qui ont tous été invités à participer aux prochaines assemblées publiques ou à soumettre leurs points de vue et expériences au Groupe de travail.

## **Entrevues**

Le Groupe de travail a eu des entretiens par téléphone et par vidéoconférence, d'août 2020 à avril 2021, avec un large éventail de professionnels du système de justice, notamment :

- des membres de tous les niveaux de la magistrature exerçant dans la plupart des juridictions du Canada, y compris des juges à la retraite et des représentants de l'Association canadienne des juges des cours supérieures;
- des avocats travaillant en pratique privée dans tout le pays, y compris dans des communautés éloignées ou nordiques, à divers niveaux d'ancienneté, que ce soient des praticiens travaillant à leur compte ou ceux exerçant dans de grands cabinets nationaux, dans un large éventail de domaines de pratique;
- les avocats qui travaillent dans le secteur public, y compris ceux qui travaillent au nom des parties vulnérables et des groupes visés par l'équité; et
- des représentants de diverses associations juridiques nationales et régionales, notamment la Criminal Lawyers' Association, l'Association canadienne des juges des cours supérieures et Aide juridique d'Ontario.

Au cours de ces entretiens, la discussion engagée par le Groupe de travail a porté sur des sujets résumés dans la partie Vue d'ensemble, ci-dessus, et a ainsi tourné autour de quatre thèmes précis :

- les considérations clés afin de déterminer si une affaire doit être traitée oralement en personne, oralement par vidéoconférence, oralement par téléphone, ou seulement par écrit;
- la façon dont la pandémie de la COVID-19 a eu un impact sur l'accès à la justice;
- Les avantages et les inconvénients des différents modes de plaidoirie pour les parties représentés ou agissant en leur propre nom; et
- Les adaptations apportées à la plaidoirie en raison de la COVID-19 que les intervenants souhaiteraient voir se poursuivre après la pandémie.

Le Groupe de travail a mené près d'une centaine d'entretiens de ce type de manière formelle, et davantage encore de manière informelle.

Les membres du Groupe de travail se sont basés sur un questionnaire de deux pages pour encadrer les discussions, mais avec des sujets qui se chevauchaient et permettaient un dialogue ouvert. Ce format a permis aux sondeurs de poser des questions approfondies et ouvertes, et a également permis aux personnes interrogées de communiquer les points qu'ils jugeaient les plus importants.

Les sondeurs ont pu entendre les participants parler de la plaidoirie avant la COVID-19, pendant la COVID-19 et après la COVID-19; comprendre ce qui devrait influencer le mode d'audition pour chacune des étapes d'une instance; examiner les possibilités offertes par l'évolution de la technologie; et se pencher sur le thème de l'évaluation des politiques et pratiques suivies par les tribunaux pendant la COVID-19. Le recours aux entretiens individuels et aux entretiens de groupe a permis une discussion franche, confidentielle et ouverte au sujet des expériences personnelles et professionnelles des participants.

Les membres du Groupe de travail ont eu à prendre connaissance d'autres informations grâce à l'examen de commentaires écrits de membres de la magistrature et d'avocats, de messages diffusés sur des plateformes de médias sociaux destinés à la communauté juridique et d'articles publiés dans les médias spécialisés du droit et les médias grand public.

### ***Sondage de La Société des plaideurs***

Le Groupe de travail a distribué un sondage aux membres de La Société des plaideurs, lequel a donné lieu à environ 325 réponses. Le sondage comportait dix-huit questions et a été diffusée par courrier électronique à l'ensemble des membres nationaux de La Société des plaideurs. Le sondage a été mis en ligne pendant deux semaines, du 4 au 21 décembre 2020.

Parmi les réponses données au sondage, 42 % provenaient de participants exerçant depuis 21 ans ou plus, et 57,5 % provenaient de participants exerçant depuis moins de 21 ans. Les participants provenaient de divers domaines de pratique, notamment le droit criminel, le droit de la famille, le droit autochtone, le droit civil, le droit fiscal et le droit des valeurs mobilières, et de divers milieux de pratique, allant des grands cabinets aux cabinets individuels, en passant par le contentieux d'une entreprise et l'aide juridique.

Même si les participants au sondage représentent certes un échantillon diversifié de membres de La Société des plaideurs, le Groupe de travail note que les membres de La Société des plaideurs eux-mêmes ne reflètent pas la « population des plaideurs » canadiens. Cela est dû à plusieurs facteurs, notamment au fait que les membres de La Société des plaideurs vivent et travaillent de façon disproportionnée dans les plus grands centres urbains du Canada, les membres se trouvant majoritairement à Toronto; les membres de La Société des plaideurs sont composés de façon disproportionnée d'avocats provenant de

grands cabinets; les membres de La Société des plaideurs disposent sans doute de plus de ressources et de soutien en tant que groupe que la population générale des avocats; et les personnes ayant participé au sondage en ligne ont probablement une meilleure connaissance de la technologie Internet et un meilleur accès à celle-ci que la population générale des avocats.

Dans l'ensemble, les résultats du sondage ont fourni un aperçu utile et de qualité des opinions des membres de la profession de partout au pays.

### ***Assemblées générales***

Le Groupe de travail a tenu sept assemblées générales virtuelles dans les endroits suivants :

- Colombie-Britannique;
- Alberta;
- Ontario (Ottawa/Toronto);
- Ontario (London/Windsor);
- Ontario (Thunder Bay/Nord de l'Ontario);
- Québec; et
- le Canada atlantique.

Les assemblées générales étaient ouvertes à tous les intervenants du système de justice, qu'ils soient ou non membres de La Société des plaideurs, et étaient gratuites. La Société des plaideurs et diverses associations juridiques régionales ont largement diffusé les invitations aux assemblées générales et les liens vers les réunions virtuelles.

Chaque assemblée générale a débuté par de brèves remarques des hôtes locaux et des membres de la magistrature de la région, comprenant généralement les juges en chef des trois paliers de juridiction, qui ont exprimé leur point de vue en tant que juges expérimentés, sur la base de leur propre expérience et des contributions de leurs tribunaux respectifs. Les juges ont également invité les participants à leur faire part de leurs commentaires. Le président de La Société des plaideurs, Guy Pratte, a ensuite présenté le Groupe de travail et son mandat en général, incluant notamment la recherche et la consultation sur la nature de la plaidoirie, l'importance persistante de la plaidoirie orale et la volonté d'intégrer les leçons tirées de la pandémie dans notre système de justice en évolution.

Les participants aux assemblées générales se sont ensuite répartis en petits groupes de discussion animés par les responsables de La Société des plaideurs dans des salles de réunion virtuelles. Les groupes ont eu des discussions d'une heure au cours desquelles ils ont abordé une série de questions concernant la plaidoirie orale et la façon dont elle a évolué et



continue d'évoluer, notamment à la lumière de leurs récentes expériences vécues au cours de la pandémie.

## Les conclusions des consultations avec les intervenants

La Société des plaideurs n'a pas mis sur pied le Groupe de travail en réponse à la pandémie de la COVID-19. Les questions étudiées par le Groupe de travail sont antérieures à la pandémie et ne peuvent pas y être réduites.

Cela étant dit, la pandémie de la COVID-19 a été une expérience qui a changé la vie à bien des égards. Le système de justice a été forcé de s'adapter rapidement et de façon radicale afin d'administrer la justice en temps de pandémie. Par exemple, à la suite de l'émergence de la pandémie de la COVID-19 et de la nécessité immédiate d'une distanciation physique, pratiquement tous les systèmes de justice et systèmes administratifs du Canada ont introduit des restrictions sur les comparutions en personne. Presque du jour au lendemain, de nombreuses juridictions ont introduit une certaine forme de technologie d'audience à distance pour les instances judiciaires, et les personnes prenant part au système de justice ont dû s'adapter rapidement à ces changements.

Étant donné que les consultations des intervenants ont eu lieu pendant cette période de changements rapides et extrêmes, il est inévitable et logique que les sujets et les thèmes qui ont émergé soient souvent évoqués et illustrés par des références à ces changements et aux expériences des intervenants au sein du système de justice en période de la COVID-19. Les intervenants ont abordé un certain nombre de questions découlant du passage à la « plaidoirie à distance », et ont observé diverses façons dont le système judiciaire a été à la fois amélioré et miné. Pour le meilleur et pour le pire, les effets de ces changements ont été profonds.

Néanmoins, comme l'indique la section Vue d'ensemble, les consultations avec les intervenants ont fait ressortir des thèmes clés qui peuvent s'appliquer non seulement à la période de la pandémie, mais aussi de façon plus générale :

- i. Le principe de la publicité des débats judiciaires
- ii. La nécessité de promouvoir l'accès à la justice
- iii. L'importance de l'intégrité du processus judiciaire

Le Groupe de travail soutient que ces thèmes sont à la base des valeurs fondamentales de notre système de justice et doivent éclairer l'analyse du rôle de la plaidoirie orale dans notre système de justice au cours de la période post-pandémique et au-delà.

Un résumé des principales contributions des intervenants qui ont permis de formuler

ces thèmes est présenté ci-dessous, lequel résumé contient notamment les observations faites à l'occasion du symposium, du sondage, des entrevues et des assemblées générales nationales.

### **i. Le principe de la publicité des débats judiciaires**

Les intervenants ont constamment invoqué le principe de la publicité des débats judiciaires et son importance pour le système de justice au Canada.

Le principe de la publicité des débats judiciaires comporte de nombreux aspects, qui appuient tous le principe central selon lequel la justice est mieux rendue en audience publique, à la vue des participants, des avocats, des médias et du public. La publicité des débats judiciaires permet aux participants d'être les témoins directs du processus de justice, avec autant de transparence que le permet le système. Cela renforce non seulement la confiance dans une décision judiciaire donnée, mais aussi dans le système dans son ensemble.

### **Toutes les affaires, sauf les affaires routinières, devraient pouvoir faire l'objet de représentations orales**

Les intervenants ont indiqué que les parties ont tout à gagner à se présenter devant un juge, à le voir écouter et poser des questions, et à avoir la possibilité de « faire valoir leurs arguments ».

Tel est évidemment le cas lorsque les parties bénéficient de l'assistance d'un avocat. C'est peut-être encore plus vrai lorsque les parties se représentent elles-mêmes ou ne sont pas représentées. Lors du symposium, Mme Rachel Birnbaum a expliqué que les parties qui se représentent elles-mêmes ou qui ne sont pas représentées sont moins susceptibles d'être en mesure d'expliquer de manière efficace les éléments de leur cause par écrit. Elles sont plus susceptibles d'avoir besoin des conseils généraux du juge pour faire connaître et comprendre les éléments factuels et juridiques de leur argumentation.

Même les parties qui ont un avocat peuvent avoir de la difficulté à lire ou à comprendre leur propre dossier judiciaire écrit. Les intervenants ont indiqué que les parties expriment souvent leur satisfaction à la fin des soumissions orales parce qu'elles voient que leur avocat a vraiment « compris » l'affaire et a été en mesure de l'expliquer de façon précise au juge. Les intervenants ont indiqué que cet engagement augmente également la probabilité que les parties acceptent l'issue d'une audience donnée – elles peuvent être en désaccord avec la décision, mais elles la respecteront, ayant vu le juge écouter et poser des questions.

Les intervenants ont indiqué qu'il était particulièrement nécessaire que les parties autochtones aient la possibilité de participer aux audiences oralement. Lors du symposium, Donald Worme, c.r., a rappelé la tradition orale et son importance dans la construction d'un

récit et la prestation de la justice pour les Autochtones. Les remarques de M. Worme font écho à bon nombre de constatations et de conclusions de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans l'affaire *Restoule v. Canada (Attorney General)*<sup>389</sup>. Dans cette affaire, la juge P. C. Hennessy a expressément reconnu, dans le contexte d'une analyse du principe de l'honneur de la Couronne et de la doctrine de l'obligation fiduciaire imposée à la Couronne – telle qu'elle est appliquée à l'interprétation des traités pertinents – la preuve d'expert dans des domaines tels que les pratiques et les formes linguistiques et culturelles Anishinaabe<sup>390</sup>.

Les intervenants ont également indiqué que les questions qui revêtent une importance significative pour une partie, ou pour l'évolution du droit, ou pour le public, doivent faire l'objet d'une audience orale, que ce soit en personne (de préférence) ou par vidéoconférence (dans certains cas, notamment lorsque les parties y consentent).

Un consensus se dégage autour du principe selon lequel les questions qui ont des répercussions sur la liberté ou un intérêt substantiel similaire d'une partie (par exemple une demande en outrage au tribunal ou une demande en vue de retirer les enfants à un parent), ou les questions qui sont déterminantes, doivent faire l'objet d'une audience en personne.

Les intervenants ont également mentionné à plusieurs reprises la complexité d'une affaire comme un facteur clé dans l'évaluation du mode d'audition; les affaires qui comportent des questions factuelles ou juridiques complexes, ou des questions de crédibilité importantes, justifient ainsi la tenue d'audiences en personne.

En outre, les intervenants ont exprimé leur inquiétude quant au fait de procéder par écrit en ce qui touche aux questions de fond, et ce, pour de nombreuses raisons, notamment les suivantes :

- Les parties ont besoin de « voir » la justice être rendue afin de se sentir vraiment entendues et de savoir que quelqu'un les a écoutées. Certains avocats ont tenu à rappeler que la justice ne doit pas être perçue comme une institution opaque à laquelle on transmettrait des documents et qui nous livrerait une décision quelques temps après sans aucune explication.
- Les avocats affinent leur argumentation lorsqu'ils doivent faire des soumissions orales, et c'est parfois de cette manière que le fond même des arguments émerge.
- Malgré tous les efforts déployés par les avocats (et en particulier pour les parties non représentées et celles qui se représentent elles-mêmes), il se peut qu'un juge ne comprenne pas la signification d'un fait ou la question en litige principale de l'affaire par l'intermédiaire des seules soumissions écrites – en particulier lorsque le dossier factuel est volumineux ou complexe.
- Les juges, dans les décisions qu'ils prennent, tirent souvent profit de la possibilité de poser des questions aux avocats ou aux parties qui se représentent elles-mêmes ou qui ne sont pas représentées. Il est intéressant de faire remarquer que de nombreux juges

ont déclaré qu'ils ne pouvaient pas facilement prédire à l'avance dans quelles affaires ils pouvaient en tirer le plus profit.

- Les soumissions écrites demandent plus de temps pour être rédigées et entraînent des coûts plus élevés, coûts que toutes les parties ne peuvent pas se permettre d'engager. Certains intervenants ont fait remarquer que la présence en personne est nécessaire pour de nombreux avocats qui exercent dans de petits cabinets ou à leur propre compte, car ils ne peuvent pas se permettre de plaider par écrit. Ils préfèrent se rendre au tribunal et faire valoir leurs arguments au juge.
- Une avocate racialisée a affirmé qu'elle n'aimait pas procéder au moyen de soumissions écrites parce qu'elle craignait qu'en voyant son nom non anglo-normatif sur un document écrit, un préjugé inconscient influence le décideur. À l'inverse, lorsqu'elle se présente en personne, cette avocate dit avoir le sentiment de pouvoir « surmonter les obstacles que représentent son nom et sa race ».

En général, les intervenants ont indiqué qu'un tribunal ne devrait pas ordonner une audience par écrit si une des parties s'y oppose (sauf dans le cas des affaires traditionnellement traitées par écrit – par exemple les dépens, les demandes en vue de fixer les modalités d'une ordonnance, ou les demandes d'autorisation d'interjeter appel). Les questions de consentement, cependant, seront traitées par écrit.

## **Le public a un intérêt dans l'administration de la justice**

L'introduction soudaine et sans précédent de procédures facilement accessibles dans la plupart des salles d'audience de première instance et d'appel au Canada a constitué un domaine d'intérêt commun pour les intervenants. Cette situation a non seulement permis de faciliter l'accès du public à la justice, mais elle a par ailleurs favorisé une exploitation abusive de cet accès. Les intervenants ont soulevé un large éventail de préoccupations quant à la viabilité du principe de la publicité des débats judiciaires dans le contexte de l'évolution technologique du système de justice.

### ***Les intervenants étaient généralement optimistes quant à la possibilité de préserver et même de renforcer le principe de la publicité des débats judiciaires grâce aux audiences virtuelles***

Près de 70 % des personnes ayant répondu au sondage mené par La Société des plaideurs sont « tout à fait d'accord » ou « d'accord » que le principe de la publicité des débats judiciaires peut être préservé dans les audiences virtuelles. De nombreuses personnes interrogées ont estimé que les audiences virtuelles accessibles via Internet offrent un accès pratique et démocratique au public, sans que cela dresse des obstacles comme des problèmes

de déplacement et de mobilité. Les intervenants ont estimé que l'amélioration radicale de l'accès des médias aux audiences était un atout inattendu pour le principe de la publicité des débats judiciaires.

Cette amélioration de l'accès à la justice a été constatée dans une série de domaines de pratique. Par exemple, les personnes interrogées ont fait remarquer que le maintien du principe de la publicité des débats judiciaires était particulièrement utile pour les tribunaux spécialisés qui tiennent des audiences publiques comme la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO). Les personnes interrogées ont indiqué que les audiences de la CVMO étaient plus accessibles aujourd'hui que par le passé; le segment du public qui trouve un intérêt particulier dans ces questions est toutefois généralement plus à l'aise avec la technologie.

De même, certaines personnes interrogées exerçant dans le domaine du droit criminel ont fait remarquer que les affaires criminelles très médiatisées étaient présentées dans de grandes salles de centres de congrès afin de garantir l'accès du public aux instances<sup>391</sup>. L'amélioration de l'accès a également été notée dans le contexte des recours collectifs, où, dans une affaire au Québec, un lien vers une audience a été partagé avec tous les membres ayant intenté le recours, ce qui signifie qu'ils pouvaient suivre l'audience sans avoir à se déplacer.

Les intervenants présents au symposium ont également souligné les avantages d'une plus grande accessibilité aux instances judiciaires. Par exemple, Karyn Pugliese a rappelé que le Réseau de télévision des peuples autochtones a diffusé en continu une affaire portée devant le Tribunal canadien des droits de la personne concernant une discrimination présumée à l'égard des peuples autochtones et du système de protection de l'enfance, ce qui a permis aux personnes les plus touchées par l'issue de l'affaire de suivre l'instance. Par la suite, un documentaire a été produit pour expliquer le fonctionnement du système fédéral de plaintes en matière de droits de la personne. Dans l'affaire *Restoule*, la juge Hennessey a rendu une nouvelle ordonnance interlocutoire permettant la diffusion en direct de l'audience sur le Web pour la première fois en Ontario, et ce, bien avant la pandémie de la COVID-19. Cette ordonnance a été rendue expressément pour faciliter l'accès aux 29 Premières Nations touchées, dont chacune était signataire des traités Robinson Huron et Robinson Superior qui faisaient l'objet de l'audience.

Les intervenants ont fait remarquer que la pandémie nous a également montré que l'amélioration de l'accès du public de cette manière ne doit pas nécessairement se traduire par un choix binaire. La possibilité qu'offre la tenue d'audiences par vidéo de rendre les instances judiciaires plus largement accessibles aux membres du public n'exige pas d'abandonner la tenue d'audiences dans les salles d'audiences « physiques ».

### ***Les audiences virtuelles posent encore des problèmes d'accessibilité au public***

Malgré l'optimisme de certains quant à une plus grande accessibilité au système de justice,

plus de 52 % des personnes ayant répondu au sondage de La Société des plaideurs s'inquiètent du fait que les parties ne puissent pas avoir accès à la technologie requise pour assister aux audiences virtuelles. Les intervenants des régions moins peuplées et sous-financées du Canada ont fait remarquer que l'accès du public aux systèmes de vidéoconférence sur Internet et sa familiarité avec ceux-ci ne sont pas aussi répandus que dans les centres urbains. Des facteurs socioéconomiques ont également été évoqués comme représentant des obstacles au libre accès des observateurs publics aux instances tenues à distance – par exemple un manque de matériel, de capacité de plan de données et/ou de bande passante Internet (en général dans les communautés rurales du pays, et plus particulièrement dans les communautés autochtones, mais ailleurs aussi).

Les intervenants ont noté que les tribunaux n'étaient pas parvenus à définir une méthode cohérente pour donner des renseignements aux gens sur les diffusions virtuelles et mettre à disposition des liens vers celles-ci. De nombreux avocats ont déclaré qu'ils étaient convaincus que rien n'avait été fait pour permettre au public ou aux médias d'accéder à de nombreuses instances. D'autres ont signalé et encouragé des innovations telles que la publication de liens vidéo ou de diffusions en direct sur YouTube sur les sites web des tribunaux. De nombreux commentaires demandaient la publication sur les sites web des tribunaux des rôles d'audiences quotidiens, avec des liens, afin d'améliorer l'accès du public à la justice. Il a été observé que du point de vue des membres du public ou des médias, il n'existe pas de méthode uniforme donnant accès aux audiences virtuelles.

Le type d'accès accordé varie également d'un bout à l'autre du pays. Certains avocats du Québec ont signalé que le public ne pouvait que téléphoner et écouter une instance et ne pouvait pas la visionner en direct. Pour les audiences, les liens de visualisation ne sont fournis qu'aux parties et le public n'y a pas accès.

L'accès du public aux dossiers des tribunaux constitue une autre préoccupation exprimée par les intervenants. Plusieurs personnes interrogées ont suggéré qu'un lien vers les dépôts non scellés soit mis à disposition par des moyens similaires à ceux de l'audience elle-même.

Enfin, de nombreux commentaires ont été formulés à propos du fait que, dans certains tribunaux, les membres du public doivent s'identifier pour assister à des audiences virtuelles, ce qui signifie qu'ils perdent l'anonymat dont ils bénéficiaient auparavant en entrant dans une salle d'audience. À la Cour d'appel de l'Ontario, par exemple, les membres du public ont dû envoyer un courriel à la Cour pour demander un lien vers une audience donnée, en fournissant non seulement leur nom, mais aussi leur adresse courriel.

### ***Les audiences virtuelles suscitent des inquiétudes quant au respect de la vie privée et aux abus***

Plus de 42 % des personnes ayant répondu au sondage de La Société des plaideurs ont cité « la sécurité, la vie privée ou la confidentialité » comme un sujet de préoccupation dans la tenue d'audiences à distance. L'une des préoccupations les plus courantes était l'utilisation

non autorisée de vidéos enregistrées ou d'images fixes provenant d'audiences à distance par les participants à la justice et le public.

De nombreux intervenants, qu'il s'agisse de juges de première instance ou d'avocats, ont fait part de leurs préoccupations quant à l'utilisation abusive possible de l'accès vidéo public aux audiences en cour :

- Les avocats en droit criminel et les préposés d'aide aux victimes ont relevé le risque d'utilisation d'images et de vidéos enregistrées pour intimider, embarrasser ou autrement harceler les plaignants, les témoins et les accusés.
- Des inquiétudes particulières ont été soulevées en ce qui concerne la technologie qui permet de modifier de manière sophistiquée les images et le son. Par exemple :
  - un témoin pourrait être tourné en un « *mème* » qui devient viral;
  - la déposition d'un témoin pourrait être modifiée pour influencer l'opinion publique ou saper l'acceptation par le public d'une décision judiciaire.
- Le témoignage d'un témoin peut être diffusé aux proches des accusés, voire à leurs complices, ce qui peut les mettre dans l'embarras, voire en danger.
- Les témoins vulnérables ou ceux qui doivent présenter des preuves privées ou sensibles à un public vidéo inconnu. D'autres commentaires ont fait état de préoccupations quant à la fiabilité des ordonnances d'exclusion de témoins.

Ces risques pourraient avoir un effet dissuasif sur les parties qui engagent des poursuites judiciaires ou criminelles, en particulier dans les affaires déjà sensibles, dangereuses ou sujettes à un déséquilibre de pouvoir, comme les affaires d'agression sexuelle ou de violence domestique ou liées au crime organisé.

Les personnes ayant assisté aux assemblées générales ont également souligné que le témoignage par vidéo, en particulier lorsque le témoignage est sensible et le témoin émotif, est loin d'être aussi efficace que lorsqu'il est livré dans une salle d'audience traditionnelle.

Les personnes ayant assisté aux assemblées générales ont également souligné l'importance de *la présence et de la visibilité* d'une partie lésée à tout moment dans le cadre d'un procès, afin que le juge des faits ne perde pas de vue l'incidence de la conduite en cause, ce qui n'est pas possible dans la même mesure lorsqu'un procès est mené par vidéo.

De nombreuses personnes interviewées ont déploré l'absence de directives claires de la part des tribunaux pour garantir que les membres du public n'enregistrent pas ou ne publient pas ou ne transmettent pas les éléments de l'audience. Certains ont indiqué qu'un processus d'enregistrement pourrait être utile et/ou qu'un code de conduite, une clause de non-responsabilité ou d'autres directives du tribunal au moment de l'audience aideraient à gérer ce risque. Certains tribunaux ont adopté une déclaration de principe au début de

l'audience, rappelant aux participants et aux observateurs qu'ils ne peuvent enregistrer les débats sous quelque forme que ce soit. Cependant, contrairement à ce qui se passe en audience publique, les participants et les observateurs peuvent s'adonner à n'importe quelle activité de « l'autre côté de l'écran » sans que personne n'ait la possibilité de voir ou de remarquer quoi que ce soit. De plus, les appareils informatiques eux-mêmes disposent de la technologie permettant d'enregistrer ou de « capturer l'écran » en appuyant simplement sur un bouton.

De nombreux intervenants ont également exprimé leur inquiétude quant au « visionnage de masse » d'un procès dans les affaires notoires ou à fort intérêt. Un intervenant a fait remarquer que les obstacles habituels à la présence physique au tribunal – s'absenter du travail, voyager, passer la sécurité, s'orienter dans le palais de justice et se soumettre à l'observation des parties et du personnel de justice – faisaient en sorte que seules les personnes les plus déterminées venaient assister aux audiences. Cela créait un « équilibre » naturel dans lequel la plupart des affaires pouvaient se dérouler dans une relative discrétion. Un tel équilibre pourrait être perturbé si un certain nombre de procès deviennent « télévisés ». Il pourrait s'agir d'une nouvelle forme troublante de télé-réalité, surtout à l'heure où le harcèlement et la création de controverses qui focalisent l'attention (*trolling*) sont très répandus sur Internet.

### **L'audience publique favorise les relations humaines**

Les intervenants ont mentionné que si certains aspects de la plaidoirie orale sont bien rendus dans les audiences vidéo, d'autres sont perdus, notamment :

- la possibilité de favoriser le perfectionnement professionnel, le soutien mutuel et la collégialité;
- l'occasion de rencontrer les autres parties et l'avocat de la partie adverse et d'établir des liens avec eux;
- la possibilité de trouver un accord « dans le couloir ».

Ces effets sont lourds de conséquences sur l'accès à la justice, les délais de règlement et les frais y afférents, ainsi que sur le développement du Barreau, en particulier pour les praticiens exerçant seuls ou dans de petits cabinets et les jeunes avocats.

### ***L'audience publique améliore le perfectionnement professionnel et la collégialité***

De nombreux avocats ont reconnu dans la possibilité de développer des contacts et d'établir des relations entre pairs un aspect positif important de la tenue d'audiences en personne. Les jeunes avocats, en particulier, ont fait remarquer que la plaidoirie à distance



rendait plus difficile l'établissement de relations avec d'autres avocats. De plus, les discussions en personne avant ou après une audience favorisent une culture de convivialité qui est diminuée ou entièrement perdue lorsque les audiences sont tenues à distance.

Certains intervenants autochtones, noirs ou de couleur ont fait remarquer que les occasions de conversations informelles et de collégialité profitaient principalement aux personnes plus établies dans la profession, de sorte que les audiences à distance n'avaient pas le même impact sur l'établissement de relations pour eux, tandis que d'autres ont noté que les audiences à distance réduisaient leurs propres possibilités d'établir des relations avec d'autres membres de la profession, qu'ils avaient besoin de développer.

Les intervenants s'entendent généralement pour dire que le passage aux audiences à distance a eu un effet néfaste sur le type de mentorat et les autres formes d'apprentissage qui se pratiquent dans la salle d'audience, dans les couloirs et lors d'autres activités en personne. Si la possibilité d'établir des liens informels avec l'avocat de la partie adverse a été réduite, il en va de même de la possibilité pour les avocats débutants de poser des questions aux avocats plus expérimentés dans les dossiers et de discuter de la stratégie juridique avec eux. En effet, les plus jeunes avocats ont estimé qu'un aspect de leur développement professionnel a été perdu lorsqu'ils n'ont pas été en mesure de suivre le déroulement d'autres audiences, y compris pendant qu'ils attendaient leur tour, par exemple dans le cadre d'une audience publique sur une demande ou lors d'une audience pour présenter des observations de compte rendu.

Les avocats plus expérimentés ont fait état du même problème, certains se rappelant qu'ils ont beaucoup appris – tant sur le fond que sur la forme – en regardant d'autres avocats soumettre des observations (avec plus ou moins de succès) et répondre aux critiques ou aux questions difficiles des juges, en audience publique. Les avocats ont également indiqué avoir beaucoup appris de la magistrature au cours de ces séances publiques, car ils ont eu l'occasion d'observer les juges en action et de les entendre aborder diverses questions juridiques, procédurales et administratives.

En théorie, les audiences à distance pourraient offrir aux jeunes avocats et aux étudiants un plus large éventail d'instances judiciaires dont ils pourraient tirer des enseignements. Dans la réalité, cependant, il n'est pas certain que la publication ou la diffusion de liens vers de telles possibilités soient facilement disponibles ou largement répandues.

### ***L'audience publique favorise le règlement informel des litiges***

Procéder par vidéoconférence ou téléconférence présente certes de nombreux avantages, notamment parce que cela permet de libérer des heures habituellement consacrées aux comparutions devant le tribunal pour des questions d'établissement du rôle des audiences, mais de nombreux intervenants ont également fait remarquer que la conduite des instances à distance a pour contrepartie une réduction des possibilités de s'adresser à l'avocat

de la partie adverse de manière informelle avant l'audience (ou pendant les pauses) afin de résoudre les différends et d'explorer la possibilité d'un règlement de manière spontanée.

Certains intervenants ont identifié des moyens d'encourager de telles discussions dans les audiences à distance, comme la demande d'appels téléphoniques précédant immédiatement l'audience, ou la demande au tribunal de mettre en place une salle d'attente ou de pause en ligne pour les avocats uniquement, et des salles séparées pour permettre aux avocats de joindre leurs clients. Toutefois, cela nécessiterait un certain degré d'administration suivie de la part du tribunal, d'autant plus que, bien souvent, ces discussions fructueuses ont lieu *après* que le juge a eu l'occasion de s'entretenir avec les parties. Les avocats ont indiqué que, lors des audiences en personne, il leur arrivait de faire de multiples allers-retours entre l'autre avocat, leur client et le juge (en audience publique et/ou en cabinet) pour parvenir à un règlement.

De plus, les intervenants qui ont eu l'occasion de participer à une séance de discussion organisée par le tribunal ont déclaré qu'ils avaient le sentiment que cela demeurait tout de même moins fructueux que de se trouver dans le « creuset » de la salle d'audience et du couloir. Les avocats ont fait part de leur expérience selon laquelle les participants réticents peuvent simplement appuyer sur le bouton « Quitter » et se retrouver dans le confort de leur maison; le sens de la ponctualité ou de l'urgence semble être perdu. Certains intervenants ont estimé que même leur capacité à obtenir des ordonnances de consentement sur des questions de procédure était minée par le format vidéo.

À l'inverse, certains avocats entrés plus récemment dans la pratique ont estimé que les comparutions à distance les mettaient sur un pied d'égalité avec leurs collègues plus anciens lorsqu'ils discutaient de questions de règlement.

Certains juges ont estimé que les discussions en vue d'un règlement à distance avec les avocats étaient moins fructueuses que les rendez-vous en personne en chambre, car ces derniers permettent une plus grande franchise. Alors que les juges peuvent être raisonnablement sûrs de pouvoir parler librement à l'avocat en chambre, les comparutions à distance soulèvent la question de savoir si des oreilles indiscrettes peuvent vouloir écouter ou enregistrer la discussion. Les membres de la magistrature ont également estimé qu'il était plus difficile d'envoyer un avocat « dans le couloir » pour trouver une solution pendant une séance à distance.

## **ii. La nécessité de tenir compte de l'accès à la justice**

Les intervenants ont presque unanimement exprimé leurs préoccupations quant à l'impact significatif des restrictions imposées par la COVID-19 et du recours à la technologie sur l'accès à la justice. Les intervenants ont souligné le fait que de nombreuses mesures novatrices ont eu des effets positifs – par exemple la possibilité de participer à des instances judiciaires sans temps de déplacement ou d'attente (ce qui permet de réaliser de modestes

économies) et la promotion du choix de l'avocat dans les différentes juridictions.

Cependant, les parties qui se représentent elles-mêmes et les autres parties vulnérables ne sont pas aussi bien loties. Malgré certains avantages évidents, il peut être plus difficile de s'assurer que les instances judiciaires sont inclusives, accessibles et adaptées à la réalité culturelle lorsque les audiences se déroulent à distance. Cette situation peut entraîner des effets disproportionnés sur les communautés à faible revenu, éloignées, autochtones, noires et racialisées et sur les autres groupes marginalisés.

### **L'accès à la « justice à distance » exige l'accès à la technologie**

Les intervenants ont fait part au Groupe de travail d'un grand nombre de commentaires sur la qualité et la disponibilité de la technologie utilisée pour tenir des audiences à distance. Comme il a été mentionné plus haut, cela était vrai dans tous les ressorts du Canada, mais plus souvent dans les communautés rurales et, encore une fois, en particulier dans les communautés autochtones. Les obstacles étaient à la fois d'ordre physique dans les régions éloignées qui n'avaient pas de couverture ou de bande passante (ou les deux) et d'ordre économique.

La technologie de vidéoconférence varie d'un ressort à l'autre. Par exemple, Cisco WebEx est la plateforme standard des tribunaux en Alberta; Zoom est la technologie préférée en Ontario; Microsoft Teams est le plus souvent utilisé en Colombie-Britannique. Certaines de ces plateformes sont plus conviviales et offrent de meilleures fonctionnalités que d'autres.

L'adoption généralisée d'une technologie de vidéoconférence « grand public » comme Zoom par les tribunaux et les arbitres de l'Ontario, par opposition aux technologies « maison » utilisées auparavant dans certains ressorts, a été perçue comme une grande amélioration sur le plan technologique. En Alberta, où WebEx est utilisé, la réponse a été moins satisfaisante, probablement en raison de la plate-forme spécifique ou de problèmes technologiques. À Calgary, les personnes interrogées ont signalé que certaines caméras des salles d'audience étaient placées en hauteur et à une certaine distance de l'avant de la cour, ce qui rendait difficile de voir le juge. De plus, des plaques de plexiglas créaient d'autres problèmes. Des problèmes similaires ont été rencontrés dans les tribunaux de Montréal.

Dans l'ensemble, les juges et les avocats ont exprimé leur satisfaction générale quant à la fonctionnalité, la fiabilité et la facilité d'utilisation de la technologie d'audience à distance, comme WebEx, Zoom, Teams et d'autres plateformes courantes. Soixante-trois pour cent des personnes interrogées dans le cadre du sondage de La Société des plaideurs ont toutefois estimé que la technologie de vidéoconférence « pourrait être améliorée ».

Les logiciels de gestion intégrée des documents de procès, tels que CaseLines de Thomson Reuters, lorsqu'ils sont disponibles, sont considérés comme permettant des gains d'efficacité importants dans la gestion des audiences à distance. Ce type de logiciel n'est toutefois

pas très répandu. Par exemple, CaseLines serait utilisé principalement dans les tribunaux de l'Ontario, mais seuls certains tribunaux de cette province exploitent le programme pilote. De plus, CaseLines permet aux parties d'accéder aux documents du tribunal, mais ne permet pas le dépôt de documents auprès du tribunal; des étapes supplémentaires et des dépenses additionnelles importantes peuvent être imposées. Cette situation est particulièrement difficile à gérer pour les parties qui se représentent elles-mêmes, surtout lorsqu'il n'est pas possible de se rendre au tribunal pour bénéficier de l'encadrement et des conseils du personnel ou des avocats de service.

Même en dehors de l'utilisation de logiciels spécialisés de gestion des dossiers, les intervenants ont mentionné le fait que les parties ou les témoins ne pouvaient pas tous accéder facilement aux audiences par vidéoconférence, notamment pour les raisons suivantes :

- le manque de matériel informatique;
- les restrictions de l'employeur sur le matériel utilisé ou fourni par l'employeur;
- l'absence d'Internet ou la défaillance de la bande passante Internet; et
- l'absence de vie privée.

Les intervenants ont clairement fait savoir que l'accès à la bande passante Internet constituait un enjeu d'accès à la justice. Ils ont indiqué que des disparités importantes existent entre ceux qui peuvent s'offrir la meilleure technologie (et qui peuvent donc être vus et entendus sur un écran de manière plus satisfaisante), et ceux qui ne le peuvent pas. Plus de 75 % des personnes ayant répondu au sondage ont exprimé des préoccupations concernant les problèmes de connectivité et de bande passante. Ces préoccupations étaient particulièrement importantes dans les communautés nordiques et rurales, où l'accès à Internet peut être peu fiable. Dans ces régions, la plaidoirie orale à distance peut être déployée de manière plus fiable par le truchement de la téléconférence plutôt que de la vidéoconférence.

Les intervenants du milieu judiciaire et les avocats ont également soulevé des préoccupations concernant les retards courants causés par des interruptions de connexion, des problèmes de microphone et d'autres problèmes. Dans de tels cas, les problèmes d'un seul participant à l'audience peuvent retarder toute une instance. Certains intervenants ont fait part de leur optimisme quant à la résolution de ces problèmes technologiques au fil du temps, par exemple avec l'introduction de la technologie 5G, des capacités Internet par satellite et de l'amélioration des logiciels de vidéoconférence. Toutefois, là encore, cela dépend fortement de l'emplacement et des ressources du participant; la technologie 5G pourrait créer davantage de disparités entre les participants des régions éloignées et ceux des centres plus peuplés.

Les préoccupations relatives à l'accès à la justice concernent également l'accès aux équipements. Les intervenants ont noté que les audiences à distance sont mieux adaptées si elles sont tenues au moyen d'au moins deux écrans et d'appareils modernes (qui sont do-

tés de plus de mémoire et peuvent diffuser des données plus rapidement). De nombreux intervenants ont observé que les participants au système de justice – y compris les parties, les témoins, et même les avocats et les juges – n’avaient pas accès à ce type d’équipement. À titre d’exemple :

- Il n’est pas rare que les parties ou les témoins accèdent à l’audience uniquement sur un téléphone. Cela crée des problèmes d’ « oscillation » (à moins que le téléphone ne soit solidement soutenu). Cela signifie également que le participant regarde un écran beaucoup plus petit et peut ne pas être en mesure de lire les documents partagés – ou les expressions faciales ou les signaux sociaux – aussi bien que ceux qui utilisent un écran plus grand ou plusieurs écrans.
- Les intervenants du secteur judiciaire ont indiqué qu’ils ne recevaient pas un équipement adéquat et qu’ils devaient acheter leurs propres appareils. Pour les juges qui n’ont pas reçu le matériel approprié, cela peut avoir un impact significatif sur la capacité à examiner les documents ou les soumissions, en particulier si un témoin est également en train de témoigner. Il existe également un manque de formation pour les magistrats.
- Ce problème touche également les avocats. Les avocats travaillant seuls ou dans de petits cabinets n’ont pas forcément les mêmes ressources pour acquérir du matériel et mettre en place un « tribunal virtuel » depuis leur domicile. Les intervenants ont indiqué que cela touche de façon disproportionnée les avocats autochtones, noirs et racialisés, ainsi que les avocats d’autres communautés marginalisées, qui sont plus rarement employés par un « grand cabinet ».
- Les intervenants ont souligné un problème similaire en ce qui concerne les équipements accessoires du tribunal virtuel, tels qu’un éclairage adéquat (par exemple une lampe circulaire), une caméra, des haut-parleurs et un microphone, ainsi qu’un arrière-plan (un arrière-plan numérique nécessitant un volume de données Internet nettement supérieur).
- L’absence de cette technologie de soutien a un impact direct sur la façon dont on se présente devant le tribunal.
- Par exemple, les intervenants ont exprimé des préoccupations quant au fait que certains espaces personnels en arrière-plan (par exemple des espaces désordonnés ou encombrés) peuvent nuire à la crédibilité, que ce soit pour un témoin, une partie ou un avocat, en raison d’un préjugé inconscient. Pour résoudre ce problème, un avocat a fait remarquer que les tribunaux ont besoin d’un arrière-plan virtuel standard et uniforme afin de « niveler les perspectives » si les audiences virtuelles se poursuivent après la pandémie. Bien sûr, comme nous l’avons mentionné plus haut, certains participants n’auront peut-être pas la bande passante nécessaire pour y participer, ce qui pourrait créer un effet de distraction et une inégalité.
- Lors du symposium, plusieurs présentateurs ont formulé des commentaires sur les

conséquences sur la crédibilité lorsque les visages des participants sont bien éclairés ou qu'ils sont dans l'ombre. Ils ont fait remarquer que ce problème touche de manière disproportionnée les avocats autochtones, noirs et racialisés, dont les visages et les expressions faciales risquent davantage d'être perdus dans l'ombre.

### **Les audiences à distance peuvent améliorer l'accès à la justice pour les communautés éloignées et les personnes handicapées**

Le manque de proximité des palais de justice pour les personnes vivant dans des communautés rurales ou éloignées est un défi de longue date pour les défenseurs canadiens de l'accès à la justice. L'adoption de la technologie de la vidéoconférence et de la téléconférence par les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs en réponse aux fermetures imposées par la COVID-19 a profité à de nombreux intervenants vivant dans des régions éloignées.

L'avantage le plus évident et le plus souvent mentionné par les parties et les avocats éloignés concerne la réduction du temps, des coûts et des risques associés aux déplacements pour assister aux audiences en personne. Cela était particulièrement vrai dans le cas des procédures en appel, dans lesquelles les parties provenant des quatre coins de la province auraient normalement dû prendre l'avion ou parcourir de grandes distances pour assister aux audiences en appel. De même, le fait de ne pas avoir à se déplacer pour se rendre physiquement dans des palais de justice éloignés était perçu comme une amélioration de l'efficacité des tribunaux et un renforcement de leur accessibilité. Cela a été expressément reconnu dans l'affaire *Restoule*, antérieure à la pandémie de la COVID-19, lorsque cette mesure a été effectivement mise en œuvre pour les parties et les parties concernées.

On a pensé que les participants au système de justice souffrant de problèmes de mobilité et d'autres handicaps tireraient profit d'avantages similaires évidents. La possibilité de témoigner dans le confort du foyer et avec les soutiens disponibles à domicile ou dans un autre cadre familial a été perçue comme facilitant une participation plus commode des personnes handicapées aux instances judiciaires.

Toutefois, les intervenants ont souligné que les audiences à distance ne sont pas une panacée. Les avantages susmentionnés dépendent d'un accès adéquat à la technologie et à la bande passante Internet, ce qui constitue souvent un problème dans les régions éloignées, comme nous l'avons vu plus haut.

Les intervenants ont également relevé la possibilité d'un plus grand choix d'avocats. Cet avantage est considéré comme plus important dans les petites localités, où les conflits commerciaux et juridiques sont plus difficiles à éviter que dans les grands centres, et où il peut y avoir moins d'avocats possédant une expertise ou une spécialisation particulière.

Par exemple, les participants à l'assemblée générale tenue en Alberta ont noté que dans

les petites localités éloignées, les justiciables engagent généralement un avocat local, qui n'a peut-être pas l'expertise requise, afin d'éviter les frais de déplacement. Avec les audiences à distance, les justiciables peuvent engager un expert mieux spécialisé dans une localité qui peut être éloignée géographiquement, car les frais de déplacement ne constituent plus un obstacle.

Les participants aux assemblées générales tenues en Ontario ont souligné l'accroissement de la concurrence entre les avocats, car ceux des petites localités dont le taux horaire est plus bas, pourraient traiter des affaires à Toronto sans avoir à tenir compte du temps et des frais de déplacement.

### **L'accès à la justice pour les parties qui se représentent elles-mêmes et les participants vulnérables peut être facilité par la présence en personne**

Les intervenants ont soulevé à plusieurs reprises des préoccupations quant aux conséquences de la tenue d'instances à distance sur les participants du système de justice vulnérables et disposant de peu de ressources. La panoplie de ressources disponibles au palais de justice – personnel administratif, coordonnateurs de procès, travailleurs en santé mentale, personnel de soutien aux victimes/témoins, aide juridique et avocats de service, agents de probation, personnel de la salle d'audience et même l'aide informelle des avocats et des juges – n'est pas disponible ou est nettement moins accessible dans le contexte des tribunaux virtuels. Les intervenants ont fait part de préoccupations particulières pour trois groupes qui seraient touchés de manière disproportionnée par la prestation de la justice à distance : les parties qui se représentent elles-mêmes ou qui ne sont pas représentées, les parties et les témoins vulnérables, et les peuples autochtones.

Les intervenants ont fait remarquer que, dans certains cas, une audience à distance peut être plus pratique et mieux adaptée à certaines personnes vulnérables. Par exemple :

- Une audience à distance peut permettre d'économiser un temps de déplacement et des frais importants (surtout pour les personnes vivant dans des régions éloignées et n'ayant pas accès à un véhicule).
- Une audience à distance peut nécessiter une absence moins longue du travail.
- Une audience à distance peut être plus facile pour une partie ou un témoin qui doit s'occuper d'enfants.

Malheureusement, les intervenants ont relevé de nombreux autres cas où la tenue d'audiences à distance constituait un obstacle à l'accès à la justice. À titre d'exemples :

- De nombreux participants ne disposent pas d'un espace privé et sûr à partir duquel ils peuvent assister à une audience à distance.

- Les intervenants ont relaté des cas où des parties se sont connectées au tribunal depuis leur voiture, leur lit ou leur salle de bain, et en présence d'enfants.
- Un avocat a raconté qu'une cliente avait annulé une importante audience en droit de la famille une heure seulement avant l'heure du début de l'audience parce qu'elle était terrifiée à l'idée que son enfant puisse entendre et que son conjoint violent résidait sous le même toit. Depuis la cage d'escalier de son immeuble, la cliente a raconté qu'elle n'avait pas pu dormir de la nuit parce qu'elle avait peur de ne pas pouvoir assister à cette audience.
- De nombreuses parties ne disposent pas de la technologie ou de plans de données.
- Un juge s'est souvenu qu'au cours d'une comparution téléphonique, une partie a informé le tribunal qu'elle n'avait plus que cinq minutes d'accès cellulaire sur sa carte téléphonique et qu'elle devrait quitter l'audience après cela.
- De nombreux participants vulnérables bénéficient de la présence physique de leur avocat ou d'une autre personne de soutien lors d'une audience.
- Les participants faisant face à des barrières linguistiques peuvent bénéficier d'une présence en personne, avec un interprète dans le même espace physique.
- Les participants peuvent se sentir plus forts aux côtés d'un partenaire, en particulier dans les affaires où la liberté d'une partie est en jeu, ou lorsqu'il existe un grave déséquilibre de pouvoir ou des problèmes de violence familiale.
- Les participants bénéficient d'une communication informelle avec l'avocat, y compris un langage corporel réconfortant, comme le fait de croiser le regard de l'autre avocat s'il fait des soumissions qui déclenchent une réaction – ce qui est impossible dans une audience à distance. Même un geste aussi simple que de faire passer une note à l'avocat peut s'avérer essentiel si une nouvelle question est soulevée; essayer de remplacer cela par un message texte ou d'autres communications numériques peut s'avérer impossible, notamment lorsque les parties ne disposent que d'un seul appareil (celui à partir duquel elles se connectent à la vidéoconférence du tribunal).

### **Les parties non représentées et celles qui se représentent elles-mêmes tirent profit de la prestation de justice en personne**

Les intervenants ont exprimé de graves préoccupations à l'égard du fait que l'écart entre les connaissances et les ressources technologiques des parties représentées et non représentées est encore plus prononcé dans les audiences à distance qu'en personne.

Les intervenants du système judiciaire ont indiqué qu'ils étaient moins en mesure d'aider les parties non représentées par vidéo ou par téléphone que lorsque celles-ci étaient



présentes au tribunal. La fermeture des salles d'audience au Canada a permis de mieux apprécier l'éventail d'aide formelle et informelle fournie aux parties qui agissent en leur propre nom dans les palais de justice. Il s'agissait notamment, le cas échéant, de demander à l'avocat de la partie adverse, au personnel du tribunal ou à d'autres personnes d'intervenir pour apporter leur aide.

Les intervenants de tous les horizons ont noté que les parties qui se représentent elles-mêmes ont tendance à être à la fois défavorisées et en dehors du système d'aide juridique, dans un « vide » en matière de soutien. Ces personnes peuvent à la fois être incapables d'accéder à la technologie nécessaire pour participer à des audiences à distance et manquer de soutien pour apprendre à utiliser cette technologie, même si elle est disponible. Les intervenants ont souligné le paradoxe de tenter d'expliquer la technologie de vidéoconférence à une partie non initiée en communiquant à l'aide de cette même technologie.

Des intervenants ont fait remarquer que la navigation dans les protocoles de dépôt en ligne en constante évolution, la myriade de règles et de directives de pratique des tribunaux et le déploiement de logiciels comme CaseLines constituent un défi, même pour les avocats disposant de ressources suffisantes. Ils craignent que cela constitue un obstacle important pour les parties qui se représentent elles-mêmes ou qui ne sont pas représentées, surtout lorsqu'il n'y a pas de « bureaux de dépôt » en personne ou d'avocat de service pour répondre aux questions.

Un intervenant a relaté l'histoire d'une partie non représentée qui s'est rendue à une clinique juridique pro bono pour obtenir du soutien dans une affaire de droit de la famille. La partie attendait une date de demande depuis de nombreux mois, mais celle-ci a été ajournée parce que le juge estimait que son dossier était incomplet. La cliente ne savait pas qu'elle devait envoyer par courriel au personnel du tribunal les parties du dossier déjà déposées au personnel du tribunal, et elle n'avait que peu de possibilités de numériser ses volumineuses copies papier et pièces. Sans l'accès à un bureau de dépôt et la possibilité d'accéder au dossier, la cliente n'a pas pu rendre un dossier complet au juge et n'a donc pas été à mesure d'être entendue.

Les intervenants ont soulevé d'autres préoccupations lors des entrevues au Québec et dans le nord de l'Ontario au sujet de l'alphabétisation et des compétences linguistiques. Les intervenants ont soulevé des problèmes de barrière linguistique et d'alphabétisation en anglais pour les populations immigrantes et réfugiées également.

Par ailleurs, certains intervenants ont fait remarquer que les avocats ou les participants dont l'anglais comporte un fort accent peuvent préférer une plaidoirie par écrit. Un avocat a déclaré ceci : « Parfois, seul l'écrit peut aider les clients étrangers en raison de leur anglais approximatif ». L'avocat s'est inquiété du fait qu'un tel client puisse être perçu comme moins digne de confiance en raison de préjugés inconscients. De plus, il a été noté que la difficulté à comprendre les accents est parfois exacerbée en ligne.

Certains intervenants se sont inquiétés de la capacité des tribunaux à contrôler efficacement le comportement des parties qui agissent en leur propre nom lors des audiences à distance. Comme nous le verrons plus loin dans cette partie, les personnes interrogées ont fait remarquer que la capacité du tribunal à exercer un contrôle sur son processus était réduite sans la possibilité d'observer tous les participants en même temps et de faire appel à toutes les ressources du tribunal.

De façon plus générale, de nombreux intervenants ont indiqué que l'accès accru aux audiences à distance ne contribuait pas de façon significative à relever le principal défi posé par les parties qui se représentent elles-mêmes ou qui ne sont pas représentées : l'accès à des services juridiques abordables. Les personnes ayant participé aux assemblées générales ont fait remarquer qu'elles craignaient que l'on ait peu réfléchi à l'assistance technologique à fournir aux personnes qui se représentent elles-mêmes ou qui ne sont pas représentées, aux personnes à faible revenu, aux personnes handicapées, aux sans-abri ou à toute autre personne souffrant d'un handicap – qu'elles aient ou non accès à un appareil numérique.

Le véritable effet sur les parties qui agissent en leur propre nom et celles qui ne sont pas représentées pourrait bien ne pas être entièrement compris avant un certain temps. Cependant, les premières indications donnent à penser que certaines parties pourraient se détourner complètement du système de justice. Par exemple :

- Un juge principal régional de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a signalé qu'il ne voyait pas les mêmes taux de parties qui se représentent elles-mêmes et de parties qui ne sont pas représentées se présenter au tribunal de la famille. Il estimait que c'était parce qu'elles n'avaient probablement pas accès à des ordinateurs.
- À Cornwall, environ 70 % des parties à un litige se représentent elles-mêmes. Comme l'a fait remarquer un juge : [TRADUCTION] « si on se place du point de vue du droit de la famille, nous ne voulons pas les abandonner ». Pourtant, c'est ce qui semble se produire, et ce dans une plus grande mesure qu'avant l'apparition de la pandémie de la COVID-19.

## **Les participants et les témoins vulnérables ont besoin de plus de soutien**

L'absence de ressources au tribunal a constitué un thème clé pour ceux qui soutiennent et défendent les témoins vulnérables. Les tribunaux de droit criminel et de droit de la famille, par exemple, peuvent fournir des services de santé mentale, de l'aide juridique, des renvois à des services sociaux, des espaces d'attente sécurisés et des supports de témoignage tels que des écrans et des vidéos en circuit fermé, avec ou sans la présence de personnes de soutien en direct.

Les intervenants qui travaillent avec des témoins vulnérables ont noté plusieurs défis importants liés au témoignage à distance de ces derniers. Ces défis sont notamment les suivants :

- l'incapacité du tribunal à s'assurer que les témoins sont à l'abri de la coercition, de l'intimidation, de l'embarras ou de la pression exercée par des personnes hors écran;
- l'absence de mesures de protection et de soutien à la planification de la sécurité pour les témoins qui témoignent contre des parties dangereuses ou violentes;
- l'absence de vie privée et le manque de sécurité pour les personnes témoignant se trouvant dans des situations de vie précaires ou de promiscuité;
- l'absence de conseils et de soutien en matière de santé mentale pour les personnes qui fournissent des témoignages traumatisants ou sensibles;
- l'incapacité des travailleurs de soutien à évaluer pleinement les défis tels que les handicaps, les barrières linguistiques et les barrières culturelles; et
- la possibilité fortement réduite pour les témoins vulnérables d'être adéquatement préparés par un avocat et soutenus par le personnel du tribunal et les juges.

Certains intervenants se sont demandé si certains témoins vulnérables – comme ceux qui n'ont pas d'accès stable à Internet, les enfants qui témoignent depuis leur domicile ou les témoins qui témoignent d'un traumatisme historique – pouvaient un jour témoigner par Zoom sans bénéficier d'un soutien important à domicile.

Comme nous l'avons vu plus haut, les intervenants ont également fait part de leurs préoccupations concernant les enregistrements et les photos non autorisés de témoignages sensibles, ainsi que la diffusion, l'intimidation et le harcèlement possibles.

Plusieurs intervenants ont noté qu'il était particulièrement difficile d'inciter les témoins réticents à comparaître par assignation ou citation à comparaître par Internet plutôt que de se présenter dans un palais de justice, ce qui entraîne des retards et l'impossibilité d'obtenir des preuves. Divers intervenants ont insisté sur le fait que les affaires mettant en cause des enfants appelés à témoigner, comme les affaires de protection de l'enfance ou de droit criminel, devraient être traitées en personne afin que l'enfant dispose de toutes les ressources et de toute la protection nécessaire.

Certains intervenants ont exprimé un point de vue contraire, à savoir que les procédures numériques peuvent amener certains témoins vulnérables à se sentir plus détendus et à communiquer plus franchement par vidéoconférence parce qu'ils ne peuvent pas voir le présumé délinquant en direct. Certains se sont demandé si le témoignage à distance pouvait contrer l'intimidation des témoins, surtout si l'image d'un autre participant pouvait être « épinglée », occupant ainsi tout le champ de vision de l'écran du témoin.

### **L'accès à la justice pour les parties autochtones nécessite une vigilance particulière**

Les participants à la séance de discussion ouverte dans le nord de l'Ontario ont fait remar-

quer que certaines pratiques culturelles liées à la préparation et à la présence au tribunal dans les communautés autochtones étaient beaucoup plus difficiles à mettre en œuvre lorsqu'elles étaient virtuelles.

Les participants au symposium ont fait remarquer que l'intégration des perspectives et des traditions juridiques autochtones par l'intermédiaire d'experts et d'aînés, comme l'allumage et l'entretien d'un feu sacré ou la tenue de cérémonies de sudation, ne peut être facilitée aussi aisément lorsqu'une audience se déroule à distance. Cela ne veut pas dire que cela ne peut pas être fait, comme l'a démontré la juge Hennessy dans l'affaire *Restoule*, où la preuve a été entendue oralement et en personne, y compris la preuve des aînés et des chefs, tant pour les faits que pour les opinions, et l'audience a été diffusée sur le Web en temps réel pour les Premières Nations concernées. Cela ne veut pas dire que des lois différentes doivent être appliquées. Au contraire, comme l'a expressément noté la juge dans cette affaire, la cour a entendu de nombreux experts ainsi que des témoins de fait, dont des aînés et des chefs.

La juge Hennessy a fait remarquer qu'il y avait très peu de différends concernant l'admissibilité de la preuve. Il n'y a eu aucun désaccord sur le fait que tous les types de preuve, s'ils sont pertinents et selon leur pertinence, ont une valeur et doivent être admis, et qu'une preuve n'est pas exclue parce qu'elle provient d'une source inhabituelle. Bien qu'il soit entendu que les plaignants dans cette affaire avaient le fardeau, comme toujours, sur la base d'une preuve convaincante, d'établir leur réclamation selon la prépondérance des probabilités, la preuve du point de vue des Anishinaabe et du point de vue des Eurocanadiens [TRADUCTION] « a été présentée à la cour sur un pied d'égalité »<sup>392</sup>.

### ***L'âge est un facteur déterminant dans la facilité d'utilisation de la technologie d'audience à distance***

Les intervenants ont indiqué que les parties plus âgées peuvent éprouver plus de difficultés à participer à des audiences à distance. La facilité à utiliser la technologie dépendait, dans une certaine mesure, de l'âge – en moyenne, pratiquement tous les jeunes avocats ont déclaré être « assez à l'aise » avec les plateformes virtuelles (plus de 98 %), alors que les avocats plus âgés étaient moins nombreux à le faire (72 %).

Les jeunes plaideurs étaient, avant la pandémie, déjà moins dépendants du papier que leurs pairs plus âgés et se sont donc adaptés plus facilement à la technologie de vidéoconférence sur ordinateur comme Zoom. Les jeunes avocats étaient également moins susceptibles d'avoir besoin d'une aide extérieure pour des fonctions telles que le partage d'écran et les salles de réunion. Les avocats plus âgés étaient plus susceptibles de demander l'aide d'assistants ou de collègues que les plus jeunes.

Cependant, il n'y a pas de solution universelle – malgré les défis technologiques, un avocat a indiqué que certains de ses clients âgés préféreraient procéder par vidéoconférence étant

donné leur vulnérabilité à la COVID-19.

Les avocats les plus jeunes ont déclaré que les comparutions virtuelles au tribunal leur procuraient un avantage modeste par rapport aux avocats plus âgés, en « équilibrant les règles du jeu » lors des audiences. Ils ont fait l'éloge de l'amélioration de la capacité à répondre aux demandes de la cour en affichant des documents électroniques sur l'écran de l'ordinateur portable de la personne chargée de l'audience, sans avoir à trouver les dossiers papier au tribunal.

### ***L'accès à la justice est favorisé par des économies de temps et de coûts***

De nombreux intervenants ont salué les économies de temps et de coûts réalisées grâce à l'utilisation accrue de la représentation à distance, principalement en raison de l'absence de déplacements et du « temps d'attente » au tribunal.

Cela était particulièrement vrai dans les régions éloignées ou pour les praticiens qui ne se trouvent pas à proximité des tribunaux.

Les juges des régions éloignées ont noté qu'un plus grand nombre d'affaires pouvaient être traitées en moins de temps sans avoir à se déplacer dans les différentes cours de circuit.

Les avocats et les juges ont vu une utilité particulière dans les comparutions par vidéoconférence pour les procédures administratives telles que :

- les comparutions fixées à une date précise;
- les audiences en chambre;
- les audiences relatives à l'établissement du rôle;
- les demandes de procédure; et
- les conférences préparatoires au procès.

Les intervenants qui participent aux audiences du rôle des affaires commerciales de Toronto (*Toronto's Commercial List courts*) ont fait remarquer qu'une audience en chambre (9 h 30) qui demanderait normalement une à deux heures de déplacement et d'attente pourrait maintenant être menée en 30 minutes ou moins. Des commentaires similaires ont été faits par les avocats du Québec lorsqu'ils ont examiné la procédure de mise au rôle.

Les avocats de l'Ontario ont fait remarquer qu'avant l'apparition de la COVID-19, il n'était pas inhabituel pour un juge d'avoir plusieurs demandes ordinaires inscrites au rôle (dans certains tribunaux, 10 à 15 affaires par juge ou plus), à trier au début de la séance. Certains avocats et certaines parties étaient obligés d'attendre toute la journée pour être entendus – et même dans ce cas, ils ne pouvaient pas toujours être joints. En revanche, les demandes à distance sont désormais fixées à une heure précise et se déroulent généralement de ma-

nière ponctuelle, ce qui représente une économie importante pour les parties.

L'inconvénient relevé par les intervenants est que moins de demandes sont accueillies chaque jour, étant donné l'établissement strict du rôle heure par heure, de sorte que les délais pour obtenir des dates de demande ont augmenté de façon spectaculaire dans certains tribunaux. Cela augmente les frais mensuels et nuit à l'accès à la justice (étant donné le temps supplémentaire accordé aux conflits, le temps et les frais juridiques supplémentaires, le manque de répit pour les parties, etc.).

Un autre inconvénient soulevé par les intervenants réside dans le fait qu'en raison de la réduction du « temps d'attente » des tribunaux, moins d'affaires sont réglées, comme nous l'avons vu précédemment.

Les intervenants de tous les horizons du système judiciaire semblent convenir que pour les procédures simples, non litigieuses ou non complexes, la technologie d'audience à distance est efficace et efficiente.

### ***L'accès à la justice est fonction du principe de la proportionnalité***

Les intervenants sont revenus à plusieurs reprises sur le principe de la proportionnalité lorsqu'ils ont examiné les rôles futurs de la plaidoirie orale à distance et en personne. La méthode et le mode d'audition doivent être proportionnels aux enjeux.

Les intervenants ont reconnu que la proportionnalité n'est pas liée à des sommes pécuniaires spécifiques ni à des catégories spécifiques de cas. Il s'agit plutôt d'un « critère d'appréciation », et le consensus parmi les intervenants était qu'il doit être autorisé par les juges et autres décideurs judiciaires.

Cela dit, les intervenants ont exprimé des préoccupations quant au fait que ces évaluations doivent être relativement prévisibles et simples à déterminer et ne doivent pas devenir une autre étape contestée de l'instance. Les intervenants ont indiqué que la détermination du mode d'audition devrait être guidée par des principes ou des facteurs tels que :

- l'importance des questions en jeu;
- la complexité des questions factuelles et juridiques;
- la mesure dans laquelle les témoignages oraux et la crédibilité sont essentiels; et
- les considérations relatives à l'accès à la justice – allant des considérations systémiques à la prise en compte des besoins et des adaptations pour des personnes particulières.

Dans l'ensemble, les consultations ont indiqué que la plaidoirie à distance par vidéoconférence est bien acceptée dans les affaires courantes et procédurales, ou dans les affaires simples dans lesquelles la crédibilité n'est pas en cause.

L'opinion prédominante des personnes interrogées et des participants aux consultations des intervenants était que les technologies de communication à distance telles que Zoom et WebEx ne peuvent pas remplacer la plaidoirie orale en personne, en particulier dans les affaires dans lesquelles le règlement d'une question juridique ou pratique importante est déterminant, qui ont une incidence sur la liberté d'une partie ou un autre intérêt substantiel, qui impliquent des questions factuelles ou juridiques complexes ou importantes, qui impliquent la détermination de la crédibilité ou qui sont autrement des affaires d'intérêt public.

Lors du symposium, El Jones a insisté sur le fait que l'efficacité n'est pas et ne peut pas être le principe directeur du système de justice. L'efficacité est un facteur important et est en corrélation avec le temps, les frais, les ressources et l'accès à la justice. Cependant, on ne peut pas permettre qu'elle prenne le pas sur d'autres considérations sans risquer de perdre ce qui permet au système de justice d'être *juste*.

Les intervenants ont maintes fois fait valoir le même message : nous ne pouvons pas perdre de vue les valeurs qui sous-tendent le système de justice et nous devons donner la priorité à la confiance du public dans l'intégrité du système. En mettant l'accent sur la proportionnalité, les tribunaux doivent se prémunir contre le risque de sacrifier des décisions de grande qualité.

Comme l'a rappelé le professeur Jeff Hancock lors du symposium, pour savoir quand et comment recourir à des audiences à distance plutôt qu'à des audiences en personne, il est essentiel de prendre en considération la technologie dans ce choix, afin de promouvoir les objectifs et les principes du système de justice. Nous pouvons – et devrions – recourir à la technologie d'une façon qui puisse nous aider à répondre aux besoins du système de justice et de ses intervenants, sans pour autant perdre de vue les valeurs fondamentales qui sous-tendent ce dernier.

### **iii. L'intégrité du processus judiciaire**

Les intervenants ont tous insisté sur la nécessité de maintenir l'intégrité du système de justice. La sécurité, la solennité et le cérémonial des audiences en personne sont considérés comme essentiels pour établir la confiance et le respect envers le système de justice. Les intervenants ont également indiqué que la sécurité des participants et l'intégrité des témoignages oraux sont des préoccupations primordiales.

#### **La solennité et le décorum font partie intégrante de la confiance dans le système de justice**

De nombreux intervenants ont souligné que pour la plupart des parties, le fait de porter une affaire devant le tribunal est un événement marquant de leur vie. Ils placent leur confiance dans le système de justice, et la solennité et le cérémonial de celui-ci suscitent

une atmosphère de respect et de confiance. Cette atmosphère a un effet non seulement sur les parties, mais aussi sur toutes les personnes qui témoignent, ainsi que sur le public qui suit l'affaire.

Il est impératif que la Cour soit en mesure de gérer ce climat, en particulier dans les affaires comportant des preuves sensibles ou conflictuelles. Le besoin de solennité et de décorum s'étend aux considérations relatives à la conduite de ceux qui suivent l'audience et aux préoccupations concernant l'enregistrement en ligne ou le « trolling ».

### **La plaidoirie est souvent de meilleure qualité lorsqu'elle est assurée en personne**

Beaucoup ont estimé que si les audiences à distance ont permis au système de continuer à fonctionner, elles demeurent moins efficaces que les audiences en personne.

Les participants à l'assemblée générale des provinces de l'Atlantique ont estimé que, bien que la plaidoirie à distance ou virtuelle soit parfois appropriée, « le virtuel n'est pas la réalité ». Tout comme il est peu probable que les gens continuent à organiser des dîners virtuels une fois la pandémie passée, les comparutions en personne au tribunal devraient reprendre pour de nombreuses affaires. D'autres participants à l'assemblée générale ont fait remarquer que le témoignage par vidéo, en particulier lorsque le témoignage est sensible et le témoin émotif, n'est pas aussi efficace que dans une salle d'audience classique.

Ces préoccupations peuvent prendre tout leur sens dans certains contextes. Par exemple, les avocats spécialisés dans les préjudices corporels ont souligné l'importance de la présence et de la visibilité d'une partie lésée à tout moment dans le cadre d'un procès, afin que le juge des faits ne perde pas de vue l'impact de la conduite en cause, ce qui n'est pas possible lorsqu'un procès se déroule par vidéo.

Dans le contexte de l'appel, on a estimé que la capacité d'un avocat d'observer la gestuelle des juges et à répondre efficacement était plus difficile dans les audiences à distance. L'incapacité d'établir un contact visuel, de détecter les inquiétudes ou les hésitations et d'entamer un dialogue libre avec les juges a été notée comme pouvant nuire à la capacité d'un avocat de persuader la cour du bien-fondé de la position de son client.

L'équité peut également être compromise si toutes les parties ne participent pas par le même mode. Par exemple, un avocat a évoqué une audience à laquelle il a participé où certaines parties étaient présentes dans la salle d'audience, d'autres étaient sur une liaison vidéo et d'autres encore participaient par téléphone. Selon lui, les parties au téléphone étaient clairement désavantagées dans la présentation de leur point de vue.



## ***La possibilité de voir les témoins en personne est essentielle***

En général, aussi bien les juges que les avocats étaient satisfaits de la possibilité de voir et d'entendre les témoins et les avocats pendant les témoignages et les soumissions. En réalité, certains juges ont fait remarquer que leur capacité à observer de près un témoin était améliorée par la vidéo, dans la mesure où le juge peut désormais regarder le témoin en face, alors qu'un juge de l'Ontario a généralement une vue de côté pendant un procès<sup>393</sup>.

Cependant, lors d'examens litigieux dans lesquels la crédibilité d'un témoin était remise en question, les avocats et les juges ont exprimé leur inquiétude quant à la capacité réduite d'observer le langage corporel et le comportement d'un témoin dans le processus de recherche de la vérité. L'incapacité à déceler des nuances, comme le fait qu'un témoin se tourne vers son avocat pour obtenir de l'aide lors d'un interrogatoire difficile, qu'un témoin devienne immodéré ou agité par une partie particulière du contre-interrogatoire, ou qu'un témoin semble anxieux ou nerveux lorsqu'il est confronté à des informations contradictoires, est particulièrement préoccupante. Bien que de nombreux intervenants aient reconnu que le comportement avait une valeur limitée dans l'évaluation de la crédibilité, l'incapacité de voir un témoin dans le contexte de la salle d'audience en présence de toutes les parties et de l'avocat a été considérée comme diminuant la fonction de recherche de la vérité du contre-interrogatoire et du processus judiciaire.

Si la plupart des intervenants pensaient que la capacité d'observer les signaux non verbaux des témoins était diminuée par l'utilisation de la technologie de vidéoconférence, un avocat participant à une assemblée générale a indiqué que, comme les visages des témoins sont particulièrement visibles sur une plateforme virtuelle, le juge et les autres intervenants pouvaient voir la transpiration sur les fronts des témoins et entendre des sons qui ne seraient pas autrement entendus dans une salle d'audience. De même, lors d'une audience récente visant à déterminer si un accusé n'était pas criminellement responsable et qui impliquait le contre-interrogatoire d'un psychiatre judiciaire, l'avocat a déclaré être convaincu que la plateforme virtuelle permettait à toutes les parties de bien étudier le comportement et les réponses du témoin.

En général, les intervenants considéraient que l'interrogatoire en personne des témoins était préférable aux interrogatoires menés au moyen de la technologie de vidéoconférence. Plusieurs raisons ont été avancées pour justifier cette préférence, notamment celles-ci :

- les indices non verbaux et les gestes du témoin ne pouvaient pas être observés à l'aide de la technologie à distance;
- le comportement des témoins et des parties ne peut être observé à l'extérieur du banc des témoins;
- la capacité réduite de surveiller et de contrôler l'encadrement et l'assistance des personnes hors écran;

- un moindre contrôle du témoin pendant le contre-interrogatoire; et
- une difficulté liée à la manipulation des documents, notamment le fait de pouvoir exercer un contrôle sur le moment où le témoin consulte chaque document particulier s'il est fourni en version papier et/ou le risque d'obscurcir la vue du témoin si un document est partagé au moyen du partage d'écran.

### ***Incapacité d'observer la conduite des parties et des témoins avant, pendant et après leur témoignage, ou pendant le témoignage d'autres personnes***

Plusieurs juges de première instance ont déploré leur incapacité à observer tous les participants de la salle d'audience pendant une audience. Il s'agit notamment des interactions non verbales (et parfois verbales) entre les témoins et les parties à l'entrée de la salle d'audience et à l'approche de la barre des témoins, des réactions des parties (et parfois d'autres témoins) à la déposition du témoin, des interactions entre l'avocat et son client, ainsi que du comportement et de l'attitude d'un témoin lorsqu'il s'éloigne de la barre des témoins.

Certains intervenants dans le domaine du droit criminel et du droit de la famille ont fait remarquer l'incapacité à détecter les dynamiques de pouvoir entre les participants au procès, comme pour les enfants témoins dans une procédure de divorce ou les partenaires intimes dans les cas de violence sexuelle ou conjugale.

### ***Capacité réduite de s'assurer que le témoignage des témoins est exempt d'interférence ou de directives extérieures***

Plusieurs avocats de première instance se sont dits préoccupés par le risque que les témoins qui déposent à distance exploitent de façon abusive la technologie. Contrairement à ce qui se passe dans une salle d'audience, où les témoins peuvent facilement être observés par le juge, le personnel du tribunal, l'avocat et le public, dans les audiences à distance, les circonstances et le lieu de la déposition d'un témoin sont inconnus. Les témoins peuvent être soumis à un encadrement par des personnes hors caméra ou à des remarques sur l'écran d'ordinateur dans des endroits hors du champ de la caméra.

Les témoins peuvent également être soumis à des distractions inconnues ou même à des actes d'intimidation dans le lieu où ils témoignent. D'autres problèmes se posent lorsqu'il s'agit de s'assurer que les témoins assignés à comparaître seront « présents » au tribunal, en particulier si cela nécessite la présentation d'éléments de preuve.

Les juges et les avocats ont dû trouver des solutions originales à certaines de ces préoccupations. Par exemple, des inquiétudes ont été soulevées quant à la façon de confirmer l'identité des cautions qui comparaissent lors des audiences de mise en liberté sous caution. Une solution relevée a été d'exiger des cautions qu'elles fournissent une photo en

temps réel d'elles-mêmes tenant une pièce d'identité.

### ***Capacité réduite de surveiller un témoin lors du contre-interrogatoire***

Une préoccupation commune des avocats de première instance était que les contre-interrogatoires étaient moins efficaces lorsqu'ils étaient menés par la technologie de la vidéoconférence. Un avocat principal de première instance a déploré la perte de la capacité de « regarder le témoin dans le blanc des yeux » lors de la mise en accusation.

Une préoccupation exprimée à la fois par les avocats et les juges de première instance était que les témoins contre-interrogés ne ressentaient pas la pression d'une salle d'audience pleine lorsqu'ils étaient contestés sur des éléments de preuve sensibles. Plusieurs avocats et juges ont fait remarquer, lors de différentes consultations, que l'atmosphère d'une salle d'audience – y compris aux moments cruciaux d'un témoignage ou de la plaidoirie lorsque « la salle s'anime » – est totalement perdue sur vidéo.

### ***La prestation de la plaidoirie à distance peut nuire à la solennité et à la gravité du processus judiciaire, en affectant la qualité des témoignages et la civilité des avocats***

La fermeture des tribunaux a permis à de nombreuses personnes de mieux apprécier le rôle que les traditions formelles du processus judiciaire – ainsi que la conception et le symbolisme du palais de justice lui-même – jouent dans une prestation de justice de qualité au Canada. Le rituel et l'architecture des tribunaux servent à souligner la gravité et la solennité du processus de recherche de la vérité, rappelant à chaque participant l'importance de son rôle dans sa production.

Le passage soudain à des instances judiciaires menées à distance, dans lesquelles chaque participant partage la même plate-forme, et dans lesquelles de nombreuses traditions séculaires ont été temporairement suspendues, a créé une étude unique de l'importance de ces aspects de notre système. La plupart des intervenants ont déploré leur absence.

Les intervenants ont exprimé l'opinion que ces rituels ne sont pas simplement une question de décorum ou d'étiquette; ils font plutôt partie des formalités qui font que les avocats, les parties au litige, les témoins et les membres du public comprennent le sérieux du système de justice et agissent en conséquence. En d'autres termes, ces questions sont importantes pour la confiance et le respect du public à l'égard du système judiciaire et de sa capacité à régler les différends de manière équitable et efficace.

Les intervenants du milieu judiciaire n'ont généralement pas remarqué un appauvrissement de la civilité chez les avocats ou les parties dans les instances tenues à distance. Ils ont toutefois fait état d'un recul de la solennité et du décorum avec lesquels les parties abordent leur rôle. Un juge de première instance a comparé le témoignage dans le cadre

de la procédure Zoom à l'importance – et souvent à la crainte et à l'intimidation – que ressentent les témoins lorsqu'ils entrent dans une salle d'audience, passent devant la tribune, les parties et les avocats, et franchissent le seuil de la barre des témoins lambrissée pour prêter serment à un greffier en costume ou au greffier du tribunal. De nombreux intervenants se sont demandé si un témoignage donné en l'absence de ces particularités de la salle d'audience pouvait être pris aussi au sérieux par le témoin, ce qui nuit à la crédibilité et à la franchise. D'autres intervenants ont fait remarquer que l'absence de ces formalités procurait un plus grand sentiment de confiance et de sécurité, et favorisait plutôt la crédibilité et la franchise.

Les avocats présents aux assemblées générales tenues en Ontario ont cité des exemples frappants d'absence de décorum :

- une audience vidéo dans laquelle il semblait qu'une des parties était assise dans un fauteuil inclinable et buvait une bière;
- une partie qui s'est représentée elle-même et qui a participé à une audience alors qu'elle se trouvait dans une voiture au service au volant d'un restaurant; et
- un témoin expert s'éloignant d'une audience virtuelle pour répondre à un appel téléphonique.

Les problèmes et défis techniques ont contribué à la perte de décorum perçue par les personnes interrogées. De nombreux intervenants ont noté la perte de la formalité de la salle d'audience lorsque la technologie interfère : les participants sont interrompus, perdent leurs connexions, activent leurs microphones, le bruit de fond et les interférences, les images d'arrière-plan étranges et d'autres mésaventures.

Cela est particulièrement troublant si cela se produit à des moments sensibles d'un témoignage, car il y a alors une méfiance quant à l'origine de l'« incident » technique et à ce qui s'est passé lorsque le témoin était hors ligne.

D'autres exemples graves ont été cités en Ontario, notamment lorsqu'une audience dans le cadre d'un recours collectif multipartite a été « Zoom-bombée » par des « intrus » qui ont rejoint la liaison vidéo et partagé l'écran d'une représentation vidéo d'une agression au couteau et ont commencé à crier des obscénités et des menaces avant que le tribunal ne déconnecte la liaison vidéo. D'autres incidents de ce type ont apparemment été signalés.

Les intervenants ont également exprimé leur inquiétude pour les clients qui avaient imaginé qu'ils allaient littéralement avoir droit à leur « journée au tribunal ». De nombreux clients s'attendaient à avoir la possibilité d'être vus et entendus au tribunal par le décideur après de nombreux mois ou années de dépenses, de préparation et d'anticipation. Les avocats spécialisés dans les préjudices corporels ont noté l'effet rassurant et humanisant sur tous les participants à une instance judiciaire de l'observation directe de la partie touchée, en particulier dans les cas de blessures lourdes. Beaucoup ont noté l'impact du face-à-face avec un accusé

ou une victime sur le sens de la gravité et de la responsabilité du juge des faits.

Un grand nombre d'intervenants ont fait des commentaires sur des pratiques ou des habitudes spécifiques qui contribuent à donner un sentiment d'absence de formalisme aux instances judiciaires :

- ne pas se lever lorsqu'un juge entre dans la « salle »;
- ne pas se tenir debout lors de la présentation des soumissions;
- ne pas être correctement vêtu (sachant que les tribunaux de certains ressorts ont maintenu l'obligation de porter la toge, tandis que d'autres autorisent les avocats à porter la toge s'ils le souhaitent ou l'interdisent pour les audiences à distance);
- ne pas prêter serment en étant debout, et ne pas pouvoir prêter serment sur un texte religieux; et
- participer à des audiences tenues à distance à partir de lieux inappropriés ou non propices (sachant que les avocats eux-mêmes peuvent ne pas avoir accès à une grande salle de conférence ou à d'autres espaces formels dans lesquels une « salle d'audience virtuelle » peut être installée).

Ces préoccupations peuvent s'expliquer, du moins en partie, par l'absence de règles cohérentes prises conjointement par les divers tribunaux des différents ressorts.

## Conclusion

De manière générale, les intervenants consultés ont considéré que les nouvelles technologies déployées en réponse à la pandémie offraient de grandes possibilités, notamment en ce qui concerne les questions de procédure et les affaires ordinaires.

Les audiences à distance étaient généralement considérées comme un complément, et non un remplacement, de la plaidoirie orale en personne dans une salle d'audience. Les intervenants ont généralement cherché à trouver un équilibre entre la conservation des avantages de la salle d'audience « physique » lorsque la nature de l'affaire et les parties l'exigent, et l'adoption de l'efficacité et de l'accessibilité de la technologie à distance lorsque ce n'est pas le cas.

Les intervenants ne considèrent pas les audiences à distance comme une panacée pour tous les problèmes d'accès à la justice. Si les intervenants ont pu constater une réduction des dépenses en termes de temps de déplacement et d'attente, les audiences elles-mêmes sont restées de la même durée, voire plus longues en raison de problèmes techniques ou de la « fatigue liée à Zoom ». Étant donné que certains tribunaux inscrivent moins d'affaires

aux rôles, les retards augmentent dans certains ressorts, ce qui crée d'autres problèmes d'accès à la justice.

Les intervenants sont convaincus que le mode d'audition doit tenir compte des considérations relatives à l'accès à la justice, notamment l'accessibilité, la proportionnalité, l'accès à une technologie fiable et à une bande passante Internet, le choix du moment, le coût et les besoins des divers participants, y compris les parties qui agissent en leur propre nom ou qui ne sont pas représentées. Un équilibre doit être trouvé entre le constat que les ressources sont limitées et doivent être allouées de manière raisonnable, et la compréhension que l'efficacité ne peut être le principal moteur de l'administration de la justice.

Les intervenants ont également indiqué qu'un investissement important dans la technologie est une condition préalable à la poursuite des audiences à distance après la pandémie de la COVID-19, tant pour les juges et le personnel que pour les participants.

Le défi pour l'avenir, au lendemain de la pandémie de la COVID-19 et des contraintes engendrées par celle-ci, sera de trouver le bon équilibre entre la tenue d'audiences à distance et la tenue d'audiences en personne afin de garantir un système de justice fiable, accessible et intègre.

## **Partie IV – La marche à suivre : Les principales observations et recommandations du Groupe de travail**

### **IV.1 Les travaux du Groupe de travail**

Le Groupe de travail sur le litige moderne a accompli un travail considérable. Fruit de ses efforts, le rapport qu'il a rédigé porte sur la place et le rôle de la plaidoirie orale dans notre système judiciaire, sans perdre de vue la nécessité primordiale de garantir une administration efficace de la justice et la mission essentielle de promouvoir et de maintenir la confiance du public envers le système judiciaire. Ce rapport résulte d'un examen approfondi des fondements historiques, de la jurisprudence, des disciplines, des perspectives et des expériences des intervenants en matière de plaidoirie orale.

La présente partie fait état des observations et des principes clés dégagés des travaux du Groupe de travail, lesquels forment la base des recommandations suivantes :

- Reconnaître les progrès des pratiques et de la technologie qui permettent aux personnes qui prennent part au système judiciaire (juges, parties, avocats et public) de tenir des audiences vidéo ou téléphoniques lorsque des modes d'audition de cet ordre sont opportuns;

- Intégrer les réflexions, les perspectives et les expériences décrites au Groupe de travail par un éventail d'intervenants du système judiciaire canadien;
- Mettre en lumière les fondements historiques, jurisprudentiels et culturels du système judiciaire canadien;
- Réaffirmer l'importance de maintenir la confiance du public dans l'intégrité du système judiciaire et dans l'accès à la justice, notamment par un engagement en faveur de la réconciliation et la prise en compte des perspectives autochtones;
- Examiner les approches adoptées avant, pendant, et en prévision de la fin de la pandémie de la COVID-19 au Canada et dans certaines autres juridictions;
- Fournir un cadre qui puisse s'appuyer sur des principes et des projections pour déterminer le mode d'audition le plus approprié pour les diverses étapes d'une instance.

La pandémie de la COVID-19 a entraîné un recours accru à la technologie dans le système judiciaire. Les recommandations du Groupe de travail portent sur la situation après la pandémie de la COVID-19, lorsque les modes d'audition à distance ne représenteront plus une nécessité.

## **IV.2 Les observations et principes clés sur lesquels reposent les recommandations du Groupe de travail**

Le Groupe de travail a fait les principales observations suivantes :

1. L'objectif du Groupe de travail était de dégager les enseignements tirés de l'expérience de la pandémie pour faire en sorte que les aspects positifs des procédures nouvelles et modifiées puissent être maintenus dans le but d'améliorer les processus, les résultats et l'accès à la justice. Par ailleurs, il est ressorti de ces travaux qu'il est nécessaire d'identifier et de préserver les aspects des pratiques pré-pandémiques qui sont essentiels pour maintenir et renforcer la confiance du public dans le système judiciaire et pour améliorer et fournir un accès réel à la justice.
2. La pandémie de la COVID-19 a rendu nécessaire le recours à la technologie vidéo dans le cadre d'audiences qui auraient habituellement été tenues en personne. On pense notamment à des conférences de gestion, des procès ou des appels. Ces adaptations ont été l'occasion d'évaluer les avantages et les inconvénients de cette technologie en tant que substitut aux comparutions traditionnelles en personne. L'utilisation de la technologie vidéo s'est avérée généralement pratique et efficace, et est rapidement devenue le moyen privilégié pour aborder les étapes courantes d'une instance judiciaire. Étant donné la facilité d'utilisation de la technologie vidéo, les audiences téléphoniques sont devenues un mode d'audition moins préconisé sauf lorsque cela était nécessaire en

raison de difficultés technologiques, ou dans le cadre des affaires les plus ordinaires.

3. La pandémie a également contraint les tribunaux à prendre des dispositions pour assurer un service en ligne ainsi que le dépôt et l'organisation des pièces du dossier. Si cette avancée ne concerne pas strictement un mode d'audition particulier, elle constitue *de facto* une condition préalable à la tenue d'audiences vidéo.
4. Le Groupe de travail a été alerté au sujet de la pénurie de ressources dont l'administration de la justice souffre à tous les niveaux. Les systèmes judiciaires du pays continuent de lutter pour garantir le soutien nécessaire, notamment en matière de formation, de personnel et de ressources technologiques. D'autres personnes prenant part au système judiciaire ne disposent pas toutes du même accès à la technologie. La possibilité d'utiliser un ordinateur, la disponibilité et la fiabilité de la connexion Internet sont loin d'être une réalité pour une grande partie de la population canadienne, pour des raisons telles que la disparité économique et les limites géographiques de la bande passante. On ne peut pas tenir pour acquis que les plaideurs et les membres du public disposent des ressources nécessaires pour accéder à distance au système judiciaire d'une manière stable, sûre et qui puisse garantir l'intégrité continue de l'instance. On ne peut pas non plus prétendre que les audiences vidéo sont plus rapides ou plus efficaces, en particulier lorsqu'il s'agit de questions de fond ou lorsqu'il y a un grand volume de preuves, car la durée de l'audience, dans le meilleur des cas, reste la même.
5. Tout en reconnaissant les avantages de la tenue d'audiences par vidéo, la valeur d'une audience orale en personne lors des étapes importantes d'une instance reste largement reconnue. La possibilité de s'entretenir en personne avec le tribunal, les autres parties, les témoins et le public répond à un besoin fondamental d'interaction humaine dans le cadre de ce qui constitue généralement un événement important pour les parties au litige et les autres personnes concernées par l'audience.
6. La plaidoirie orale, par laquelle nous entendons la présentation « en direct » d'éléments de preuve et d'arguments, en personne ou à distance, demeure une composante essentielle et irremplaçable de notre système judiciaire. Elle permet de présenter les positions des parties de la manière la plus pertinente, donne aux juges et aux autres décideurs les moyens de parvenir à des résultats justes et entièrement motivés, et renforce l'expérience critique des parties au litige, qui assistent au processus (qui « voient la justice en action ») et ont la certitude que leurs positions et leurs arguments ont été entendus et pris en compte.
7. Par ailleurs, dans les affaires impliquant une étape importante de l'instance (tel que nous le décrivons dans le plan-cadre ci-dessous), les audiences orales en personne restent le mode d'audition préférable pour garantir l'intégrité de la preuve et arriver à des conclusions équitables. Le mode d'audition autre que l'audience en personne convient généralement aux affaires non contestées et aux affaires de nature administrative.



8. Quatre principes clés ont été définis et réaffirmés tout au long des travaux du Groupe de travail. Ces principes devraient guider les parties et être à la base de la décision du tribunal lors de la détermination du mode d'audition qui convient :

- I. Le principe de la publicité des débats judiciaires
- II. L'impératif de l'accès à la justice
- III. L'intégrité du processus judiciaire
- IV. Le principe de la proportionnalité

### ***I. Le principe de la publicité des débats judiciaires***

Pour que la justice soit rendue, elle doit être perçue comme telle, tant par les parties que par le public. Cela signifie que nous devons garantir un système judiciaire ouvert, transparent et équitable, qui permet la participation et l'engagement de ceux qui y prennent part et ceux qu'il touche. Le principe de la publicité des débats judiciaires est fondamental pour la confiance du public dans l'administration de la justice. La présentation des preuves et des arguments oraux en audience publique est un principe fondamental du système judiciaire canadien depuis sa création, pour des raisons valables. Comme l'indique le président de la Société des plaideurs dans son avant-propos au présent rapport, ce qui se passe dans le creuset de la salle d'audience relève d'une entreprise humaine unique qui ne peut être supplantée par la technologie sans qu'il y ait un coût.

La conception traditionnelle des tribunaux, des avocats et des parties dans ce pays est ancrée dans les pratiques anglo-canadiennes, imprégnées de la tradition de droit civil de la province de Québec, le tout s'étant instauré au fil des siècles. Encore aujourd'hui, le procès contradictoire demande aux avocats de faire appel à la logique et à la raison, à la persuasion par la crédibilité et à l'appel à l'émotion dans la recherche de la justice. Les perspectives autochtones, grâce à une compréhension des histoires et des traditions orales, nous enseignent la richesse et la complexité des communications orales qui sont essentielles au processus de recherche de la justice. Voir à ce que le système judiciaire s'adapte aux histoires orales des plaideurs autochtones est non seulement essentiel au projet de réconciliation, mais cette intégration renforcera également le système judiciaire en général.

Les recherches menées sur l'apprentissage dans les domaines de l'éducation et du droit démontrent que la présentation orale facilite une compréhension et une connaissance plus approfondies du sujet traité. Les résultats de l'analyse des compétences effectuée par le Groupe de travail et des consultations avec les intervenants confirment l'idée que la présomption actuelle de la tenue de l'audience orale pour toutes les affaires importantes contribue de manière importante au maintien de l'intégrité du système judiciaire, en particulier

en ce qui concerne la présentation de la preuve, mais plus largement en ce qui concerne tous les aspects des instances judiciaires orales et en personne. Ce qu'on considère comme « l'étalon de référence » de la décision judiciaire, lequel veut que les tribunaux prennent en compte les témoignages oraux et, le cas échéant, les arguments écrits et oraux, est fermement ancré dans notre histoire, nos pratiques et la preuve empirique.

La pandémie nous a également montré que le principe de la publicité des débats judiciaires peut être renforcé par la technologie à distance en permettant au public de suivre les audiences sans se rendre dans une salle d'audience physique. Cet aspect peut être pris en compte, que l'audience se déroule en personne ou à distance.

## ***II. L'impératif de l'accès à la justice***

Comme nous le rappelle la Cour suprême du Canada, « de nos jours, garantir l'accès à la justice constitue le plus grand défi à relever pour assurer la primauté du droit au Canada.<sup>394</sup> » Les progrès technologiques réalisés au cours de la pandémie ont démontré que les audiences à distance présentent de nombreux avantages qui pourraient permettre de résoudre certains des problèmes d'accès à la justice qui ont touché le système judiciaire au cours des dernières années. La rapidité d'accès à la justice constitue, par exemple, un paramètre important. Il est ainsi possible de gagner en efficacité en évitant aux plaideurs et aux avocats d'avoir à se déplacer dans des salles d'audience pendant des heures pour des affaires de nature courante ou de consentement.

Comment la plaidoirie orale favorise-t-elle l'accès à la justice? En fournissant des prestations judiciaires de haute qualité et en garantissant que le processus de justice permette une participation éclairée et conséquente des personnes concernées. La possibilité d'observer le juge et la façon dont il contrôle la salle d'audience et démontre du respect envers les parties, les avocats, les témoins et le public; la réaction des parties, des avocats, des témoins et du public à une partie convaincante d'un témoignage oral; l'« impression » d'une salle d'audience qui entend la position d'une partie puis celle de la partie adverse au fur et à mesure du déroulement de la plaidoirie; la façon dont le juge rend sa décision, tous ces éléments constituent des éléments cruciaux dans la prestation d'une justice qui n'est pas seulement rendue, mais qui est vue se déroulant ainsi.

La confiance du public dans l'administration de la justice au Canada exige un processus ouvert, transparent et inclusif qui reconnaît et valide les traditions orales et encourage l'engagement et la participation des peuples autochtones. Pour les plaideurs autochtones, la détermination du mode d'audition doit être abordée sous l'angle de la réconciliation, ce qui inclut la prise en compte des répercussions interculturelles du mode choisi et la question de savoir si le choix de tel ou tel mode va maintenir ou éroder la confiance d'un plaideur autochtone dans l'équité et l'intégrité du système judiciaire.

Le Groupe de travail reconnaît que pour la majorité des plaideurs, les solutions de justice

ne sont pas le fruit d'un jugement après un procès, mais d'un règlement négocié. Le Groupe de travail a pris connaissance du fait que lorsque les instances judiciaires ne se déroulent pas en personne, les occasions d'avoir des discussions informelles entre les avocats, notamment en ce qui concerne les possibilités de règlement, la réduction des questions en litige et les questions de procédure, étaient moins fréquentes. Les parties qui agissent en leur propre nom ont également moins d'occasions d'obtenir de l'aide et des conseils informels de la part des avocats, du personnel judiciaire et des juges. Ces défis sont particulièrement importants lorsque les affaires sont décidées uniquement par écrit, laissant les parties qui agissent en leur propre nom dans l'incapacité effective de faire valoir des intérêts importants en l'absence d'interaction avec le juge.

Si notre système judiciaire devait évoluer pour réduire la fréquence des audiences orales en personne, des changements importants seront nécessaires, sans égard à l'expérience de la pandémie. Les consultations des intervenants ont confirmé que les parties vulnérables et celles qui agissent en leur propre nom ne disposent non seulement pas de la technologie requise, mais non plus de la capacité d'y accéder et d'y recourir de façon concrète. La nécessité de veiller à ce que la technologie nécessaire (accès au réseau et appareils) soit raisonnablement accessible aux personnes et aux communautés qui souhaitent accéder aux audiences doit être une condition préalable à toute modification importante du mode d'audition présumé. Le système n'en est manifestement pas encore là.

### ***III. L'intégrité du processus judiciaire***

L'intégrité du processus judiciaire a été considérée par de nombreuses personnes comme le principal élément dont il faut tenir compte pour évaluer l'importance soutenue des audiences en personne. Cela comprend la capacité de la cour à contrôler son processus, à garantir l'intégrité de l'admission des éléments de preuve, à observer le comportement des témoins, à évaluer la crédibilité des témoignages et à interagir pleinement avec les avocats quant aux questions de droit.

De nombreuses personnes ont exprimé leur inquiétude quant à l'éventualité que l'absence d'audiences en personne ait déjà diminué l'intégrité du processus judiciaire ou risque de la diminuer. Nous avons désormais acquis suffisamment d'expérience pour comprendre que la conduite des instances judiciaires par le biais de plateformes à distance ou vidéo suscite un certain nombre de préoccupations concernant la sécurité et l'intégrité des parties, des témoins et des instances elles-mêmes. La capacité du tribunal à gérer le contexte et la conduite d'une partie comparaissant par vidéo, par exemple, est considérablement réduite. Des preuves empiriques suggèrent que les témoins ne font pas preuve du même respect pour le processus et ne comprennent pas l'importance de l'honnêteté et du décorum lorsque les instances se tiennent à distance. Les juges et les avocats font souvent référence à la « fatigue de Zoom » et à la nécessité de prévoir plus de pauses ou des journées d'audience plus courtes pour compenser les défis de la participation à distance. Une équipe de

l'université de Stanford a récemment tiré la même conclusion : les plateformes vidéo sont fatigantes et imposent une [TRADUCTION] « charge cognitive » beaucoup plus élevée aux participants<sup>395</sup>. D'autres travaux de recherche empirique sont nécessaires pour déterminer les répercussions, sur les participants au système judiciaire, des circonstances particulières dans lesquelles les audiences sont menées.

Parmi les autres défis à relever figure la nécessité de développer des moyens juridiques ou techniques pour empêcher l'utilisation inappropriée de la technologie des audiences à distance (enregistrements non autorisés, captures d'écran, photographies, « Zoombombing » ou toute autre perturbation d'une audience; publication inappropriée de documents et d'événements judiciaires; commentaires offensants sur les médias sociaux; intimidation et *trolling* en ligne). De telles activités peuvent contribuer à entamer le respect et la confiance du public envers l'administration de la justice.

La solennité, le décorum et la gravité du processus judiciaire qui marque le déroulement des instances dans un tribunal traditionnel contribuent grandement à l'intégrité de l'administration de la justice. La capacité réduite des tribunaux à protéger l'intégrité du processus judiciaire lorsqu'il se déroule par vidéo ou dans d'autres contextes assistés par la technologie a été rapportée comme représentant un défi majeur par le Groupe de travail. Des inquiétudes ont été exprimées quant à l'érosion potentielle du respect pour le tribunal en tant qu'institution lorsque les instances sont conduites à distance. Les intervenants ont également évoqué les répercussions sur la collégialité, l'apprentissage et les possibilités de mentorat lorsque les rassemblements au palais de justice sont moins fréquents ou impossibles.

#### **IV. Le principe de la proportionnalité**

Dans un système où les priorités entrent en concurrence et où les ressources sont limitées, l'accès à la justice est inextricablement lié au principe de la proportionnalité. Il a souvent été rappelé au Groupe de travail qu'il est nécessaire d'appliquer le principe de la proportionnalité lorsqu'il s'agit d'évaluer la prestation de l'accès à la justice à l'aune des impératifs d'ouverture, de transparence et d'équité. Il s'ensuit que le mode adopté pour l'audience doit être proportionnel à l'importance des questions en jeu, sachant que les audiences vidéo ne sont pas nécessairement plus courtes ou moins coûteuses. Pour parvenir à un accès rapide et abordable au système judiciaire, nous devons être ouverts à l'application des principes de proportionnalité afin de garantir une affectation appropriée des ressources. En même temps, le principe de la proportionnalité ne l'emporte pas sur l'importance de l'accès à un jugement de haute qualité et sur l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires.

L'évaluation de la proportionnalité du mode d'audition par rapport à la question en jeu doit être laissée à la discrétion des décideurs judiciaires lorsque les parties ne sont pas d'accord. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit être raisonnablement prévisible et peut être éclairé par des lignes directrices qui peuvent être révisées en fonction de consi-

dérations pertinentes. Dans la plupart des cas, la détermination du mode d'audition devrait être relativement simple, et ne devrait pas faire l'objet d'une contestation s'ajoutant automatiquement à l'instance.

### **IV.3 Recommandations : Plan-cadre pour décider du mode d'audition**

Le Groupe de travail recommande le plan-cadre suivant, qui vise à guider les parties, les avocats et les tribunaux dans le choix du mode d'audition. Le Groupe de travail note qu'au fur et à mesure que les parties, les avocats et les tribunaux s'efforceront de déterminer les modes d'audition, la jurisprudence et les pratiques généralement acceptées se développeront, et les approches et les attentes s'adapteront. Le Groupe de travail encourage les avocats à réfléchir sérieusement au mode d'audition qui convient et à agir raisonnablement pour ce qui est d'évaluer les circonstances et les intérêts des parties. Les avocats devraient s'efforcer de parvenir à un accord dans la mesure du possible afin d'éviter une étape procédurale supplémentaire pour déterminer le mode d'audition.

Le plan-cadre est généralement structuré de manière à pouvoir s'adapter, le cas échéant, à des règles ou à des directives de pratique ou à d'autres directives des tribunaux, et à fonctionner parallèlement aux cadres existants pour divers types de questions traitées par les tribunaux dans toutes les juridictions canadiennes<sup>396</sup>. Le Groupe de travail reconnaît également que l'applicabilité de certaines des lignes directrices différera entre les tribunaux de première instance et d'appel.

#### Modes d'audition

1. Les modes d'audition retenus aux fins du plan-cadre sont :
  - a. Par écrit;
  - b. Par téléphone;
  - c. Par vidéoconférence;
  - d. Par audience en personne dans une salle d'audience physique;
  - e. Une combinaison de modes d'audition susmentionnés.

### Lignes directrices et facteurs à prendre en considération

2. En règle générale, les questions décidées sur consentement devraient être traitées par écrit.
3. Les tribunaux et les parties devraient adopter l'efficacité et la flexibilité des audiences vidéo pour toutes les audiences administratives de nature courante et les audiences non contestées. En règle générale, un tribunal devrait ordonner qu'une étape d'une instance soit menée par audience vidéo lorsque les parties y consentent, à moins qu'un élément relevant de l'intérêt public pour une audience en personne ne supplante le consentement des parties.
4. Un tribunal ne devrait pas ordonner une audience par écrit en dépit de l'objection de l'une des parties, sauf pour les affaires traditionnellement traitées par écrit (par exemple, les dépens, les demandes visant à régler la formule d'une ordonnance ou l'autorisation d'interjeter appel).
5. En règle générale, un tribunal devrait ordonner une audience en personne lorsque la question à trancher représente une étape importante de l'instance et qu'au moins une des parties demande le recours à ce mode d'audition<sup>397</sup>. La définition de ce que constitue une « étape importante d'une instance » varie selon les situations. Elle peut renvoyer à des questions de fait et de droit substantielles ainsi qu'à des mesures procédurales importantes à prendre au cours de l'instance.

Parmi les étapes importantes d'une instance, citons notamment les situations où :

- a. l'issue de l'audience peut être une ordonnance ou un jugement qui tranche en droit ou en pratique une question importante dans l'affaire (par exemple, un procès, une demande en cours d'instance ou interlocutoire qui pourrait avoir pour effet concret de mettre fin au litige);
  - b. l'ordonnance demandée à l'audience peut avoir des conséquences sur la liberté ou un intérêt substantiel comparable d'une partie (par exemple, une question de protection de l'enfance ou une demande pour outrage au tribunal);
  - c. la décision exigera du tribunal qu'il interprète et résolve des questions factuelles ou juridiques complexes, ou un point de droit important;
  - d. la crédibilité est raisonnablement mise en cause et l'on s'attend à ce que les témoignages de vive voix jouent un rôle majeur dans la détermination de la crédibilité.
6. La proportionnalité, l'équité et l'efficacité constituent des facteurs pertinents pour déterminer s'il convient de s'écarter des lignes directrices énoncées ci-dessus.
  7. En plus des lignes directrices énoncées ci-dessus, au moment de déterminer le mode d'audition, d'autres facteurs pertinents sont à prendre en compte :

- a. le principe général selon lequel les éléments de preuve et les arguments doivent être présentés en audience publique<sup>398</sup>;
- b. la nature et la complexité des questions de droit, de faits et de crédibilité à déterminer;
- c. l'impact relatif sur les parties, les témoins ou les avocats d'une présence en personne ou virtuelle, notamment en ce qui concerne l'accessibilité, les déplacements, l'accès à une technologie fiable, l'échéancier et les frais;
- d. toute préoccupation concernant la sûreté et la sécurité des participants ou l'intégrité de l'instance;
- e. la question de savoir si une affaire concerne une personne ou un groupe autochtone ou des droits ou intérêts autochtones, en gardant à l'esprit le principe de réconciliation;
- f. les considérations relatives à l'accès à la justice, en particulier pour les membres de communautés traditionnellement défavorisées au sein du système judiciaire; et
- g. l'importance de l'affaire pour l'intérêt public et l'administration de la justice.

#### Procédure de détermination du mode d'audition

- 8. La partie initiant une étape particulière d'une instance spécifiera le mode d'audition envisagé pour cette étape dans la demande introductive d'instance, en appliquant les lignes directrices énoncées ci-dessus.
- 9. Si l'autre partie n'est pas d'accord avec le mode d'audition proposé par la partie ayant engagé l'étape particulière d'une instance, elle est tenue d'indiquer rapidement son objection par écrit.
- 10. Si la partie ne s'y oppose pas, le mode d'audition proposé sera généralement ordonné. Le tribunal conserve toujours le pouvoir d'exiger une audience en personne, même si les parties ont convenu de procéder par vidéo ou par écrit.
- 11. En cas de désaccord concernant le mode d'audition, le tribunal déterminera le mode après avoir reçu les observations écrites ou orales, selon ses directives. Le règlement du différend concernant le mode d'audition doit être arrêté par le tribunal de manière diligente<sup>399</sup>.

### Conséquences des dépens

12. Le tribunal peut rendre une ordonnance quant aux dépens à la suite de l'audience s'il détermine qu'une partie s'est opposée sans raison à un mode d'audition pour des raisons tactiques ou autres motifs inappropriés.

### Meilleures pratiques pour les audiences tenues à distance

13. Lorsque les audiences et autres instances de litige se déroulent autrement qu'en personne, des mesures appropriées doivent être prises pour assurer l'intégrité du processus judiciaire. Les « Pratiques exemplaires pour les audiences tenues à distance »<sup>400</sup> de la Société des plaideurs énoncent les procédures et les mesures de protection applicables aux instances qui se déroulent à distance et devraient être intégrées aux règles ou aux directives relatives aux audiences tenues à distance.

### Examens extrajudiciaires et autres instances

14. Les lignes directrices énoncées ci-dessus s'appliquent, moyennant les ajustements nécessaires, aux interrogatoires hors Cour tels que les interrogatoires au préalable et les contre-interrogatoires.

15. Lorsqu'une partie souhaite procéder à un interrogatoire en personne, c'est ce mode d'interrogatoire qui doit être retenu. Lorsqu'une partie s'oppose à ce que l'interrogatoire se déroule en personne, le tribunal peut déterminer le mode d'interrogatoire en tenant compte des lignes directrices et des facteurs énoncés ci-dessus, moyennant les ajustements nécessaires.

16. La détermination du mode utilisé pour un interrogatoire hors Cour n'affecte en rien la détermination du mode d'audition de l'instance elle-même, qu'elle soit sur consentement ou par décision du tribunal.

## **IV.4 Recommandations au sujet des mesures à prendre**

Le Groupe de travail a bien entendu les intervenants des quatre coins du pays : l'administration de la justice au Canada est confrontée à des défis majeurs. Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction, le Groupe de travail avait pour mandat d'examiner le rôle de la plaidoirie orale dans le système judiciaire, lequel ne représente qu'un élément d'un casse-tête bien plus grand. Le Groupe de travail se fait l'écho des préoccupations exprimées par les intervenants, joint sa voix à l'appel en faveur d'une évaluation approfondie du système



dans tout le pays et soutient l'appel en faveur d'une augmentation des ressources allouées à l'administration de la justice au Canada.

Même si le mandat du GTLM n'a pas permis d'effectuer le travail de fond nécessaire pour cerner et formuler toutes les mesures requises pour réformer le système judiciaire canadien, les intervenants aux travaux du Groupe de travail ont unanimement formulé les grandes recommandations stratégiques qui suivent.

### Généralisation du recours à la technologie dans le système judiciaire

1. Le service et le dépôt électroniques, ainsi que l'organisation des documents relatifs aux affaires en vue de leur utilisation devant les tribunaux, devraient être une constante du système judiciaire canadien<sup>401</sup>. Il s'agit notamment de rendre tous les documents déposés au tribunal accessibles en ligne au public sans frais et dans un format entièrement consultable, moyennant les mesures de protection qui conviennent lorsque des ordonnances de mise sous scellés, de confidentialité ou de protection sont émises<sup>402</sup>, et en tenant compte des questions de protection des renseignements personnels.
2. Lorsque l'accès à la technologie et sa fiabilité varient, y compris selon la région et la personne prenant part au système judiciaire<sup>403</sup>, les services d'administration des tribunaux doivent prévoir des adaptations et fournir un accès à la technologie.
3. Il est impératif que les gouvernements priorisent la dotation des systèmes judiciaires en ressources nécessaires pour continuer à moderniser tout le système judiciaire canadien. Cela comprend la formation et l'équipement approprié pour les juges, le personnel des tribunaux et les avocats soutenus par l'État. L'allocation de ressources est une condition préalable essentielle à l'utilisation efficace de la technologie dans les tribunaux et à l'accès à la justice pour les personnes prenant part au système judiciaire qui n'ont pas accès à la technologie<sup>404</sup>.
4. Les changements apportés au système judiciaire découlant de la généralisation du recours à la technologie devraient faire l'objet d'un examen récurrent<sup>405</sup> et d'une réflexion sur les améliorations à y apporter.

### Examen des besoins du système judiciaire

5. Indépendamment des ressources supplémentaires requises pour permettre la généralisation du recours à la technologie dans le système judiciaire, l'administration de la justice continue de souffrir d'une pénurie de ressources à tous les niveaux et dans tout le pays. L'importance du système judiciaire pour la société canadienne ne se reflète pas dans l'affectation des ressources à son fonctionnement. Le gouvernement doit y remédier.

6. Le financement de l'aide juridique n'a cessé de réduire. Nous en sommes à un stade où l'aide juridique n'est disponible dans tout le pays que pour les affaires criminelles graves, et à des montants si bas qu'il est économiquement impossible pour la plupart des avocats d'accepter des mandats d'aide juridique. Le fait de prendre part au système judiciaire représente un événement majeur dans une vie, c'est du moins le cas pour la plupart des gens au Canada. On ne saurait accepter qu'ils aient à procéder sans représentation juridique adéquate (voire sans représentation) en conséquence d'un financement aussi limité mis à la disposition des gens aux moyens modestes.
7. Des moyens alternatifs de résolution des litiges (en grande majorité civils) sont utilisés à travers le pays, allant de la médiation et de l'arbitrage privés (uniquement disponibles pour les parties disposant des plus vastes ressources), à la médiation obligatoire par le biais des systèmes judiciaires, aux systèmes de résolution de conflits en ligne tels que le *Civil Resolution Tribunal* en Colombie-Britannique, et autres. Les principes de proportionnalité, d'équité et d'efficacité exigent un examen plus approfondi et un élargissement éventuel des solutions de rechange financées par l'État<sup>406</sup>, y compris des évaluations de la qualité relative des résultats obtenus par les diverses méthodes de résolution des différends.
8. Il ne semble pas exister de collecte exhaustive de données concernant les systèmes judiciaires et les résultats, notamment en ce qui a trait au nombre d'affaires traitées, aux délais, à l'évaluation des résultats, aux ressources nécessaires, etc. C'est là une lacune importante : les juges, les avocats et les autres intervenants sont tous convaincus de la nécessité d'améliorer l'administration de la justice et l'accès à la justice, mais ils manquent de données pour évaluer et soutenir les changements qui s'imposent de longue date<sup>407</sup>.

## Un dernier mot

L'administration de la justice est une composante fondamentale des valeurs canadiennes. Elle mérite une étude et un examen engagés, ciblés et opportuns<sup>408</sup>. La nécessité de réformer le système judiciaire canadien a été exprimée avec force et à plusieurs reprises. Nous sommes devant une occasion manifeste de tirer des leçons de l'expérience des adaptations requises par la pandémie de la COVID-19 et de s'en inspirer pour améliorer la façon dont la justice est administrée au Canada.

## Notes de fin d'ouvrage

1. Le comité permanent 10+ est composé d'avocats en milieu de carrière de tout le Canada qui exercent leur profession depuis environ 10 à 17 ans.
2. Le comité permanent des jeunes plaideurs est composé d'avocats de tout le Canada qui exercent depuis au plus dix ans.
3. Les traditions juridiques autochtones et le rôle central des récits oraux dans les cultures et les systèmes de justice autochtones sont abordés dans la partie II.2.
4. Stephanie A. Vaughan, *Experiential Learning: Moving Forward in Teaching Oral Advocacy Skills by Looking Back at the Origins of Rhetoric* (2017) 59:1 S Tex L Rev 121, p. 123.
5. Lawrence W. Pierce, *Appellate Advocacy: Some Reflections From the Bench*, (1993) 61 Fordham L Rev 829, pp. 829-30.
6. Vaughan, *supra* note 4, p. 124.
7. Michael Frost, *Ethos, Pathos & (and) Legal Audience*, (1994) 99:1 Dick L Rev 85, p. 86.
8. Vaughan, *supra* note 4, pp. 125-26.
9. Frost, *supra* note 7, p. 87.
10. *Ibid.*
11. Anton-Hermann Chroust, *Legal Profession in Ancient Athens*, (1954) 29:3 Notre Dame L Rev 339, pp. 342-44.
12. *Ibid*, p. 344.
13. *Ibid*, pp. 375-84; Frost, *supra* note 7, p. 89.
14. Chroust, *supra* note 11, p. 347.
15. Mark R. Kravitz, *Written and Oral Persuasion in the United States Courts: A District Judge's Perspective on Their History, Function, and Future*, (2009) 10:2 J App Pr & Pro 247, p. 248.
16. Jay Tidmarsh, *The Future of Oral Arguments*, (2016) 48:2 Loy U Chi LJ 475, pp. 476-77. L'auteur se demande pourquoi – hormis la tradition – la plaidoirie orale a survécu à l'époque moderne aux États-Unis, étant donné que les Américains sont un peuple alphabétisé.
17. Robert J. Martineau, *The Value of Appellate Oral Argument: A Challenge to the Conventional Wisdom*, (1986) 72:1 Iowa L Rev 1 à la p. 5.
18. Adolf Homburger, *Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure*, (1970) 20:1 Buff L Rev 9, p. 9.
19. J. E. Côté, *The Oral Judgment Practice in the Canadian Appellate Courts*, (2003) 5:2 J App Pr & Pro 435, p. 435.
20. Historique de la Cour, Cour supérieure de justice, en ligne : <https://www.ontariocourts.ca/scj/fr/a-propos/historique/>.
21. John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, OUP, 2003, p. 1.
22. *Ibid*, pp. 7-9.
23. J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4<sup>e</sup> éd, Oxford, OUP, 2007, pp. 76-81.
24. *Ibid*, pp. 81-90.
25. Par exemple en supprimant les objections et en permettant aux parties de plaider le droit, R.S.C. 1883, Ord. 25. (Royaume-Uni).
26. Baker, *supra* note 23, pp. 90-91.
27. *Ibid*, p. 91.
28. Langbein, *supra* note 21, pp. 8, 112.
29. *Evidence Act 1843*, 6 & 7 Vict., c. 85 (1843) (Royaume-Uni).
30. *Evidence Act 1851*, 14 & 15 Vict., c. 99 (1851) (Royaume-Uni).
31. Ronald D. Noble, *The Struggle to Make the Accused Competent in England and in Canada*, (1970) 8:2 Osgoode Hall LJ 249, pp. 267-73; Walter S. Johnson, *Sources of the Quebec Law of Evidence in Civil and Commercial Matters*, (1953) 31 Can Bar Rev 1000. Voir, par exemple, l'art. 1231 et surtout l'art. 1232 du Code civil du Bas-Canada, 29 Vict., c. 41 (1865), qui stipule ce qui suit : [TRADUCTION] « Un témoignage donné par une partie dans un procès ne saurait valoir en sa faveur. » En 1891, les mots suivants ont été ajoutés immédiatement après : [TRADUCTION] « Malgré ce qui précède, toute partie à un procès peut témoigner en son nom propre dans toute affaire de nature commerciale; mais cela peut avoir des effets défavorables sur sa crédibilité. » En 1897, l'article 1232 a été abrogé.

32. Baker, *supra* note 23, p. 155.
33. Cette partie s'appuie en grande partie sur les travaux novateurs de Langbein, *supra* note 21.
34. *Ibid*, p. 2.
35. Baker, *supra* note 23, pp. 507-09; F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001, pp. 211-13.
36. Langbein, *supra* note 21, p. 319.
37. *Criminal Evidence Act 1898*, 61 & 62 Vict., c. 36 (1898) (Royaume-Uni).
38. Noble, *supra* note 31, p. 272; *Acte de la preuve en Canada* (1893) (aujourd'hui *Loi sur la preuve au Canada*). Il a été jugé, dans l'affaire *R v D'Aoust* (1902), 3 OLR 653, que l'accusé n'était pas contraignable par la poursuite. Par conséquent, l'*Acte de la preuve en Canada* (*Loi sur la preuve au Canada*) a été modifié en 1906 pour préciser que l'accusé était compétent pour assurer la défense.
39. Langbein, *supra* note 21, p. 2.
40. Baker, *supra* note 23, p. 510.
41. Le complot papiste était une conspiration présumée des catholiques visant à assassiner Charles, à mettre le feu à la ville de Londres et à provoquer une invasion étrangère.
42. Le complot de Rye House était une conspiration présumée fomentée par des extrémistes whigs qui voulaient empêcher Jacques II d'accéder au trône.
43. Après la mort de Charles II en 1685, le fils illégitime de Charles, le duc de Monmouth, a fomenté une rébellion pour empêcher l'accession au trône de Jacques II. La rébellion a été réprimée et environ 1 400 rebelles ont été accusés de trahison. Plus de 200 d'entre eux ont été pendus, traînés sur une claie jusqu'à la potence ou équarris à la suite des « Assises sanglantes ». Après leur exécution, leurs corps ont été bouillis, goudronnés et suspendus aux arbres et aux lampadaires pendant un an en guise d'avertissement macabre : Langbein, *supra* note 21, p. 77.
44. Langbein, *supra* note 21, pp. 78-86.
45. *An Act for Regulating of Trials in Cases of Treason and Misprision of Treason*, 7 Wil. 3, (1696) (Royaume-Uni).
46. Langbein, *supra* note 21, p. 90.
47. *Ibid*, pp. 86-97.
48. *Ibid*, pp. 109-10 et pp. 148-58.
49. *Ibid*, pp. 109-10 et pp. 158-65.
50. *Ibid*, pp. 3-4 et pp. 109-10.
51. *Ibid*, p. 110.
52. *Prisoner's Counsel Act*, 6 & 7 Wil. 4, c. 114, préambule, s. 1 (1836) (Royaume-Uni); Langbein, *supra* note 21, p. 111.
53. Langbein, *supra* note 21, p. 253.
54. Rosalie Jukier, *The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure* (2015) 93 Can Bar Rev 211, p. 212.
55. *Ibid*, p. 216.
56. *Ibid*.
57. *Ibid*, pp. 219-20. Le professeur Jukier cite l'exemple suivant pour illustrer ce point : [TRADUCTION] « Voir p. ex. *Laflamme c. Groupe TDL Itée*, 2014 QCCS 312, où des faits anodins (une femme ayant ingéré une cuillerée de soupe excessivement chaude chez Tim Hortons a intenté une action en dommages-intérêts de 2 millions de dollars) ont donné lieu à un procès de dix jours, au témoignage oral de neuf experts (d'autres experts ayant soumis des rapports écrits) et à une décision de 77 pages (426 paragraphes) en faveur de la demanderesse lui accordant pour 69 000 \$, dont 33 000 \$ pour rembourser les honoraires des témoins experts. »
58. Yves-Marie Morissette, *Aspects historiques et analytiques de l'appel en matière civile*, (2014) 59:3 McGill LJ 481, p. 555.
59. *Ibid*.
60. *Ibid*.
61. *Ibid*. À titre d'exemple, le juge Morissette souligne la tendance des ressorts de common law à restreindre l'accès au mécanisme d'appel, ce qui, selon lui, a été le cas au Québec.
62. *Ibid*, pp. 549, 555.

63. *Legal Profession Act*, SBC 1998, c 9, s 15(1).
64. *Legal Profession Act*, RSA 1980, c L-9, s 102(1)(2).
65. *Loi sur le Barreau du Québec*, RLRQ, c B-1, art 128(2)(a).
66. Martineau, *supra* note 17, pp. 5-6.
67. *Ibid*, p. 7.
68. Roger Kerridge et Gwynn Davis, *Reform of the Legal Profession: An Alternative Way Ahead*, (1999) 62:6 Mod L Rev 807, à la p. 808; Martineau, *supra* note 17 à la p. 7.
69. David Mackie, *Rights of Audience in the Higher Courts*, (1996) 1996:1 Inter Alia: U of Durham Student LJ 1, p. 1.
70. Baker Mackenzie, *Dispute Resolution Around the World: Canada* (2013), p. 5, en ligne (pdf) : <[https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2016/10/dratw/dratw\\_canada\\_2013.pdf?la=en](https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2016/10/dratw/dratw_canada_2013.pdf?la=en)>; Research Office : Legislative Council Secretariat, *Fact Sheet: Practice of the legal profession in selected places*, (2018), p. 11, en ligne (pdf) : <<https://www.legco.gov.hk/research-publications/english/1718fs06-practice-of-the-legal-profession-in-selected-places-20180322-e.pdf>>.
71. Voir, par exemple, l'article 23 du *Code de procédure civile* et le *Legal Profession Act*, SBC 1998, c 9, s 15(1) (a). Plus généralement, voir Samaneh Hosseini et Zev Smith, *Litigation and Enforcement in Canada: Overview* (1<sup>er</sup> avril 2020), en ligne : Thomson Reuters Practical Law <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-502-0711?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-502-0711?transitionType=Default&contextData=(sc.Default))>.
72. *Bagg's Case*, (1615) 11 Co Rep 93b (juge en chef Coke); *R v Chancellor of the University of Cambridge*, (1723) 1 Str 557; *Osgood v Nelson*, (1872) LR 5 HL 636; *Fischer v Jackson*, (1891) 2 Ch 824.
73. Paul P. Craig, *Administrative Law*, 7<sup>e</sup> éd, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, p. 367.
74. Gus Van Harten, Gerald Heckman et David J. Mullan, *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 6<sup>e</sup> éd, Toronto, Edmond Montgomery Publishing, 2010, pp. 315-16.
75. *Nicholson c Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, [1979] 1 R.C.S. 311.
76. David Mullan, *Administrative Law*, Toronto, Irwin Law Inc, 2001, p. 246; voir, par exemple, *Knight c Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 [*Baker*].
77. *Baker*, *supra* note 76, aux par. 23-27.
78. *Kindler c Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 (décision ministérielle à l'étape de la remise dans le cadre de la procédure d'extradition); *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 (un réfugié menacé de déportation vers un pays pratiquant la torture).
79. *Khan c University of Ottawa* (1997), 34 OR (3d) 535 (CA).
80. Les dispositions législatives et réglementaires qui garantissent la tenue d'audiences en personne sont exposées dans la partie III.2.
81. Paragraphe 650(1) du *Code criminel*.
82. Voir, par exemple, l'ordre des discours de clôture établi par le paragraphe 651(3) du *Code criminel* pour déterminer qui de la Couronne ou de l'accusé a le dernier mot.
83. *Hryniak c Mauldin*, 2014 CSC 7, par. 43 [*Hryniak*].
84. *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33.
85. *Combined Air Mechanical Services Inc v Flesch*, 2011 ONCA 764, aux par. 46-47 [*Combined Air*]. Bien que la Cour suprême du Canada ait infirmé la décision de la Cour d'appel dans son interprétation de la possibilité de rendre un jugement sommaire en vertu de la règle, elle n'a pas réfuté les remarques concernant la valeur d'un procès.
86. Nous mettons de côté les procédures spéciales visant à recueillir la déposition des témoins avant le procès.
87. *R c Lyttle*, 2004 CSC 5, par. 2; voir également *R c Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663.
88. *Ibid*, par. 1.
89. *R c NS*, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 27 [*NS*].
90. *R c Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 106.
91. *Ocean Port Hotel Ltd c Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, par. 22.
92. *Green c Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, par. 53.
93. *Baker*, *supra* note 76, par. 21.

94. *BCGEU c Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, par. 26 [BCGEU].
95. *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, par. 32.
96. L'alinéa 10b) de la *Charte* garantit le droit à l'avocat à « chacun » en cas « d'arrestation ou de détention » et l'alinéa 11d) garantit à toute personne accusée d'une infraction le droit « 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 ».
97. *Nouveau-Brunswick (Ministre de la santé et des Services communautaires) c G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 73-75.
98. *Colombie-Britannique (Procureur général) c Christie*, 2007 CSC 21, par. 23 et 27.
99. *Ibid*, par. 27.
100. *BCGEU*, *supra* note 94.
101. « Aucun des ordres de gouvernement ne peut retirer à une cour supérieure cette compétence fondamentale, sans que ne soit modifiée la Constitution » (*MacMillan Bloedel Ltd c Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 15). « C'est ainsi que la Constitution canadienne confère un statut spécial et inaliénable à ce qu'on en est venu à appeler les « cours visées à l'art. 96 » (*MacMillan Bloedel*, par. 52).
102. *Singh c Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, par. 59.
103. *NS*, *supra* note 89, par. 27.
104. Voir Alec Samuels, *A Right to an Oral Hearing in Quasi-Judicial Proceedings?*, (2005) 64:3 Cambridge LJ 523.
105. *Knight c Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 683.
106. Homburger, *supra* note 18, p. 9.
107. *Ibid*, pp. 9 et 24.
108. *Ibid*, p. 24.
109. Jessica Fullerton et Suzanne Dunn, *Hryniak: Two years later: The multiple applications of "that summary judgment case" from the Supreme Court of Canada*, (Document présenté lors de la 35<sup>e</sup> conférence annuelle sur le contentieux civil (Annual Civil Litigation Conference), les 20 et 21 novembre 2015), Association du Barreau du comté de Carleton.
110. *Hryniak*, *supra* note 83, par. 2.
111. Voir, en particulier, le paragraphe 158(1) du *Code de procédure civile*.
112. Kravitz, *supra* note 15, p. 255.
113. Stephen M. Shapiro, *Oral Argument in the Supreme Court: The Felt Necessities of the Time*, (Document présenté devant la *Supreme Court Historical*, le 5 juillet 1999), Mayer Brown, p. 2.
114. *Ibid*.
115. Kravitz, *supra* note 15, pp. 250 et 255.
116. Shapiro, *supra* note 113, p. 4.
117. Spencer D. Levine, *Differing Schools of Thought: Changing Perceptions of Oral Argument*, (2019) 31:2 St Thomas L Rev 133, p. 136.
118. Joe Cecil et Donna Stienstra, *Deciding Cases Without Argument: A Description of Procedures in the Courts of Appeals*, (1985) Federal Judicial Center 1, p. 1.
119. Shapiro, *supra* note 113, p. 7.
120. Kravitz, *supra* note 15, aux pp. 252 et 256.
121. Martineau, *supra* note 17, p. 9.
122. Kravitz, *supra* note 15, pp. 255-56.
123. Côté, *supra* note 19, p. 435.
124. Thomas W Wakeling, *Reflections on Oral Advocacy*, (1981) 46:1 Sask L Rev 163, p. 166.
125. Earl Cherniak, *Oral Advocacy is Under Attack*, Canadian Lawyer (26 mai 2020), en ligne : <<https://www.canadianlawyermag.com/news/opinion/oral-advocacy-is-under-attack/329935>>.
126. (1983) 1 WLR 1055; (1989) 1 WLR 281; (1995) 1 WLR 1188; (1997) 1 WLR 1913; (1999) 1 WLR 2.
127. Le juge Yves-Marie Morissette de la Cour d'appel du Québec.
128. William M. Richman et William L. Reynolds, *Injustice on Appeal: The United States Courts of Appeals in Crisis*, New York, OUP, 2013, aux chapitres 7 et 8.
129. *Judicial Administration: Individual Courts*, en ligne : *United States Courts* <<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/judicial-administration>>.

130. Le juge Yves-Marie Morissette de la Cour d'appel du Québec.
131. Kravitz, *supra* note 15, p. 257.
132. *Ibid.*
133. *Ibid.*, p. 263.
134. *Ibid.*
135. Martineau, *supra* note 17, p. 10.
136. Levine, *supra* note 117, p. 135.
137. Martineau, *supra* note 17, p. 11.
138. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985) ch. S-26, art. 43(1).
139. RRO 1990, Règl. 194, art. 61.03.1(1).
140. Wakeling, *supra* note 124, p. 167; Voir également Martineau, *supra* note 17, p. 15.
141. Wakeling, *supra* note 124, p. 166.
142. Frost, *supra* note 7, pp. 114-15.
143. Le terme « autochtone » est utilisé pour désigner les Premières Nations, les Inuits et les Métis du Canada : Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Un passé, un avenir*, vol. 1, Ottawa, Groupe Communication, 1996, (Georges Erasmus et René Dussault), p. iii [Commission royale, vol. 1].
144. *Ibid.*
145. Val Napoleon, *Delgamuukw: A Legal Straitjacket for Oral Histories?*, (2005) 20:2 Canadian JL & Soc'y 123, p. 123.
146. Donald E. Worme, *The Oral Tradition in Indigenous Justice*, (présenté à l'occasion du Symposium sur le droit d'être entendu (*The Right To Be Heard*), organisé en ligne, le 29 septembre 2020) [non publié].
147. Napoleon, *supra* note 145, p. 124.
148. Angela M. Haas, *Wampum as Hypertext: An American Indian Intellectual Tradition of Multimedia Theory and Practice*, (2007) 19:4 Studies in American Indian Literatures 77, p. 77.
149. Tomson Highway, *Oral to Written: A Celebration of Indigenous Literation in Canada, 1980-2010*, Vancouver, Talon Books, 2017.
150. Voir Leanne Simpson, *Looking after Gdoo-naaganinaa: Precolonial Nishnaabeg Diplomatic and Treaty Relationships*, (2008) 23:2 Wicazo Sa Rev. 29, pour un examen de la conclusion de traités autochtones avant la colonisation afin de démontrer les complexités de ces configurations.
151. John Borrows, *Listening for a Change: The Courts and Oral Tradition*, (2001) 39:1 Osgoode Hall Law Journal 1, p. 8.
152. Commission royale, vol. 1, *supra* note 143.
153. Commission royale, vol. 1, *supra* note 143. La tradition orale autochtone est bien documentée et décrite par la Commission royale sur les peuples autochtones.
154. Bradley Bryan, *Legality Against Orality*, (2013) 9:2 Law, Culture and the Humanities 261, p. 265, renvoyant à l'analyse du professeur John Borrows dans *Listening for a Change, The Courts and Oral Tradition*, *supra* note 151.
155. Joy Harjo, Leanne Howe et Jennifer Elise Foerster, édés., *When the Light of the World was Subdued, Our Songs Came Through: A Norton Anthology of Native Nations Poetry*, New York, W.W. Norton & Company, 2020, p. 31.
156. Borrows, *supra* note 151, p. 5.
157. *Ibid.*, p. 8.
158. Haas, *supra* note 148; Simpson, *supra* note 150.
159. Susan Gingell, *Teaching the Talk that Walks on Paper: Oral Traditions and Textualized Orature in the Canadian Literature Classroom*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2004, 285, p. 286.
160. *Ibid.*
161. *Ibid.*
162. Borrows, *supra* note 151, p. 11.
163. *Ibid.*, p. 17.
164. Voir Commission royale, vol. 1, *supra* note 143; Canada, Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada : Réconciliation : Le rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 6, Montréal; Kingston; London; Chicago, McGill-Queen's University Press, 2015.
165. Borrows, *supra* note 151, p. 25.
166. Delia Opekokew, *A Review of Ethnocentric Bias Facing Indian Witnesses*, dans Richard Gosse, James Youngblood

- Henderson, et Roger Carter, éd(s.), *Continuing Poundmaker and Riel's Quest: Presentations made at a Conference on Aboriginal Peoples and Justice*, Saskatoon, Purich Publishing Ltd, 1994, 192, p. 194.
167. Le terme « ancestraux » renvoie directement à l'article 35 de la *loi constitutionnelle de 1982*.
168. Commission royale, vol. 1, *supra* note 143.
169. *Ibid.*
170. *Ibid.*
171. Bruce Granville Miller, *Oral History on Trial*, Vancouver, UBC Press, 2011, p. 87.
172. *Ibid.*
173. Worme, *supra* note 146; *Restoule v Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 7701 [*Restoule*].
174. Bruce Granville Miller, *Oral History on Trial: Recognizing Aboriginal Narratives in Courts*, Vancouver, UBC Press, 2011, dans la préface.
175. Erin Hanson, *Oral Traditions*, en ligne : *Indigenous Foundations UBC* <indigenousfoundations.arts.ubc.ca/oral-traditions>.
176. Opekokew, *supra* note 166, p. 193.
177. *Evidence Act*, S.B.C., 1888, c 41, s 11, tel que cette loi est rep. par S.B.C., 1968, c 16, s 2, cité par J. Borrows, qui explique également que si cette loi était vraisemblablement considérée comme libérale et généreuse en ce qu'elle permettait la réception de leur témoignage, [TRADUCTION] « elle est tout sauf libérale lorsqu'on se rend compte qu'elle était fondée sur une vision raciste de la spiritualité et du développement culturel autochtones », *supra* note 151, p. 21.
178. Voir note 145, p. 130, où Val Napoleon explique : En somme, la personne qui a fait la déclaration initiale n'a pas prêté serment, ne peut être observée par le tribunal et n'est pas soumise à un contre-interrogatoire. Par conséquent, le récit de ce qui a été communiqué n'est admissible que comme preuve que la déclaration a été faite par la première personne, et non comme preuve de la véracité de la déclaration.
179. Fraser Harland, *Taking the Aboriginal Perspective Seriously: The (Mis)use of Indigenous Law in Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, (2018) 16 *Indigenous LJ* 21, pp. 22-23.
180. Opekokew, *supra* note 166, pp. 202-04.
181. Borrows, *supra* note 151, p. 22.
182. Napoleon, *supra* note 145.
183. *Ibid.*
184. *Delgamuukw v British Columbia*, [1991] B.C.J. No. 525 (C. sup. C.-B.), par. 111.
185. *Ibid.*
186. *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 101, par. 87.
187. *Squamish Indian Band v R.*, 2001 FCT 480 aux par. 38-39; *R. v Ironeagle*, [2000] 2 C.N.L.R. 163, au par. 10.
188. *Squamish Indian Band v R.*, 2001 FCT 480, au par. 36.
189. Drew Mildon, *A Bad Connection: First Nations' Oral Evidence and the Listening Ear of the Courts*, (Aboriginal Oral Traditions: Theory, Practice, Ethics, présenté devant la St. Mary's University, du 21 au 23 avril 2005), p. 90.
190. *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 177.
191. *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 194.
192. Erin Hanson, *Oral Traditions*, en ligne : *Indigenous Foundations UBC* <indigenousfoundations.arts.ubc.ca/oral-traditions> à la p. 1.
193. Voir, par exemple, *Sattva Capital Corp. c Creston Moly Corp.*, [2014] 2 R.C.S. 633.
194. Borrows, *supra* note 151.
195. *R c Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 110.
196. Borrows, *supra* note 151, p. 28.
197. *Ibid.*, pp. 29-30.
198. *Ibid.*, p. 31, renvoyant à *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, p. 1067.
199. *Ibid.*, p. 37.
200. *Marshall*, *supra* note 195, par. 37.
201. Borrows, *supra* note 151, p. 36.
202. Peter E. Doolittle, *Complex Constructivism: A Theoretical Model of Complexity and Cognition*, (2014) 26:3 *International Journal of Teaching and Learning in Higher Education*, pp. 485-86.



203. Center for Educational Innovation, *Constructivism*, en ligne : *University at Buffalo* <<http://www.buffalo.edu/ubcei/enhance/learning/constructivism.html>>.
204. Çetin Semerci et Veli Batdi, *A Meta-Analysis of Constructivist Learning Approach on Learners' Academic Achievements, Retention and Attitudes*, (2015) 3:2 *Journal of Education and Training Studies*, pp. 176-77.
205. M. K. Smith et al., *Why Peer Discussion Improves Student Performance on In-Class Concept Questions*, (2009) *Science* 323:5910, pp. 122-24.
206. Tulay Girard, Mulsa Pinar et Paul Trapp, *An Exploratory Study of Class Presentations and Peer Evaluations: Do Students Perceive the Benefits?*, (2011) 15:1 *Academy of Educational Leadership Journal*, p. 78.
207. *Ibid*, p. 79.
208. *Ibid*.
209. Fatma Deniz, Anwar Nunez-Elizalde, Alexander Huth et Jack Gallant, *The Representation of Semantic Information Across Human Cerebral Cortex During Listening Versus Reading is Invariant to Stimulus Modality*, (2019) 39:39 *The Journal of Neuroscience*, p. 7722.
210. Beth A. Rogowsky, Barbara M. Calhoun et Paula Tallal, *Does Modality Matter? The Effects of Reading, Listening, and Dual Modality on Comprehension*, (2016) *SAGE Open*, p. 7.
211. Zoia Hristova, *Using Peers to Assess Oral Presentations to Foster Learning*, (2014) 22:3 *International Journal of Innovation in Science and Mathematics Education*, p. 75.
212. Jyothi Thalluri and Joy Penman, *Case Scenario Oral Presentations as a Learning and Assessment Tool*, (2013) 5:3 *The Journal of the World Universities Forum*, p. 57.
213. Nor, Hajah Norkhakimah Hj Mohd et Masitah Shahrill, *Incorporating the Use of Poster and Oral Presentations as an Alternative Assessment in the Teaching of Secondary Mathematics*, document présenté à l'occasion de l'événement *Proceeding of the Social Sciences Research*, Kota Kinabalu, Sabah, Malaisie, 9-10 juin 2014, p. 377.
214. Thalluri, *supra* note 212, p. 53.
215. Slađana Živković, *The Importance Of Oral Presentations for University Students*, (2014) 5:19 *Mediterranean Journal of Social Sciences*, p. 472.
216. *Ibid*.
217. Andreas Lachner, Kim-Tek Ly et Mattias Nückles, *Providing Written or Oral Explanations? Differential Effects of the Modality of Explaining on Students' Conceptual Learning and Transfer*, (2018) 86:3 *The Journal of Experimental Education*, p. 346.
218. *Ibid*.
219. *Ibid*, p. 355.
220. *Ibid*, p. 346.
221. *Ibid*, pp. 355-56.
222. *Ibid*, p. 346.
223. Hristova, *supra* note 211, p. 75.
224. Vanessa Marcy, *Adult Learning Styles: How the VARK Learning Style Inventory Can Be Used to Improve Student Learning*, (2001) 12:2 *Perspective on Physician Assistant Education*, p. 116.
225. Voir, par exemple, Olga Khazan, *The Myth of 'Learning Styles'*, *The Atlantic* (11 avril 2018) en ligne : <<https://www.theatlantic.com/science/archive/2018/04/the-myth-of-learning-styles/557687/>>.
226. Spencer D. Levine, *Differing Schools of Thought: Changing Perceptions of Oral Argument*, (2019) 31:2 *St. Thomas L. Rev.* 133, p. 135; Michael Duvall, *When Is Oral Argument Important? A Judicial Clerk's View of the Debate*, (2007) 9:1 *The Journal of Appellate Practice and Process* 121, p. 125.
227. Levine, *ibid*, p. 138.
228. John Szmer, Susan W. Johnson et Tammy A. Sarver, *Does the Lawyer Matter? Influencing Outcomes on the Supreme Court of Canada*, (2007) 41:2 *Law & Soc'y Rev.* 279, p. 283.
229. Timothy R. Johnson, James F. Spriggs II et Paul J. Wahlbeck, *Oral Advocacy before the United States Supreme Court: Does It Affect the Justices' Decisions?*, (2007) 85:3 *Wash U L Rev* 457.
230. Szmer, *supra* note 228, p. 279.
231. Stacia Haynie, *Oral Advocacy and Judicial Decision-Making in the South African Appellate Courts*, (2005) *South African Journal of Human Rights*, p. 482; Szmer, *supra* note 228, p. 283.
232. Haynie, *ibid*, pp. 473-74; Levine, *supra* note 226, p. 135.

233. Johnson, *supra* note 229, pp. 462-63.
234. Cheryl Thomas et Dame Hazel Genn, *Understanding tribunal decision-making: A foundational empirical study*, (Nuffield Foundation, 2013), pp. 8-10.
235. Haynie, *supra* note 231, pp. 481-82; Johnson, *supra* note 229, p. 462.
236. Johnson, *supra* note 229, p. 463.
237. *Ibid*, p. 464; Haynie, *supra* note 231, p. 482.
238. Johnson, *supra* note 229, p. 516.
239. *Ibid*, p. 506; Duvall, *supra* note 226, p. 125.
240. Pamela Casey, Kevin Burke et Steve Leben, *Minding the Court: Enhancing the Decision-Making Process*, (2013) 5:1 Intl J for Court Administration 45, pp. 46-48; Kylie Burns, *Judges, 'common sense' and judicial cognition*, (2016) 25:3 *Griffith L. Rev.* 319.
241. Brandon L. Bartels, *Top-Down and Bottom-Up Models of Judicial Reasoning*, dans David E. Klein et Gregory Mitchell, éd. *The Psychology of Judicial Decision-Making* (2010) 41.
242. Burns, *supra* note 240, p. 26.
243. Thomas, *supra* note 234, pp. 8-9.
244. Duvall, *supra* note 226, p. 124.
245. Haynie, *supra* note 231, p. 480.
246. Levine, *supra* note 226, p. 140.
247. Johnson, *supra* note 229, p. 457; Szmer, *supra* note 228, p. 279; Andrea McAtee et Kevin T. McGuire, *Lawyers, Justices and Issue Salience: When and How Do Legal Arguments Affect the U.S. Supreme Court?*, (2007) 41:2 *Law & Soc'y Rev.* 259, p. 272.
248. Shari Seidman Diamond et al., *Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions*, (2010) 100:3 *J of Crim L and Criminology* 869, pp. 877-78, p. 900.
249. Alicia Bannon et Janna Adelstein, *The Impact of Video Proceedings on Fairness and Access to Justice in Court*, (conférence présentée au Brennan Center for Justice, à la New York University School of Law, 10 septembre 2020), p. 4.
250. Ministry of Justice, *Virtual Court pilot: Outcome evaluation*, par Matthew Terry, D<sup>r</sup> Steve Johnson, Peter Thompson, Ministry of Justice Research Series 21/10 (Londres, Royaume-Uni, décembre 2010), pp. 21-26. Les auteurs indiquent notamment que le taux accru de plaidoyers de culpabilité et l'augmentation des peines peuvent être liés au taux plus faible de représentation juridique parmi les défendeurs comparissant par vidéo.
251. Frank M. Walsh et Edward M. Walsh, *Effective Processing or Assembly-Line Justice – The Use of Teleconferencing in Asylum Removal Hearings*, (2008) 22:2 *Georgetown Immigration LJ* 259, pp. 271-72; Bannon, *supra* note 249, pp. 13-14.
252. Bannon, *supra* note 249, p. 7.
253. Diamond, *supra* note 248, pp. 898-900.
254. Bannon, *supra* note 249, pp. 5-6.
255. *Ibid*, pp. 6-7.
256. *Ibid*, p. 7, citant Sara Landstrom, *Children's Live and Videotaped Testimonies: How Presentation Mode Affects Observers' Perception, Assessment and Memory*, (2007) 12 *Legal and Criminological Psychology* 344-45.
257. Vincent Denault et Miles L. Patterson, *Justice and Nonverbal Communication in a Post-pandemic World: An Evidence-Based Commentary and Cautionary Statement for Lawyers and Judges*, (2020) *Journal of Nonverbal Behavior*.
258. David Tait et al., *Towards a Distributed Courtroom*, (2017), p. 68, en ligne (pdf) : *Western Sydney University*, <[https://courtofthefuture.org/wp-content/uploads/2017/07/170710\\_TowardsADistributedCourtroom\\_Compressed.pdf](https://courtofthefuture.org/wp-content/uploads/2017/07/170710_TowardsADistributedCourtroom_Compressed.pdf)>.
259. *Ibid*, p. 69.
260. Ingrid V. Eagly, *Remote Adjudication in Immigration*, (2015) 109:4 *Northwestern University L. Rev.* 933, p. 938.
261. Bannon, *supra* note 249, p. 5.
262. *Ibid*, p. 9.
263. Kate Puddister et Tamara Small, *Trial by Zoom? The Response to COVID-19 by Canada's Courts*, (2020) 53:2 *Canadian Journal of Political Science* 373, p. 375; Bannon, *supra* note 249, p. 10.

264. Internet Society, *Ensuring every Canadian has access to the Internet*, (2020) en ligne (pdf) : *Internet Society* <<https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2020/06/Ensuring-every-Canadian-has-access-to-the-Internet.pdf>>.
265. Bannon, *supra* note 249, p. 10.
266. Charles M. Grabau et Llewellyn Joseph Gibbons, *Protecting the Rights of Linguistic Minorities: Challenges to Court Interpretation*, (1996) 30:2 *New Eng. L. Rev.* 227, pp. 262-63.
267. The Legal Assistance Foundation of Metropolitan Chicago and the Chicago Appleseed Fund for Justice, *Videoconferencing in Removal Hearings: A Case Study of the Chicago Immigration Court*, (2005) en ligne (pdf) : <[http://chicagoappleseed.org/wp-content/uploads/2012/08/videoconfreport\\_080205.pdf](http://chicagoappleseed.org/wp-content/uploads/2012/08/videoconfreport_080205.pdf)> , pp. 40-42.
268. Aux fins de la présente partie, une « audience » est considérée comme une comparution devant un décideur judiciaire (c'est-à-dire un juge, un protonotaire, un juge de paix, etc.) et ce terme vise les comparutions non exécutoires et procédurales telles que les conférences de règlement, les conférences préalables au procès et les audiences de mise au rôle ou de renvoi. La présente partie aborde des thèmes généraux de la plaidoirie et ne constitue pas un examen exhaustif de tous les modes d'audition. L'accent est mis sur les audiences dans le domaine de la justice en droit criminel, en matière de droits de l'homme, et dans le domaine civil/commercial.
269. *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L., c. 42, Sch. D, r. 47A. 04.
270. M.B. Notice, *Provincial Court of Manitoba Notice: Video Conferencing Connection*, en ligne : [http://www.manitobacourts.mb.ca/site/assets/files/1175/notice\\_-\\_brandon\\_video\\_court\\_announcement\\_aug\\_29\\_2017\\_-\\_e.pdf](http://www.manitobacourts.mb.ca/site/assets/files/1175/notice_-_brandon_video_court_announcement_aug_29_2017_-_e.pdf).
271. B.C., Provincial Court of British Columbia, *Practice Direction: Hearing of Bail Applications*, en ligne : <<https://www.provincialcourt.bc.ca/downloads/Practice%20Directions/CRIM%2005%20Hearing%20of%20Bail%20Applications.pdf>> .
272. *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière pénale*, c-25.1, r. 5, art. 14.
273. *Nova Scotia Civil Procedure Rules*, Roy. Gaz. 19 novembre 2008, r. 56.02(2); N.S., *Practice Direction – Applications For Appearance of Witness Via Video Conferencing*, en ligne : <[https://courts.ns.ca/Provincial\\_Court/documents/NSPC\\_PD\\_Witness\\_Video\\_Appearance\\_17\\_12.pdf](https://courts.ns.ca/Provincial_Court/documents/NSPC_PD_Witness_Video_Appearance_17_12.pdf)>.
274. B.C., British Columbia Court of Appeal, *Practice Direction – Chambers Applications by Telephone or Videoconference* (19 septembre 2011), en ligne : <[https://www.bccourts.ca/Court\\_of\\_Appeal/practice\\_and\\_procedure/civil\\_and\\_criminal\\_practice\\_directives/PDF/\(CandC\)Chambers\\_Applications\\_by\\_Telephone\\_or\\_Videoconference.pdf](https://www.bccourts.ca/Court_of_Appeal/practice_and_procedure/civil_and_criminal_practice_directives/PDF/(CandC)Chambers_Applications_by_Telephone_or_Videoconference.pdf)>.
275. *Règles de la Cour d'appel*, Règl. du Man. 555/88 R, r. 37.3.
276. *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 6.9(1); *IntelliView Technologies Inc v. Badawy*, 2019 ABCA 66, au par. 10.
277. *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick*, Règl. du N-B. 82-73, règles 37.13, 62.03.1, 63.11(1).
278. P.E.I., *Rules of Civil Procedure*, r. 82.08.
279. *Code de procédure civile*, R.L.R.Q., C-25.01, art. 384; *Règlement de la Cour d'appel du Québec en matière pénale*, R.L.R.Q., C- 25.1, r.0.1, art. 67.
280. *Court of Appeal Rules*, B.C. Reg. 297/2001, modifiées par le B.C. Reg. 99/2018, 18 mai 2018, r. 44; B.C., British Columbia Court of Appeal, *Practice Direction: Chambers Applications by Telephone or Videoconference* (19 septembre 2011), en ligne : <[https://www.bccourts.ca/Court\\_of\\_Appeal/practice\\_and\\_procedure/civil\\_and\\_criminal\\_practice\\_directives/PDF/\(CandC\)Chambers\\_Applications\\_by\\_Telephone\\_or\\_Videoconference.pdf](https://www.bccourts.ca/Court_of_Appeal/practice_and_procedure/civil_and_criminal_practice_directives/PDF/(CandC)Chambers_Applications_by_Telephone_or_Videoconference.pdf)>.
281. *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 6.10.
282. *Règles de la Cour d'appel*, Règl. du Man. 555/88 R, r. 37.2.
283. *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick*, Règl. du N-B. 82-73, règles 37.09, 62.02.1.
284. *Court of Appeal Rules*, N.L. Reg. 38/16, r. 21.
285. *Règles des cours fédérales*, DORS/98-106, r. 369.
286. *Ibid*, art. 32.
287. *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, r. 47(3), 76(4).
288. *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 6.9(1).
289. *Criminal Rules of the Supreme Court of British Columbia*, S.I./97-140.
290. *The Queen's Bench Rules*, Sask. Gaz., 27 décembre 2013, 2684.
291. *Règles de procédure du Québec concernant la réduction du délai préalable à la libération conditionnelle* (DORS/2002-75), r. 5; *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière pénale*, C-25.1, r. 5, r. 9.

292. *Règles de procédure en matière criminelle de la Cour supérieure de justice (Ontario)* (TR/2012-7), r. 40.15 (1).
293. *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 462.32(2), 462.33(2).
294. *Ibid*, art. 536.2.
295. *Ibid*, art. 688(3).
296. Bien que les règles de procédure pénale de l'Alberta ne prévoient pas de procédure pour la tenue d'audiences par voie électronique, la règle 6.10 des *Alberta Rules of Court* s'applique aux procédures pénales.
297. *Criminal Rules of the Supreme Court of British Columbia*, S.I./97-140.
298. *Criminal Procedure Rules of the Supreme Court of the Northwest Territories*, N.W.T. Reg. 098-78, s. 24.
299. British Columbia Law Institute, *Technology-Assisted and Remote Evidence Presentation: A Practice Resource for B.C. Lawyers*, (septembre 2014), p. 29, en ligne : <[https://www.bcli.org/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/technology-assisted-and-remote-evidence-presentation-practice-resource\\_study-paper-7+-cover.pdf](https://www.bcli.org/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/technology-assisted-and-remote-evidence-presentation-practice-resource_study-paper-7+-cover.pdf)>.
300. Provincial Court of Alberta, *Remote Courtroom Scheduling*, online: <<https://www.albertacourts.ca/pc/about-the-court/innovation/rcs>>.
301. *The Queen's Bench Rules*, Sask. Gaz., 27 décembre 2013, 2684, r. 9-20(1).
302. Criminal Justice Transformation Group, Video Conferencing Working Group, *Protocol: Use of Video Conferencing by the Defence* (21 juin 2017), en ligne : <[https://courts.ns.ca/Provincial\\_Court/documents/nspc\\_Protocol\\_Video\\_Conferencing\\_Defence\\_17\\_06.pdf](https://courts.ns.ca/Provincial_Court/documents/nspc_Protocol_Video_Conferencing_Defence_17_06.pdf)>.
303. *Criminal Proceedings Rules of the Supreme Court of Newfoundland and Labrador*, S.I./2018-43, r. 11.13.
304. *Règles en matière criminelle de la Cour de justice de l'Ontario* (TR/2012-30), r. 4.2(6).
305. M.B. Notice, *Provincial Court of Manitoba Notice: Video Conferencing Connection*, en ligne : [http://www.manitobacourts.mb.ca/site/assets/files/1175/notice\\_-\\_brandon\\_video\\_court\\_announcement\\_aug\\_29\\_2017\\_-\\_e.pdf](http://www.manitobacourts.mb.ca/site/assets/files/1175/notice_-_brandon_video_court_announcement_aug_29_2017_-_e.pdf).
306. *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.22, 715.23(1), 487.053(1).
307. *Ibid*, art. 715.26.
308. *Supreme Court Family Rules*, B.C. Reg. 169/2009.
309. *The Queen's Bench Rules*, Sask. Gaz. 27 décembre 2013, 2684, r. 6-18(1).
310. *Manitoba, Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, r. 70.12.
311. P.E.I. *Rules of Civil Procedure*, r. 37.11(1).
312. *Provincial Court Family Rules, 2007*, N.L.R. 28/07, r. 19.03.
313. *Supreme Court Family Rules*, B.C. Reg. 169/2009, r. 14-7(73).
314. *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 6.9(1).
315. *Règles de procédure*, Règl. du N-B 82-73, r. 37.13.
316. *Supreme Court Family Rules*, B.C. Reg. 169/2009, rr. 22-6(3) to 22-6(5).
317. P.E.I. *Rules of Civil Procedure*, rr. 50.08, 38.13.
318. *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 6.9(1).
319. *The Queen's Bench Rules*, Sask. Gaz. December 27, 2013, 2684, r. 6-17(2)(a)(b).
320. *Règles de procédure*, Y.D. 2009/65, r. 62.
321. *Manitoba, Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, r. 71.07a).
322. *Règles de procédure*, Règl. du N-B 82-73, r. 4.1.02(1).
323. *Family Court Rules*, N.S. Reg. 20/93, r. 15.01(3).
324. Les règles en matière de droit de la famille de Terre-Neuve s'appliquent, mais en tenant compte de la règle 47A.03 des *Rules of the Supreme Court, 1986*.
325. *Règles en matière de droit de la famille*, Règl. de l'Ont., r. 2(5)(g), 17(16), 25(5).
326. *Règles de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest*, Règl. des TN-O 010-96.
327. *IntelliView Technologies Inc v Badawy*, 2019 ABCA 66.
328. *Règles de procédure*, Règl. du N-B 82-73, r. 37.13.
329. *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 12-5(73).
330. *Règles de procédure civile*, R.R.O. Règl. 194, r. 12.06 (1.1), 61.03.1 (1).
331. *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 8-3.
332. P.E.I., *Rules of Civil Procedure*, r. 37.11(1).
333. *Règles de procédure civile*, R.R.O. Règl. 194, r. 37.12.1(1).
334. *The Small Claims Act*, 2016, S.S. 2016, c. S-50.12, s. 26(1).

335. *Manitoba, Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, r. 76.06.1(1).
336. *Code de procédure civile*, R.L.R.Q., C-25.01, r. 545, 550.
337. *Sandhu v Siri Guru Nanak Sikh Gurdwara of Alberta*, 2020 ABQB 359.
338. *The Queen's Bench Rules*, Sask. Gaz. 27 décembre 2013, 2684.
339. *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 23-5.
340. *Règles de procédure*, Y.D. 2009/65, r. 62.
341. *Manitoba, Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, r. 38.08(1).
342. *Code de procédure civile*, R.L.R.Q., C-25.01, r. 0.2.1, r. 68-70.
343. *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick*, Règl. du N-B 82-73, r. 37.13.
344. P.E.I., *Rules of Civil Procedure*, rr. 50.08, 38.13.
345. *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L., c. 42, Sch. D, r. 39.07.
346. *Règles de procédure civile*, R.R.O. Règl. 194, r. 76.05(3)(b), 77.07(4)(b).
347. *The Queen's Bench Rules*, Sask. Gaz. 27 décembre 2013, 2684, r. 9-20(1).
348. *Code de procédure civile*, R.L.R.Q., C-25.01, r. 0.2.3, r. 25 à 27, r. 49.
349. *The Queen's Bench Rules*, Sask. Gaz. 27 décembre 2013, 2684, r. 6-25(1).
350. *Règles de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest*, Règl. des TN-O 010-96.
351. Voir, par exemple, Cour fédérale du Canada, *COVID-19, Directive sur la procédure consolidée* (25 juin 2020), en ligne : < [https://www.fct-cf.gc.ca/Content/assets/pdf/base/Directive%20consolid%C3%A9e%20-25%20juin%202020\\_final.pdf](https://www.fct-cf.gc.ca/Content/assets/pdf/base/Directive%20consolid%C3%A9e%20-25%20juin%202020_final.pdf) >; Supreme Court of British Columbia, *COVID-19 Notice No. 14 - Applications by Written Submission* (27 avril 2020, révisé le 20 juillet 2020), p. 2, en ligne : <[https://www.bccourts.ca/supreme\\_court/documents/COVID-19\\_Notice\\_No.14\\_Applications\\_by\\_Written\\_Submissions.pdf](https://www.bccourts.ca/supreme_court/documents/COVID-19_Notice_No.14_Applications_by_Written_Submissions.pdf)>
352. Voir, par exemple, Manitoba Court of Queen's Bench, *Notice to the Profession* (le 4 mai 2020), en ligne : [http://www.manitobacourts.mb.ca/site/assets/files/1966/notice\\_to\\_profession\\_-\\_may\\_4\\_20.pdf](http://www.manitobacourts.mb.ca/site/assets/files/1966/notice_to_profession_-_may_4_20.pdf); Provincial Court of Saskatchewan, *Notice to Court Users and the Public* (le 22 mai, 2020), en ligne : [https://sasklawcourts.ca/images/COVID\\_Update\\_5\\_22.pdf](https://sasklawcourts.ca/images/COVID_Update_5_22.pdf); et la Cour d'appel du Québec, *Report des semaines d'audience des 6 au 9 avril, 14 au 17 avril, 20 au 24 avril et 27 avril au 1<sup>er</sup> mai 2020* (le 25 mars 2020), en ligne : <https://courdappelduquebec.ca/actualites/detail/report-des-semaines-daudience-des-6-au-9-avril-14-au-17-avril-20-au-24-avril-et-27-avril-au-1er-m/>
353. Par exemple, la Nouvelle-Écosse et l'Alberta.
354. Voir la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : Court of Appeal of British Columbia, *Notice to the Public Regarding the Court of Appeal for British Columbia's Response to COVID-19* (19 août 2020), en ligne : [https://www.bccourts.ca/Court\\_of\\_Appeal/documents/Notice\\_to\\_Public\\_re\\_Response\\_to\\_COVID-19.pdf](https://www.bccourts.ca/Court_of_Appeal/documents/Notice_to_Public_re_Response_to_COVID-19.pdf); et la Cour d'appel du Québec, *COVID-19 Pandemic – Update Appeal decided without a hearing* (29 octobre 2020), en ligne : <https://courdappelduquebec.ca/en/covid-19-pandemic-update/#c5822>.
355. Les pratiques actuelles imposées par la crise sanitaire de la COVID-19 dans chaque ressort sont régulièrement mises à jour en ligne. Voir le site Web de La Société des plaideurs pour des liens vers les mises à jour concernant les pratiques dans chaque ressort (en anglais seulement) : <https://www.advocates.ca/TAS/COVID-19/TAS/COVID-19/COVID-19.aspx?hkey=2db1a309-1226-4603-9805-d650b89f51e7>.
356. Thomas Connelly, *Remote hearings resource hub launches in wake of virus pandemic*, le 31 mars 2020, en ligne : <https://www.legalcheek.com/2020/03/remote-hearings-resource-hub-launches-in-wake-of-virus-pandemic/>.
357. Richard Susskind, *Online Courts and the Future of Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2019. Voir également *Remote Courts Worldwide* : <<https://remotecourts.org> >.
358. Email, DLA Piper (Royaume-Uni) (25 août 2020).
359. Thomas Reuters Practical Law Public Sector, *Article 6 of the ECHR: right to a fair hearing*, (2021), en ligne : <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-385-8106?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>.
360. Voir *Campbell and Fell v The United Kingdom*, (1985) 7 EHRR 165, [1984] ECHR 8; *Ibid*, Thomas Reuters Practical Law Public Sector.
361. *Hakansson v Sweden* (1990) 13 EHRR 1; *Ibid*, Thomas Reuters Practical Law Public Sector.
362. *Pretto v Italy* (1983) 6 EHRR 182; *Ibid*, Thomas Reuters Practical Law Public Sector.
363. Entretien avec DLA Piper (Royaume-Uni), 25 août 2020.

364. *Ibid*; HM Courts & Tribunals Service, *Form N244: Make an Application to A Court* (1<sup>er</sup> juin 2016), en ligne : < <https://www.gov.uk/government/publications/form-n244-application-notice> >.
365. *Ibid*, Entretien avec DLA Piper (Royaume-Uni).
366. De même, au Royaume-Uni, on s'attend à ce que les parties se mettent d'accord sur un seul expert. De nombreuses affaires comprennent des dizaines de pages d'aveux écrits, extraits de dizaines de milliers de documents. Entretien avec DLA Piper, *supra* note 362.
367. ACA-Europe est une association européenne constituée de la Cour de justice de l'Union européenne et des conseils d'État ou des juridictions administratives suprêmes de chacun des membres de l'UE.
368. Frank Clarke, *How our Courts Decide: The Decision-making Processes of Supreme Administrative Courts*, (Rapport général présenté au séminaire de l'Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, Dublin, 25-26 mars 2019), en ligne : [http://www.aca-europe.eu/seminars/2019\\_Dublin/2019\\_DUB\\_General-Report\\_FR.pdf](http://www.aca-europe.eu/seminars/2019_Dublin/2019_DUB_General-Report_FR.pdf).
369. Le terme « audience orale » n'est pas défini dans le rapport, mais on peut présumer qu'il s'agit uniquement des audiences en personne et qu'il ne vise pas les audiences par téléphone.
370. Irlande, Italie, Royaume-Uni, Malte, Luxembourg, Chypre, Bulgarie, Pologne et Allemagne.
371. Belgique, Grèce, Hongrie et Serbie.
372. Clarke, *supra* note 368, par. 5.1.1.
373. *Ibid*, par. 5.1.2, 5.1.3.
374. *Ibid*, par. 5.2.1.
375. *Ibid*, par. 5.3.1.
376. Irlande, Royaume-Uni, Chypre, Bulgarie et Norvège.
377. Autriche, France, Pays-Bas, Slovaquie et Suède.
378. Clarke, *supra* note 368, par. 5.1.4.
379. *Ibid*, par. 5.1.5.
380. *Ibid*, par. 6.1.2.
381. *Ibid*, par. 5.1.6.
382. Entretien avec DLA Piper (Canada), 28 août 2020.
383. Entretien avec DLA Piper (Australie), 27 août 2020.
384. Federal Court of Australia, *Special Measures in Responses to COVID-19 (SMIN-1) Special Measures Information Note*, mis à jour le 31 mars 2020, en ligne : < <https://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/practice-documents/practice-notes/SMIN-1-31-March-2020.pdf> >.
385. Entretien avec DLA Piper (Australie), *supra* note 382.
386. Federal Court of Australia, *Special Measures in Responses to COVID-19, Special Measures Information Note: Appeals and Full Court Hearings (SMIN-3)*, article 2, en ligne : <<https://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/practice-documents/practice-notes/smin-3.pdf>>.
387. *Mullane v Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 313 (1950).
388. Kravitz, *supra* note 15.
389. *Restoule*, *supra* note 173; Donald Worme était l'avocat du demandeur dans cette affaire.
390. *Ibid*, aux par. 8, 10.
391. Voir, par exemple, le procès Minassian à Toronto, qui a été diffusé au Metro Convention Centre de Toronto : *R v Minassian*, 2021 ONSC 1258 (en anglais seulement).
392. *Restoule*, *supra* note 173, aux par. 10-12.
393. Il peut être envisagé de modifier la disposition des salles d'audience pour permettre au juge de mieux voir le témoin.
394. *Hryniak*, *supra*, note 83, au paragraphe 1.
395. Geraldine Fauville, Mufan Luo, Anna C.M. Queiroz, Jeremy N. Bailenson et Jeffrey Hancock (2021), *Nonverbal Mechanisms Predict Zoom Fatigue and Explain Why Women Experience Higher Levels than Men*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3820035](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3820035). Voir également Bailenson, J. N. (2021), *Nonverbal Overload: A Theoretical Argument for the Causes of Zoom Fatigue. Technology, Mind, and Behavior*, 2(1).
396. Bien que l'examen des tribunaux administratifs ne relève pas du mandat du Groupe de travail, le plan-cadre pourrait également être adapté aux procédures administratives et réglementaires.

397. Lorsqu'une partie demande une audience en personne et qu'une autre partie ne souhaite pas y participer en personne, l'audience peut, sous réserve des instructions du tribunal, se dérouler sous la forme d'une audience hybride à laquelle les parties participent par différents modes.
398. L'expression « audience publique » signifie traditionnellement la participation dans une salle d'audience physique. Le Groupe de travail reconnaît que le principe de l'audience publique peut tout de même être respecté, dans certains cas, lors de la tenue d'une audience par vidéo.
399. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir s'il fallait recommander que cette décision soit prise uniquement sur la base d'observations écrites et qu'il n'y ait pas de droit d'appel de la décision concernant le mode d'audition. Le Groupe de travail a conclu que le tribunal devrait décider de la manière de recueillir les observations concernant le mode d'audition, et que les règles d'appel habituelles (qui varient selon la juridiction) en la matière devraient s'appliquer (en reconnaissant que cela signifie que l'examen en appel de ces décisions serait rare). La détermination du mode d'audition approprié peut être importante, mais ne devrait pas entraîner une autre étape substantielle, longue et coûteuse dans le cours d'une instance.
400. [https://www.advocates.ca/Upload/Files/PDF/Advocacy/BestPracticesPublications/BestPracticesRemoteHearings/Pratiques\\_exemplaires\\_pour\\_les\\_audiences\\_tenues\\_a\\_distance\\_13\\_mai\\_2020\\_final\\_july2.pdf](https://www.advocates.ca/Upload/Files/PDF/Advocacy/BestPracticesPublications/BestPracticesRemoteHearings/Pratiques_exemplaires_pour_les_audiences_tenues_a_distance_13_mai_2020_final_july2.pdf).
401. Toute modification législative et réglementaire supplémentaire nécessaire pour permettre les signatures électroniques, la mise en service virtuelle des déclarations sous serments et d'autres questions similaires devrait être mise en œuvre aussi rapidement que possible.
402. Cela nécessitera également l'élaboration de protocoles pour normaliser les documents et les conventions de dénomination.
403. Un exemple de problèmes d'accès portés à l'attention du Groupe de travail concerne le format des documents à utiliser avec la technologie des lecteurs électroniques pour les malvoyants.
404. Il conviendrait également d'examiner si les ressources publiques doivent soutenir les installations matérielles permettant la participation à des audiences vidéo ou l'obtention de témoignages par vidéo, en mettant l'accent sur les régions éloignées et les zones où l'Internet n'est pas disponible et stable ou dans les cas où le témoin ne dispose pas d'un tel accès.
405. Les adaptations nécessitées en conséquence de la COVID-19 ont été profondes. Si ces adaptations subsistent après la pandémie de la COVID-19, vu l'avantage que procure l'expérience des nouveaux modes d'audition, il sera important de procéder à un examen lucide des répercussions de ces changements et de tout autre changement nécessaire.
406. L'utilisation de projets pilotes comme moyen d'examiner les changements potentiels peut être un moyen efficace d'introduire de nouvelles améliorations et de tirer des enseignements de l'expérience acquise.
407. La collecte de données doit être effectuée de manière à ne pas interférer avec l'indépendance de la magistrature.
408. Dans son budget 2021, le gouvernement fédéral a annoncé la relance de la Commission du droit du Canada (CDC) et un engagement financier à son égard. Le mandat et les objectifs initiaux de la CDC se prêtent bien à un examen et à des recommandations concernant plusieurs des questions soulevées dans ce rapport.

# Annexe A

**Veillez cliquer ici pour accéder à la page Web sur le litige moderne de La Société des plaideurs et visionner la webdiffusion archivée du symposium du Groupe de travail sur le litige moderne intitulé *The Right to be Heard : The Future of Advocacy in Post-Pandemic Canada* (Le droit d’être entendu : L’avenir de la plaidoirie dans le Canada post-pandémique). Le symposium a été présenté en anglais seulement.**

**L’ordre du jour du symposium et les résultats d’un sondage en direct effectué pendant le symposium suivent.**







# The Right To Be Heard: The Future of Advocacy in Post-Pandemic Canada

Afternoon

September 29, 2020

1:00 p.m. to 4:30 p.m. ET

Live Webcast

---

## Chairs:

Peter J. Osborne, *Lenczner Slaght*, Task Force Chair

Scott C. Hutchison, *Henein Hutchison LLP*, Task Force Vice-Chair

Katherine L. Kay, *Stikeman Elliott LLP*, Task Force Vice-Chair

Sheila Gibb, *Epstein Cole LLP*, Symposium Chair

---

The Right To Be Heard: The Future of Advocacy in Post-Pandemic Canada	
01:00 pm – 01:05 pm	<b>Welcome and Introductory Remarks</b> Peter J. Osborne, <i>Lenczner Slaght</i>
01:05 pm – 01:25 pm	<b>The Impact of Oral Advocacy: Empirical Analysis from the USA</b> Professor Timothy R. Johnson, <i>University of Minnesota</i>
01:25 pm – 01:40 pm	<b>The Oral Tradition in Indigenous Justice</b> Donald E. Worme, Q.C., I.P.C., <i>Semaganis Worme Lombard</i>
01:40 pm – 02:15 pm	<b>In-person, Zoom or Written Hearings: Access to Justice Considerations</b> Dr. Rachel Birnbaum, <i>King's University College at Western</i> El Jones, <i>University of King's College</i> Karyn S. Pugliese, <i>Ryerson University</i> Moderator: Scott C. Hutchison, <i>Henein Hutchison LLP</i>

© 2020 The Advocates' Society.

These materials may not be reproduced, published, distributed or posted on-line without the written permission of The Advocates' Society

02:15 pm – 02:40 pm	<p><b>The Human Psychology of Live versus Written Hearings</b>  Dr. Jeff Hancock, <i>Stanford University</i>  Dr. Steve Joordens, <i>University of Toronto</i>  Moderator: Sheila Gibb, <i>Epstein Cole LLP</i></p>
02:40 pm – 02:55 pm	Break
02:55 pm – 03:15 pm	<p><b>The Role of Oral Hearings in a Digital World</b>  Professor Dame Hazel Genn, <i>University College London</i></p>
03:15 pm – 03:50 pm	<p><b>Perspectives from the Bench</b>  The Hon. Judge Elizabeth A. Buckle, <i>Provincial Court of Nova Scotia</i>  The Hon. Chief Justice Christopher E. Hinkson, <i>Supreme Court of British Columbia</i>  The Hon. Justice Benjamin Zarnett, <i>Court of Appeal for Ontario</i>  Moderator: Katherine L. Kay, <i>Stikeman Elliott LLP</i></p>
03:50 pm – 04:25 pm	<p><b>Debate: Is Oral Advocacy Central to the Administration of Justice in Canada?</b>  The Hon. Justice David M. Brown, <i>Court of Appeal for Ontario</i>  Guy J. Pratte, <i>Borden Ladner Gervais LLP</i>, President of The Advocates' Society  Moderator: Katherine L. Kay, <i>Stikeman Elliott LLP</i></p>
04:25 pm – 04:30 pm	<p><b>Concluding Remarks</b>  Peter J. Osborne, <i>Lenczner Slaght</i></p>
Finale	<b>Spoken Word by El Jones</b>

© 2020 The Advocates' Society.

These materials may not be reproduced, published, distributed or posted on-line without the written permission of The Advocates' Society

# The Right To Be Heard: The Future of Advocacy in Post-Pandemic Canada

29 Sep - 30 Sep 2020

Poll results

slido

## Table of contents

- Do you believe oral arguments have an impact on the outcome of hearings?
- On a scale of 1 to 5, how important is efficiency as a value for the justice system?
- At this point in the symposium, what factor are you considering in assessing the role of oral advocacy in a modern justice system?
- Based on what you have heard here today, what do you see as the most important factors in determining whether or not there should be an opportunity for an oral hearing?

---

slido

Multiple-choice poll

Do you believe oral arguments have an impact on the outcome of hearings?

1 1 9

Yes



No

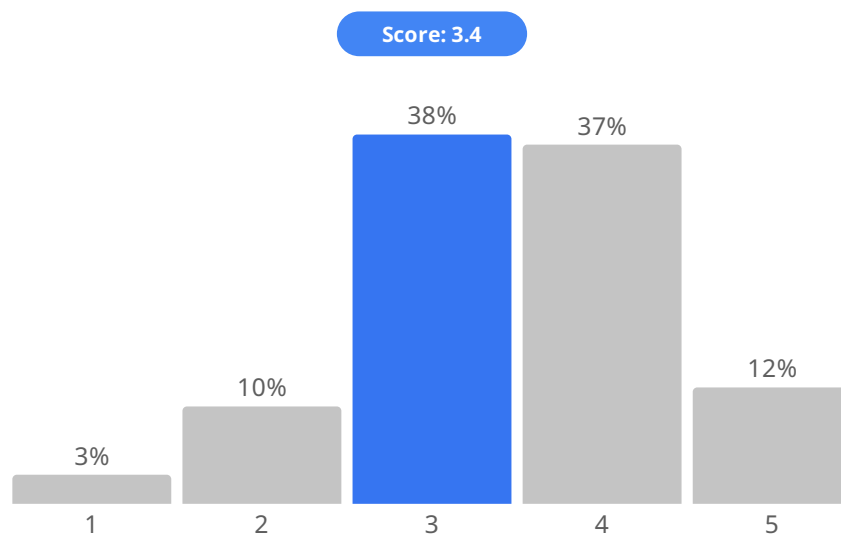


slido

Rating poll

On a scale of 1 to 5, how important is efficiency as a value for the justice system?

1 2 8



slido

Wordcloud poll

At this point in the symposium, what factor are you considering in assessing the role of oral advocacy in a modern justice system?

087



slido

Wordcloud poll

Based on what you have heard here today, what do you see as the most important factors in determining whether or not there should be an opportunity for an oral hearing?

075



slido



[www.advocates.ca](http://www.advocates.ca)

