

L'assistance du tribunal aux justiciables non représentés : une obligation à géométrie variable, un rôle judiciaire à repenser

Emmanuelle BERNHEIM^{*}, *Alexandra
BAHARY-DIONNE*^{**}, *Louis-Philippe JANNARD*^{***}
et *Richard-Alexandre LANIEL*^{****}

**Court Assistance to Unrepresented Litigants :
a Variable-Geometry Obligation, a Judicial Role to be Rethought**

**La asistencia judicial a litigantes no representados :
una obligación de geometría variable, un rol judicial a reevaluar**

**A assistência do tribunal aos litigantes não representados :
uma obrigação de geometria variável, um papel do judiciário a repensar**

法院对无代理人诉讼方的援助：范围不定的义务和亟待反思的职责

* Professeure, Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa et titulaire de la Chaire de recherche du Canada en Santé mentale et accès à la justice.

** Étudiante au doctorat, Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

*** Étudiant au doctorat, département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

**** LL.B, LL.M., avocat.

La présente recherche a été rendue possible grâce au soutien financier du Fonds québécois de recherche société et culture, subvention d'établissement de nouveaux professeurs-chercheurs, du Conseil de recherche du Canada, subvention de partenariat et du Programme des chaires de recherche du Canada.

Résumé

Dans un système de justice contradictoire, les tribunaux jouent le rôle primordial de gardien de l'équité des procédures et du droit à une défense pleine et entière. Leur réserve et leur passivité permettent la mise en œuvre des droits des parties à circonscrire le débat judiciaire en présentant leur preuve et leurs arguments tout en préservant leur indépendance et impartialité. Or, la présence de justiciables non représentés complexifie l'équilibre entre droits des parties, équité procédurale et principes d'indépendance, d'impartialité et d'apparence d'impartialité, notamment en introduisant pour les tribunaux une obligation d'assistance raisonnable qui les contraint à sortir de leur réserve.

L'étude de la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec et de la Cour suprême du Canada démontre que l'intensité et la nature de cette obligation est à établir en fonction des circonstances propres à chaque espèce. Or l'absence de balises claires crée de l'incertitude non seulement pour les parties mais également pour les juges, qui ne savent pas toujours comment ou jusqu'à quel point mettre en œuvre l'obligation d'assistance.

Dans plusieurs juridictions, des réflexions sont en cours pour clarifier la nature de l'obligation d'assistance, en sensibilisant la magistrature aux réalités socioéconomiques des justiciables non représentés et à la complexité du droit et de la procédure. Elles impliquent la reconceptualisation du rôle judiciaire, mettant en cause les liens entre passivité et impartialité qui renforceraient directement le désavantage des parties non représentées, peu rompues au droit et au processus judiciaire.

Abstract

Under an adversarial justice system, tribunals play the paramount role of shepherding procedural fairness and the right to make full answer and defence. Their restraint and passivity enable the implementation of the parties' rights to delineate the judicial debate by presenting their proof and arguments while preserving their independence and impartiality. Yet, the presence of unrepresented litigants complexifies the balance between the rights of the parties, procedural fairness and principles of independence, impartiality and appearance of impartiality, including by introducing an obligation of reasonable assistance that compels tribunals to look past their duty to exercise judicial restraint.

The study of the jurisprudence of the Court of Appeal of Quebec and the Supreme Court of Canada reveals that the intensity and nature of this obligation must be defined in the light of the circumstances of each case. However, the absence of clear guidelines creates uncertainty not only for the parties but also for the judges who don't always know how or to what extent the obligation of assistance should be implemented.

In various jurisdictions, ongoing reflections are aiming to clarify the nature of the obligation of assistance, while sensitizing the judiciary to the socioeconomic realities of unrepresented litigants as well as the complexity of the law and procedure. Those reflections imply a reconceptualization of the judicial role, involving relationships between passivity and impartiality that would directly reinforce the unrepresented parties' disadvantage as they are sparsely at ease with law and the legal process.

Resumen

En un sistema de justicia contradictorio, los tribunales desempeñan el papel principal de guardianes de la equidad procesal y del pleno derecho a la defensa. Su reserva y pasividad permiten el ejercicio de los derechos de las partes de circunscribir el debate judicial presentando sus pruebas y sus argumentos mientras preservan su independencia e imparcialidad. Sin embargo, la presencia de litigantes sin representación complica el equilibrio entre los derechos de las partes, la equidad procesal y los principios de independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad, en particular al introducirse por parte de los tribunales una obligación de asistencia razonable que los constriñe a salir de su reserva.

El estudio de la jurisprudencia de la Corte de Apelación de Quebec y la Corte Suprema de Canadá demuestra que la intensidad y naturaleza de esta obligación debe establecerse en función de las circunstancias específicas de cada caso concreto. Sin embargo, la ausencia de lineamientos claros genera incertidumbre no solo para las partes sino también para los jueces, quienes no siempre saben cómo o en qué medida implementar la obligación de asistencia.

En varias jurisdicciones, se está buscando aclarar la naturaleza de la obligación de asistencia, sensibilizando al poder judicial sobre las realidades socioeconómicas de los litigantes no representados y sobre la complejidad del derecho y el procedimiento. Estas implican la reconceptualización del rol judicial, cuestionando los vínculos entre pasividad e imparcialidad que reforzarían directamente la desventaja de las partes no representadas, poco familiarizadas con el derecho y el proceso judicial.

Resumo

Em um sistema de justiça contraditório, os tribunais têm o papel primordial de guardiões da equidade de procedimentos e do direito à defesa plena e inteira. Sua reserva e sua passividade permitem a aplicação do direito das partes a circunscrever o debate judiciário apresentando suas provas e seus argumentos, preservando sempre sua independência e imparcialidade. Ora, a presença de litigantes não representados torna mais complexo o equilíbrio entre direitos das partes, equidade processual e princípios da independência, da de imparcialidade, notadamente introduzindo nos tribunais a obrigação de assistência razoável, que os obriga a sair de sua reserva.

O estudo da jurisprudência da Corte de Apelação do Quebec e da Corte Suprema do Canadá demonstra que a intensidade e a natureza desta obrigação deve ser estabelecida em função das circunstâncias próprias a cada caso. Ora, a ausência de balizas claras cria incerteza não somente para as partes mas igualmente para os juízes, que nem sempre sabem como ou até que ponto aplicar a obrigação de assistência.

Em várias jurisdições estão em curso reflexões para clarear a natureza da obrigação de assistência, sensibilizando a magistratura para as realidades socioeconômicas dos litigantes não representados e para a complexidade do direito e do processo. Elas implicam na reconceituação do papel judiciário, evidenciando os elos entre passividade e imparcialidade que reforçariam diretamente a desvantagem das partes não representadas, pouco familiarizadas com o direito e o processo judiciário.

摘要

在对抗制司法体系中，法院的首要职责是维护公平的程序和充分完整的辩护权。法院保持矜持和被动以便诉讼各方行使自己的权利，让他们通过展示各自的证据和论据划定司法辩论的范围，同时又保留各方的独立和公正。然而，无代理人诉讼方的存在使得诉讼各方之间的权利平衡、程序公平以及独立、公正和“公正外显”原则更加复杂，尤其是向法院施加合理援助义务，强迫法院打破矜持。

研究魁北克上诉法院和加拿大最高法院判例显示，此义务的强度和性质需要根据每起个案的具体情况来确定。但是，缺乏清晰的指南不仅会给诉讼各方、也会给法官造成不确定性，后者往往不知道履行援助义务到什么程度。

一些法院已经在思考援助义务的性质该如何明确，让法官群体关注无代理人诉讼方的社会经济条件以及法律和程序的复杂性。这涉及到对司法职责的重新思考，并对被动与公正之间的关联提出质疑，毕竟这种关联将直接加剧无代理人诉讼方的劣势，因为他们很少能轻松应对法律和司法程序。

Plan de l'article

Introduction	7
I. Rôle des tribunaux et parties non représentées	14
A. Droits à une défense pleine et entière et au procès équitable : pierres angulaires du rôle des tribunaux en contexte québécois	14
B. Dispositions particulières concernant les parties non représentées.....	17
C. Rôle des tribunaux et obligations générales à l'égard des JNR	20
II. Nature et portée de l'obligation d'assistance	26
A. Obligation « à géométrie variable ».....	26
B. Obligation de conseiller d'avoir recours aux services d'un avocat.....	28
C. Obligation d'informer.....	30
D. Obligations relatives au déroulement de l'instance.....	33
III. « Reconceptualisation » nécessaire du rôle des tribunaux	35
Conclusion	41

Depuis une vingtaine d'années, à l'instar d'une tendance canadienne¹ et internationale², la présence de justiciables non représentés par avocat³ (ci-après « JNR ») devant les tribunaux québécois est en pleine augmentation. C'est du moins ce qu'en disent les acteurs judiciaires⁴. Si nous ne disposons pas des statistiques judiciaires officielles permettant de confirmer cette tendance, nous savons qu'en 2015, 30 % des demandes de pourvoi

¹ Julie MACFARLANE parle d'une « hausse dramatique » (*dramatic increases*): *The National Self-Represented Litigants Project: Identifying and Meeting the Needs of Self-Represented Litigants*, rapport de recherche présenté aux Fondations du droit de l'Ontario, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, mai 2013. Voir également: Rachel BIRNBAUM et Nicholas BALA, « Views of Ontario Lawyers on family litigants without representation », (2012) 63 *R.D. U.N.-B.* 99; FORUM CANADIEN SUR LA JUSTICE CIVILE, *Alberta Self-Represented Litigants Mapping Project*, rapport de recherche, 2007 en ligne: <<https://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2007/mapping-en.pdf>> (consulté le 4 mars 2021).

² Richard ZORZA, « Access to Justice: Economic Crisis Challenges, Impacts, and Responses », dans Carol L. FLANGO, Amy M. MCDOWELL, Charles F. CAMPBELL et Neal B. KAUDER (dir.), *Future Trends in State Courts 2009*, Williamsburg, National Center for State Courts, 2009, p. 9; Lord WOOLF, M.R., *Access to Justice – Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Londres, 1996, par. 2 (traduit par Trevor C. W. FARROW, Diana LOWE, Badley ALBRECHT, Heather MANWEILLER et Martha SIMMONS, *Répondre aux besoins des PNRA dans le système canadien de justice*, livre blanc préparé à l'intention de l'Association des administrateurs judiciaires du Canada, Toronto et Edmonton, 2012); Elisabeth RICHARDSON, Tania SOURDIN et Nerida WALLACE, *Self-Represented Litigants: Gathering Useful Information*, rapport de recherche, Melbourne, Monash University, 2012.

³ Nous préférons parler de « justiciables non représentés » [JNR] plutôt que de « justiciables se représentant eux-mêmes » pour refléter le fait qu'il ne s'agit le plus souvent pas d'un choix: J. MACFARLANE, préc., note 1, p. 16, 39 et 52. Voir Amira ARSHAD, « A Self-Represented Family Litigant », (2008) 32-5 *Law Now* 53, 55: « Wow! For someone like me with a limited income, this means even a few hours of advice is unaffordable. »

⁴ Par exemple: ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS PROVINCIALES, « Accès à la justice et plaideur non représenté », (2009-10) 32-2 *Journal des juges provinciaux* 25; Beverley MCLACHLIN, « Reflections – The Challenges We Face », (2007) 40 *U.B.C.L. Rev.* 819; Élisabeth CORTE, *Une juge en chef raconte*, déjeuner-causerie, Québec, 20 avril 2011; Maria De Michele, « Comment traiter avec la partie non représentée? », dans BARREAU DU QUÉBEC (dir), *Congrès du Barreau: Un réseau d'avenir*, juin 2011, en ligne: <<https://edoctrine.caij.qc.ca/congres-du-barreau/2011/1754941528>> (consulté le 22 février 2021); Alexandre RACINE et Marie-Hélène SYLVESTRE, « Défis de l'avocat face à une partie non représentée devant les instances disciplinaires », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire (2018)*, en ligne: <https://unik.caij.qc.ca/recherche#t=unik&sort=relevancy&m=detailed&unikid=developpements_recents%2F444%2F80915> (consulté le 22 février 2021).

déposées à la Cour suprême du Canada émanaient de JNR⁵ et que 55 % des dossiers dans les principaux domaines en matière civile impliquaient au moins une partie non représentée⁶. Les chiffres sont encore plus impressionnants en matière administrative alors que les parties sont non représentées respectivement à hauteur de 85 %, 50 % et 35 à 40 % devant la Régie du logement, la Section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec et la Division de la santé et la sécurité du travail du Tribunal administratif du travail⁷. Ces JNR sont pour une écrasante majorité dans l'incapacité de payer pour des services juridiques⁸.

La présence de JNR modifie nécessairement l'équilibre sur lequel reposent les fondements d'un système de justice contradictoire qui sont, d'une part, le droit des parties, en pleine égalité, à circonscrire le débat judiciaire en présentant leur preuve et leurs arguments⁹ et, d'autre part, l'indépen-

⁵ Déclaration de la juge Suzanne Côté lors d'une allocution faite au cocktail de financement de Pro Bono Québec au Musée des Beaux-arts de Montréal le 9 février 2017.

⁶ Dont 38 % en matière familiale. Voir QUÉBEC (Ministère de la Justice), *Plan stratégique 2015-2020*, Québec, 2016, p. 14. Soulignons que le *Plan stratégique 2019-2023* est silencieux sur le sujet.

⁷ FONDATION DU BARREAU DU QUÉBEC, « La Fondation met à jour son Guide Seul devant un tribunal administratif », mai 2019, en ligne : <<https://www.fondationdubarreau.qc.ca/la-fondation-met-a-jour-son-guide-seul-devant-un-tribunal-administratif/>>, (consulté le 4 mars 2021).

⁸ Des sondages menés dans la population québécoise révèlent que 90 % de la population québécoise préférerait avoir recours aux services d'un avocat plutôt que d'agir seule et que 73,7 % considère ne pas avoir les moyens d'aller devant les tribunaux : Emmanuelle BERNHEIM, Pierre NOREAU et Alexandra BAHARY-DIONNE, « La justice et la non représentation au carrefour de la localisation sociale », (2021) 36 *Rev. can. D. & Société* (à paraître) ; Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec. Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 29. Les études menées ailleurs démontrent que la non-représentation s'explique en premier lieu par l'incapacité de payer les honoraires d'avocat. Une étude menée en Ontario, en Alberta et en Colombie-Britannique démontre que 90 % des JNR, après avoir cherché sans succès des services juridiques à un prix accessible, ont dû faire face à la justice non représentés : J. MACFARLANE, préc., note 1, p. 39 et 48. Voir également : E. RICHARDSON, T. SOURDIN et N. WALLACE, préc., note 2 ; Rachel BIRNBAUM, Nicholas BALA et Lorne BERTRAND, « The Rise of Self Representation in Canada's Family Court: the Complex Picture Revealed in Surveys of Judges, Lawyers and Litigants », (2012) 91 *R. du B. Can.* 67 ; Jane BAILEY, Jacquelyn BURKELL et Graham REYNOLDS, « Access to Justice for All: Towards an Expansive Vision of Justice and Technology », (2013) 31 *Windsor Y. B. Access Just.* 181.

⁹ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 50 : « un système contradictoire, qui constitue la norme au Canada, compte sur les parties [...] pour qu'elles produisent les éléments de preuve pertinents ». Voir également :

dance et l'impartialité du tribunal qui sera appelé à trancher¹⁰. L'indépendance et l'impartialité des tribunaux sont garanties notamment par le fait qu'ils font preuve de réserve et de passivité, ne s'immiscant pas dans les débats et laissant aux parties le soin de choisir les preuves et arguments sur lesquels reposent leurs positions respectives. Dans un tel contexte, le rôle des avocats est central, tant en termes d'assistance et de représentation de leurs clients¹¹ que de préparation des dossiers et des débats judiciaires¹², puisque c'est sur leur travail que repose l'issue des litiges¹³. Des entrevues

Anne-Marie FRISON-ROCHE, « La rhétorique juridique », dans Hermès 16, *Argumentation et rhétorique* (II), Paris, éditions CNRS, 1995, 73; William B. RUBENSTEIN, « The Concept of Equality in Civil Procedure », (2002) 23 *Cardozo L. R.* 1866; Michelle FLAHERTY, « Self-Represented Litigants: A Sea Change in Adjudication », *Working Paper Series WP 2013-07*, 2013, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2348708> (consulté le 4 mars 2021), p. 8.

¹⁰ Charkaoui, *id.*, par. 32 :

Même si la portée de l'audition requise peut varier selon le contexte, elle doit comprendre « [u]ne étape judiciaire indépendante et un juge impartial ». Cette exigence est aussi compatible avec le principe constitutionnel non écrit de l'indépendance judiciaire. Cette indépendance a aussi été décrite comme « la pierre d'assise de l'obligation d'équité procédurale reconnue par la common law » et elle est nécessaire pour garantir l'impartialité judiciaire. Il ne suffit pas que ce juge soit indépendant et impartial en réalité; la justice fondamentale exige en effet qu'il le soit aussi en apparence. Cette règle découle du fait que l'indépendance judiciaire a deux facettes : l'indépendance réelle et la perception d'indépendance.

Voir également : Bruce P. ARCHIBALD, « The lessons of the sphinx: avoiding apprehensions of judicial bias in a multi-racial, multi-cultural society », (1998) 10 *Criminal Reports* (5th) 54; Pierre BLACHE, « L'impartialité et l'indépendance selon les articles 7 et 11d) de la Charte canadienne », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 2, *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 55; Russell ENGLER, « Ethics in Transition: Unrepresented Litigants and the Changing Judicial Role », (2008) 22 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 367, 369-371; Richard MOORHEAD, « The Passive Arbiter: Litigants in Person and the Challenge to Neutrality », (2007) 16-3 *Social & Legal Studies* 405, 406.

¹¹ La Cour suprême parle de l'« importance des actes posés par les avocats » et de la « vulnérabilité des justiciables qui leur confient leurs droits » : *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500, par. 17. Voir également : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] R.C.S. 873; Camille CAMERON et Elsa KELLY, « Litigants in Person in Civil Proceedings : Part 1 », (2002) 32 *Hong Kong L. J.* 313, 322.

¹² *Fortin c. Chrétien, id.*, par. 51; Nourit ZIMMERMAN et Tom R. TYLER, « Between Access to Counsel and Access to Justice: a Psychological Perspective », (2010) 37 *Fordham Urb. L.J.* 473, 476-477.

¹³ « When parties are mismatched because they have attorneys of differing levels of skill and competence, judges can do little to rectify the situation. » : Jona GOLDSCHMIDT,

menées avec des juges de la Cour d'appel du Québec en expliquent l'importance :

Parce que les juges c'est bien, mais enfin ce sont les avocats qui font les dossiers. Il ne faut pas oublier que le jugement est en partie, en bonne partie, tributaire de ce que les avocats auront présenté au juge. Le juge, il ne sera pas toujours en mesure d'être meilleur que ce qu'on lui a présenté. Il fait avec ce qu'il a, lui aussi. Et les avocats sont des intermédiaires essentiels au fonctionnement du système. Essentiels, je dirais, à la protection des individus.

Voyez-vous, la qualité de nos jugements dépend énormément de la qualité des plaidoiries qu'on fait devant nous. Ça, c'est très important. [...] Vous ne savez pas comment la qualité de nos jugements dépend de la qualité des présentations [que les avocats] nous font. Parce qu'on n'a pas le temps. Et le système est basé là-dessus. Le système britannique qu'on a est basé là-dessus, sur la qualité des *barristers*.¹⁴

L'absence d'avocats dans une procédure judiciaire impose donc aux tribunaux de sortir de leur réserve habituelle pour s'assurer que les JNR sont bien en mesure de faire valoir leurs droits¹⁵, notamment en les informant adéquatement¹⁶. Cet ajustement inévitable du rôle judiciaire remet en question l'impartialité des tribunaux, fondée sur la réserve, la légitimité des décisions ainsi prises¹⁷, et donc l'intégrité du système de justice dans son ensemble¹⁸. L'absence de balises claires pour encadrer ces pratiques émer-

« Pro Se Litigants Struggle for Access to Justice: Meeting the Challenge of Bench and Bar Resistance », (2002) 40-1 *Family Court Review* 36, 41.

¹⁴ Emmanuelle BERNHEIM, *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes clinique et judiciaire: une étude du pluralisme normatif appliqué*, thèse de doctorat, Montréal et Cachan, Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université de Montréal et École doctorale sciences pratiques de l'École normale supérieure de Cachan, 2011, p. 446.

¹⁵ Rosemary HUNTER, « Adversarial Mythologies: Policy Assumptions and Research Evidence in Family Law », (2003) 30-1 *J. L. & Soc'y* 156.

¹⁶ Anne-Marie LANGAN, « Threatening the Balance of the Scales of Justice: Unrepresented Litigants in the Family Courts of Ontario », (2005) 30 *Queen's L. J.* 825, 835. Voir également D.A. Rollie THOMPSON, « Le juge dans le rôle de conseiller juridique », (printemps 2005) *Forum canadien pour la justice civile* 3.

¹⁷ La consultation de la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec permet de constater que la présence de JNR occasionne régulièrement la remise en question de l'impartialité des juges d'instance.

¹⁸ Richard ZORZA, « The Disconnect Between the Requirements of Judicial Neutrality and Those of the Appearance of Neutrality when Parties Appear Pro Se: Causes, Solu-

gentes constitue la principale difficulté discutée dans la littérature internationale traitant de l'assistance des tribunaux aux parties non représentées¹⁹.

Cette réflexion s'inscrit dans une démarche de recherche en cours sur la situation des JNR au Québec. Considérant la rareté de la doctrine québécoise sur le sujet et le fait qu'elle ne permette pas d'offrir un portrait de la situation, il nous est apparu primordial de faire l'état des lieux à partir de la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec et de la Cour suprême du Canada²⁰. Trois principales pistes d'analyse émanent de l'analyse inductive des décisions retenues : le droit à l'avocat, le statut juridique de la non-représentation et le rôle d'assistance du tribunal. Cet article est consacré au dernier de ces thèmes²¹.

tions, Recommendations, and Implications», (2003-2004) 17 *Geo. J. Legal Ethics* 423; R. MOORHEAD, préc., note 10.

¹⁹ R. MOORHEAD, *id.*; Rebecca A. ALBRECHT, John M. GREACEN, S. Bonnie Rose HOUGH et Richard ZORZA, «Judicial Techniques for Cases Involving Self Represented Litigants», (2003) 24 *Judges J.* 16; Carolyn D. SCHWARZ, «Pro Se Divorce Litigants – Frustrating the Traditional Role of the Trial Court Judge and Court Personnel», (2004) 42-4 *F.C.R.* 655; Jona GOLDSCHMIDT, «Judicial Assistance to Self-Represented Litigants: Lessons from the Canadian Experience», (2008) 17 *Mich. St J. Int'l L.* 601. Voir également *Deschênes c. Valeurs mobilières Banque Laurentienne*, 2010 QCCA 2137, par. 36 et suiv.

²⁰ Nous avons fait une recherche de décisions de la Cour d'appel du Québec et de la Cour suprême sur les bases de données CanLII et Quicklaw avec les mots-clés «représenté seul», «sans avocat», «non représenté», «unrepresented», «self-represented», «self-represented litigant» et «unrepresented litigant». Nous avons obtenu 460 décisions de la Cour d'appel (sur la période 2008-2013) et 113 décisions de la Cour suprême du Canada (sans filtre de dates). De ces décisions, nous n'avons retenu que celles où la situation spécifique d'un JNR était discutée, plusieurs décisions ne faisant que mentionner le fait qu'une partie n'est pas représentée par avocat. De ces 112 décisions, nous n'avons retenu pour analyse que celles qui discutent de l'obligation d'assistance du tribunal. Nous avons complété la recherche initiale par des décisions majeures des deux cours antérieures à 2008 et postérieures à 2013, pour un total de 38 décisions étudiées. Cette analyse est complétée par des références à de la jurisprudence générale de la Cour suprême sur les droits judiciaires.

²¹ Sur le droit à l'avocat, voir Emmanuelle BERNHEIM et Richard-Alexandre LANIEL, «Le droit à l'avocat, une histoire d'argent», (2014) 93 *R du B Can* 1. Sur le statut juridique de la représentation, voir Richard-Alexandre LANIEL, Alexandra BAHARY-DIONNE et Emmanuelle BERNHEIM, «Agir seul en justice : du droit au choix – État de la jurisprudence sur les droits des justiciables non représentés», (2018) 59-3 *C. de D.* 495.

Notre analyse permet de constater que c'est principalement en matière criminelle que la jurisprudence abordant l'obligation d'assistance du tribunal s'est développée, ce qui contraste avec la littérature canadienne²² et internationale²³ sur la non-représentation qui, elle, porte plutôt sur les affaires familiales où les JNR semblent être plus nombreux. En effet, des 38 décisions analysées, 24 portent sur des matières criminelles, dix des matières civiles et quatre des matières administratives. Nous constatons cependant que les décisions relevant des matières civiles et administratives reprennent généralement les principes établis par la jurisprudence en matière criminelle²⁴.

Il va sans dire que le fait de s'intéresser à la jurisprudence des tribunaux supérieurs impose certaines limites à l'analyse. D'une part, certaines mesures d'assistance prises par des tribunaux de première instance pourraient ne jamais avoir fait l'objet de débats en appel. Il semble toutefois que de telles mesures sont le plus souvent formulées à l'oral sans être consignées dans les jugements écrits et ne peuvent donc pas être repérées par une étude de la jurisprudence de première instance. Pour Michelle Flaherty, « [o]nly rarely do written decisions discuss the level and type of assistance that was given to a self-represented litigant. In the main, the jurisprudential discussion of adjudicative assistance occurs in the limited number of decisions that are appealed or judicially reviewed »²⁵. D'autre part, d'après

²² Par exemple : R. BIRNBAUM et N. BALA, préc., note 1 ; Lorne D. BERTRAND, Joanne J. PAETSCH, Nicholas BALA et Rachel BIRNBAUM, *Self-Represented Litigants in Family Law Disputes: Views of Alberta Lawyers*, rapport de recherche déposé au Canadian Research Institute for Law and the Family et à la Fondation du droit de l'Alberta, décembre 2012 ; Jennifer BLISHEN, « Self-Represented Litigants in Family and Civil Law Disputes », (2006) 25-2 *Can. Fam. Law. Q.* 117 ; A.-M. LANGAN, préc., note 16.

²³ Par exemple : John GREACEN, « Self-represented Litigants, the Courts, and the Legal Profession: Myths and Realities », (2014) 52-4 *Fam. Court Rev.* 662 ; Deborah J. CHASE, « Pro Se Justice and Unified Family Court », (2003-02) 37 *Fam. L. Q.* 404 ; Judith G. McMULLEN et Debra OSWALD, « Why Do We Need a Lawyer? : An Empirical Study of Divorce Cases », (2010) 12 *J. L. & Fam. Stud.* 12 ; Jonh DEWAR, Barry W. SMITH et Cate BANKS, *Litigants in Person in the Family Court of Australia*, rapport de recherche déposé à la Family Court of Australia, 2000.

²⁴ J. GOLDSCHMIDT, préc., note 19, p. 617.

²⁵ M. FLAHERTY, préc., note 9, p. 13 : « Thus, while adjudicators dealing with self-represented litigants are regularly called up on to balance impartiality with fairness, they often do so orally in response to specific issues or questions that arise during the hearing. The frequency with which it is conducted and the full extent of this balancing exercise are not necessarily apparent from written decisions. »

notre corpus de décisions, les appels sur la question de l'obligation d'assistance concernent le plus souvent des parties qui, non représentées en première instance, sont représentées à la Cour d'appel du Québec ou à la Cour suprême du Canada. Il semble donc que cette question ne soit que rarement invoquée par les JNR eux-mêmes et, ce faisant, qu'un ensemble de situations sont probablement exclues de la jurisprudence étudiée. Il n'apparaît cependant pas, pour les raisons déjà expliquées, qu'il soit possible de les repérer dans la jurisprudence de première instance.

La recherche sur l'obligation d'assistance des tribunaux à l'égard des JNR permet de constater que les sources législatives portant spécifiquement sur le sujet sont rares. Mis à part l'*Énoncé de principes concernant les plaignants et les accusés non représentés par un avocat* émis en 2006 par le Conseil canadien de la magistrature²⁶ et auquel la Cour suprême du Canada a récemment souscrit²⁷, peu de sources permettent d'établir clairement la nature et la portée de cette obligation²⁸. L'objectif de notre analyse est donc d'en dégager une première ébauche, à partir de l'ensemble des décisions pertinentes des instances supérieures québécoises. Si la jurisprudence reconnaît généralement que cette obligation existe, le niveau d'assistance dépend notamment des faits spécifiques et des droits en cause. Elle doit être évaluée au cas par cas, ce qui signifie que son contenu évolue au fil des situations auxquelles les tribunaux sont confrontés. Pour faire cet exercice, nous avons choisi de ne pas traiter la jurisprudence en fonction des domaines de droit, mais plutôt d'en présenter une synthèse.

Nous commencerons par présenter les principes généraux qui encadrent le déroulement des instances, notamment le rôle judiciaire de gardien de l'équité des procédures en contexte de non-représentation (I). Nous discuterons ensuite de la nature et de la portée du devoir d'assistance des tribunaux, notamment en matière d'information et de déroulement de l'instance (II). Nous démontrerons finalement qu'au-delà de la simple assistance, une reconceptualisation du rôle des tribunaux est nécessaire pour permettre tant à la justice de jouer son rôle qu'aux JNR de participer pleinement aux débats judiciaires (III).

²⁶ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Énoncé de principes concernant les plaignants et les accusés non représentés par un avocat*, septembre 2006.

²⁷ *Pintea c. Johns*, 2017 CSC 23, [2017] 1 R.C.S. 470.

²⁸ Voir J. GOLDSCHMIDT, préc., note 19.

I. Rôle des tribunaux et parties non représentées

Le rôle des tribunaux à l'égard des JNR, de même que leurs obligations (C), découle essentiellement de leur rôle à l'égard des droits de l'ensemble des parties et repose sur des sources constitutionnelles et quasi constitutionnelles (A). La législation et la réglementation sont cependant peu développées et ne donnent que peu d'indications de la forme que devraient prendre ces obligations (B).

A. Droits à une défense pleine et entière et au procès équitable : pierres angulaires du rôle des tribunaux en contexte québécois

En matière criminelle et pénale, le droit d'un accusé à une défense pleine et entière est un principe de justice fondamentale²⁹ – la « pierre angulaire de notre système de justice »³⁰ – prévu par les chartes canadienne et québécoise³¹. Il ne concerne ni les matières civiles³² ni les matières administratives, « même si la nature des reproches faits à la personne salariée sont assimilables au vol ou à la fraude »³³. Ce droit impose au ministère public la divulgation complète de la preuve³⁴, la possibilité pour l'accusé d'en vérifier l'admissibilité, de la contester éventuellement³⁵ et de « faire valoir tous les moyens de défense, qu'il s'agisse de questions de forme ou non »³⁶.

Le droit à une défense pleine et entière constitue en outre un des droits inhérents au droit à un procès équitable³⁷ prévu à l'article 11d) de la Charte canadienne :

²⁹ *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505.

³⁰ *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, 969.

³¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 7 (ci-après « Charte canadienne »); *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art 35 (ci-après « Charte québécoise »).

³² *Collège des médecins c. Arseneault*, 2009 QCCA 465.

³³ Henri BRUN, Pierre BRUN et Fanie LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne: Législation – Jurisprudence – Doctrine*, Collection Alter Ego, 31^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, art. 35(15).

³⁴ *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

³⁵ *Dersch c. Canada (Procureur général)*, préc., note 29.

³⁶ *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

³⁷ *Dersch c. Canada (Procureur général)*, préc., note 29. Voir H. BRUN, P. BRUN et F. LAFONTAINE, préc., note 33; Hugues PARENT, *Traité de droit criminel. Tome IV, Les garanties*

11. Tout inculpé a le droit :

[...]

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

La Charte québécoise reconnaît, pour toute personne et en toute matière, «le droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé»³⁸. Il apparaît ainsi que le droit à un procès équitable est intrinsèquement lié à la structure institutionnelle des tribunaux, qui doit établir et garantir les conditions de l'indépendance et de l'impartialité des juges³⁹, notamment en les protégeant de l'influence du pouvoir exécutif. Il faut donc distinguer l'indépendance et l'impartialité institutionnelles de l'indépendance et de l'impartialité de chacun des juges individuellement et dans un dossier particulier⁴⁰. Bien que les tribunaux bénéficient d'une forte présomption d'impartialité⁴¹, l'apparence d'impartialité est tout aussi importante au regard de l'équité procédurale⁴². La crainte raisonnable de partialité «consiste à se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le juge], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»⁴³. Elle doit être étudiée au cas par cas, en considérant «les remarques contestées dans leur contexte, dans l'ensemble de la procédure et les analyser en tenant compte de toutes les circonstances»⁴⁴, en

juridiques (articles 7, 8, 9, 10, 11 et 24(2) de la Charte), Montréal, Wilson & Lafleur, 2018.

³⁸ Charte québécoise, art. 23.

³⁹ *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

⁴⁰ *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, par. 56.

⁴¹ *Cojocarú c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357.

⁴² *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303; *R. c. Lippé*, préc., note 39.

⁴³ La Cour d'appel fédérale dans *Re Canadian Arctic Gas Pipeline Ltd. et al.*, [1976] 2 F.C. 20 telle que citée avec approbation dans *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, 394.

⁴⁴ *M.L. c. R.*, 2018 QCCA 541, [2018] J.Q. no 2695, par. 29.

fonction notamment du rôle et des fonctions du tribunal en cause⁴⁵. Le droit à un procès équitable vise ainsi à la fois les tribunaux judiciaires et les instances exerçant des fonctions quasi judiciaires, et « plus les fonctions d'un tribunal administratif s'apparentent à celles d'une cour de justice, plus les règles de justice naturelle et d'équité requièrent qu'il se conduise comme une cour de justice »⁴⁶.

Le droit à un procès équitable garantit aux parties une série de droits procéduraux fondés sur les principes de justice naturelle, mais n'a pas pour effet de créer un recours particulier⁴⁷. Il implique, tant en matière civile, criminelle qu'administrative, les droits à l'audition impartiale de sa cause devant un tribunal indépendant, d'être entendu et la mise en œuvre de la règle *audi alteram partem*, de faire sa preuve, d'interroger et de contre-interroger, à une ordonnance de huis clos ou de non-publication dans le cas où la publicité des débats y porterait atteinte⁴⁸ et, mise à part exception, d'être représenté par l'avocat de son choix⁴⁹. Si, en matière pénale, l'accusé a droit à la divulgation complète de la preuve en vertu de son droit à une défense pleine et entière, les parties à un litige civil ou administratif ont droit, sous réserve de la situation où l'objet du litige est la confidentialité d'un document ou d'un élément de preuve, d'avoir accès à l'ensemble de la documentation versée au dossier⁵⁰. Soulignons que la déclaration de querulence, la notification sur boîte vocale en contexte d'urgence et l'abrogation du droit à l'interrogatoire préalable dans les poursuites civiles inférieures à 25 000 \$ ne contreviennent pas au droit à un procès équitable⁵¹.

Par ailleurs, en plus de constituer des principes de justice naturelle, l'indépendance, l'impartialité et l'apparence d'impartialité sont également

⁴⁵ *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 32.

⁴⁶ *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 613.

⁴⁷ H. BRUN, P. BRUN et F. LAFONTAINE, préc., note 33, art. 23(1-4).

⁴⁸ *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, par. 35; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 839-844.

⁴⁹ Bien que l'article 34 de la Charte québécoise prévoie le « droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal », certaines juridictions excluent expressément cette possibilité, notamment la Division des petites créances de la Cour du Québec : *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 542 (ci-après « C.p.c. »).

⁵⁰ H. BRUN, P. BRUN et F. LAFONTAINE, préc., note 33, art. 23(28). Soulignons que, dans certains cas, la preuve n'est divulguée qu'au moment de sa production à l'audience.

⁵¹ *Id.*, art. 23(14-23).

des devoirs déontologiques prévus aux codes de déontologie de la magistrature⁵² et des juges municipaux du Québec⁵³ pour les juges de nomination provinciale, dans les *Principes de déontologie judiciaire*⁵⁴ pour les juges de nomination fédérale et au *Code de déontologie applicable aux membres du Tribunal administratif du Québec*⁵⁵.

B. Dispositions particulières concernant les parties non représentées

Peu de dispositions législatives ou réglementaires portent spécifiquement sur les obligations des tribunaux à l'égard des parties non représentées. En matière criminelle, le *Code criminel* prévoit l'obligation pour le tribunal, dans certaines circonstances, d'aviser « dans les meilleurs délais » les accusés et les témoins de leur droit à un conseiller juridique⁵⁶ et les plaignants de leur droit à l'avocat⁵⁷. Il impose également quelques obligations aux juges de paix : informer les prévenus non représentés de leur droit de faire une demande d'ordonnance avant le début de l'enquête préliminaire, solliciter une déclaration des prévenus au sujet des accusations portées contre eux avant d'entendre les témoins, prendre les déclarations par écrit et les signer, et demander aux prévenus s'ils ont des témoins à faire entendre⁵⁸. Le *Code de procédure pénale*⁵⁹ ne mentionne pas les accusés non représentés.

En matière civile, la seule mention d'une obligation spécifique à l'égard des JNR concerne la Division des petites créances de la Chambre civile de la Cour du Québec, où les parties sont dans l'obligation d'agir pour elles-mêmes. Le *Code de procédure civile* prévoit qu'en cette matière, « à l'audience, le tribunal [...] apporte à chacun une aide équitable et impartiale de façon à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction »⁶⁰. Hormis

⁵² *Code de déontologie de la magistrature*, RLRQ, c. T-16, r. 1, art. 4, 5 et 10.

⁵³ *Code de déontologie des juges municipaux du Québec*, RLRQ, c. T-16, r. 2.

⁵⁴ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, 2004, principes 2 et 6.

⁵⁵ *Code de déontologie applicable aux membres du Tribunal administratif du Québec*, RLRQ, c. J-3, r. 1, art. 1, 4, 5 et 9.

⁵⁶ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 278.4(2.1) (ci-après « C.cr. »).

⁵⁷ Art. 278.94(3) C.cr.

⁵⁸ Art. 539(2), 541(2-4) C.cr.

⁵⁹ *Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25.1.

⁶⁰ Art. 560(1) C.p.c.

cette situation particulière, et bien que le Code dispose que « les personnes physiques peuvent agir pour elles-mêmes devant les tribunaux sans être représentées »⁶¹, aucune disposition particulière ne concerne l'assistance qui devrait leur être offerte. Au contraire, le Code affirme que les parties non représentées doivent agir « dans le respect de la procédure établie par le Code et les règlements pris en son application »⁶².

Les règles de pratique de la Cour du Québec, de la Cour supérieure, de la Cour d'appel du Québec et de la Cour suprême du Canada ne sont guère plus explicites. L'article 26 du *Règlement de la Cour du Québec* concerne bien spécifiquement les parties non représentées, mais affirme seulement que – après avoir mentionné qu'« [a]vant l'audience, la partie non représentée prend les mesures nécessaires pour s'informer sur la façon dont elle peut faire valoir ses droits devant le tribunal » – « [l]orsque le juge l'estime nécessaire, il apporte à la partie non représentée une assistance tout en préservant son impartialité »⁶³. Soulignons que la Cour du Québec ne s'est pas dotée d'un règlement spécifique pour la Division des petites créances, malgré les dispositions procédurales particulières prévues au *Code de procédure civile*. Les règlements de la Cour supérieure⁶⁴ et de la Cour d'appel du Québec⁶⁵ n'en font pour la plupart pas même mention. Si les *Règles de la Cour suprême du Canada*⁶⁶ ne prévoient pas de mesures d'assistance particulières, les formulaires de la cour évoquent expressément les parties non représentées⁶⁷.

⁶¹ Art. 23 C.p.c.

⁶² *Id.*

⁶³ *Règlement de la Cour du Québec*, RLRQ, c. C-25.01, r. 9, art. 26.

⁶⁴ *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, RLRQ, C-25.01, r. 0.2.1; *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière familiale*, RLRQ, C-25.01, r. 0.2.4; *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile et familiale pour le district de Montréal*, RLRQ, C-25.01, r. 0.2.2; *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile pour le district de Québec*, RLRQ, C-25.01, r. 0.2.3; *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière pénale*, RLRQ, C-25.1, r. 5; *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle*, TR/2002-46; *Règles de procédure du Québec concernant la réduction du délai préalable à la libération conditionnelle*, DORS/2002-75.

⁶⁵ *Règlement de procédure civile (Cour d'appel)*, RLRQ, C-25.01, r. 10; *Règles de la Cour d'appel du Québec en matière criminelle*, TR/2018-96.

⁶⁶ *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

⁶⁷ À titre d'exemple, le formulaire 25 – Avis de demande d'autorisation d'appel, mentionne, en dessous de l'espace de signature : « Nom, adresse et numéro de téléphone et, le cas

En matière administrative, la *Loi sur la justice administrative* dispose généralement que les organismes administratifs doivent « apporter à chacune des parties, lors de l'audience, un secours équitable et impartial »⁶⁸. Ni la loi ni les *Règles de procédure du Tribunal administratif du Québec*⁶⁹ ne contiennent de dispositions spécifiques concernant les parties non représentées.

En plus de ces dispositifs législatifs et règlementaires, rappelons que le Conseil canadien de la magistrature a émis en 2006 un *Énoncé de principes concernant les plaideurs et les accusés non représentés par un avocat*⁷⁰. Il indique notamment que des mesures « non préjudiciables et positives » peuvent être nécessaires pour protéger le droit égal des JNR de se faire entendre⁷¹. Selon la nature et les circonstances, les juges peuvent ainsi :

- (a) expliquer le processus; (b) demander aux deux parties si elles comprennent le processus et la procédure; (c) diriger les parties vers des organismes capables d'aider les plaideurs à préparer leur cause; (d) fournir des renseignements sur le droit et les règles de preuve; (e) modifier l'ordre traditionnel d'administration de la preuve; (f) interroger les témoins.⁷²

L'absence de dispositions particulières, tant en termes substantiels que procéduraux, explique que les obligations des tribunaux à l'égard des parties non représentées soient liées directement à leur rôle primordial de « gardien de l'équité des procédures et du droit [...] à une défense pleine et entière »⁷³. Le fait de faillir à cette obligation peut suffire à invalider une décision⁷⁴.

échéant, numéro de télécopieur et adresse de courriel du procureur (ou de la partie non représentée) ».

⁶⁸ *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, art. 12.

⁶⁹ *Règles de procédure du Tribunal administratif du Québec*, RLRQ, c. J-3, r. 3.

⁷⁰ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 26.

⁷¹ *Id.*, p. 4.

⁷² *Id.*

⁷³ *Sureau c. Verdun (Ville de)*, J.E. 2001-414, [2001] J.Q. no 172 (QC CA), par. 29; Charte canadienne, art 7; Charte québécoise, art 35.

⁷⁴ *Cameron c. Stornoway (Municipalité de)*, 2013 QCCA 881, par. 25 : « le juge municipal a ici failli à son obligation d'assurer l'équité du processus [à l'égard d'une JNR]. Cela suffit pour invalider son jugement ». Dans l'arrêt *Jarrah c. R.*, 2017 QCCA 881, par. 42, la Cour d'appel précise toutefois qu'« [u]n accusé n'a pas le droit à un procès parfait. En conséquence, certaines lacunes dans l'aide apportée par le juge ne vicient pas nécessairement l'équité du procès. »

C. Rôle des tribunaux et obligations générales à l'égard des JNR

De façon générale, les tribunaux se doivent d'assurer l'impartialité du processus judiciaire et de préserver l'apparence d'impartialité⁷⁵. En présence de JNR, il s'agit de trouver l'équilibre entre l'absence d'assistance, qui peut « contribuer[r] à l'apparence de partialité », et donc porter atteinte à l'équité du procès, et la prise en charge des procédures, qui met également en cause l'apparence d'impartialité⁷⁶. Pour le Conseil canadien de la magistrature, les mesures de gestion de l'instance pour assister un JNR sont conformes aux devoirs de neutralité et d'impartialité, et le fait de les expliquer adéquatement minimise le risque d'apparence de partialité⁷⁷. C'est ce qu'a confirmé récemment la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mazraani*, alors qu'elle affirme que « l'un des moyens que peut prendre un juge pour favoriser la pleine compréhension et la participation [des JNR] est la mise en place des mesures de gestion d'instance »⁷⁸.

L'équité des procédures implique donc pour les tribunaux de porter « une assistance raisonnable » lorsqu'un accusé n'est pas représenté⁷⁹. Ils doivent notamment, dans la mesure où la loi prévoit qu'une audience doit avoir lieu de plein droit, exercer une « surveillance judiciaire » de manière à s'assurer que les « individus qui ne sont pas représentés par un avocat » ne soient pas « confond[us] ou décourag[és] » par les lettres type du ministère public⁸⁰ et exercent leurs recours s'ils le souhaitent. De même, il leur

⁷⁵ *R. c. S.(R.D.)*, préc., note 45; *R. c. Leblanc*, 2010 QCCA 1891, par. 25 et suiv.

⁷⁶ *M.R. c. R.*, 2018 QCCA 1983, par. 21. Voir également *R. c. Lepage*, 2018 QCCA 693; *Jarrah c. R.*, préc., note 74.

⁷⁷ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 26, p. 5.

⁷⁸ *Mazraani c. Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc.*, 2018 CSC 50, par. 39. Dans cette affaire, qui concerne les droits linguistiques des parties à un litige, la Cour affirme être « sensibl[e] au fait que la présence accrue de parties non représentées par avocat devant les tribunaux peut soulever des difficultés additionnelles pour les juges au chapitre de la mise en œuvre de la protection des droits linguistiques ».

⁷⁹ *Jarrah c. R.*, préc., note 74, par. 41-43 : « Lorsqu'un accusé n'est pas représenté par avocat, le juge du procès doit lui porter une assistance raisonnable afin d'assurer la tenue d'un procès équitable. [...] Le juge doit [...] s'assurer que l'accusé jouisse d'une défense pleine et entière, exiger que les règles de preuve en matière criminelle soient appliquées et que l'accusé en comprenne généralement le fonctionnement. »

⁸⁰ *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, par. 44.

revient de s'assurer que les accusés comprennent à quoi sert leur audience. Pour la Cour suprême du Canada,

les accusés ont le droit de comprendre à quoi sert l'audience, qu'ils soient représentés ou non par un avocat. Tous les acteurs de notre système de justice criminelle ont l'obligation et la responsabilité de s'en assurer. En réalité, les personnes qui risquent le plus de croupir en prison sont celles qui ne sont pas représentées par un avocat. [...] [L]orsque l'État n'a pas prévu une certaine forme d'assistance juridique et que les droits du prévenu non représenté sont en jeu, le juge doit veiller encore davantage à protéger sa liberté et à assurer la confiance du public envers le système de justice.⁸¹

Les tribunaux doivent également s'assurer du respect des règles de justice naturelle et, notamment, de la possibilité pour les JNR d'être entendus⁸². L'assouplissement des règles de preuve et de procédures dans le cadre de procédures administratives permet à ce titre « de favoriser le règlement de certains types de litiges de façon plus expéditive et moins coûteuse, devant des juridictions plus accessibles et moins formalistes, où les demandeurs sont d'ailleurs souvent non représentés par avocat »⁸³. De manière générale, l'ignorance des règles de procédure ne doit pas avoir pour conséquence de priver les JNR de leur droit à un procès juste et équitable⁸⁴.

Pour préserver l'équité des procédures, le tribunal a l'obligation de s'assurer que la partie adverse, représentée par un avocat, ne profite pas indûment de son avantage⁸⁵. La Cour suprême évoque ainsi que les juges peuvent devoir ajuster le processus judiciaire pour les JNR afin de tenir

⁸¹ *Id.*, par. 61.

⁸² *Gemme c. R.*, 2008 QCCA 520, par. 66.

⁸³ *Québec (CDPDJ) c. Bombardier inc.*, 2015 CSC 39, par. 68 : « sous réserve du respect des règles de justice naturelle et des règles particulières énoncées dans sa loi habilitante, un tribunal administratif est maître de sa procédure et de sa preuve ».

⁸⁴ *Guénette c. R.*, 2002 CanLII 7883 (QC CA), EYB 2002-28362. Voir également : *R. c. Leblanc*, préc., note 75 ; *R. c. Franche*, 2005 QCCA 719 ; *Ménard c. Gardner*, 2012 QCCA 1546.

⁸⁵ *Ménard c. Gardner*, *id.*, par. 60. Soulignons que le *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3, art. 3.02.01(i), modifié en 2016, prévoyait expressément que constituait un acte dérogatoire le fait d'« agir de façon à induire en erreur la partie adverse non représentée par avocat ou surprendre sa bonne foi ». Le *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, aujourd'hui en vigueur prévoit à son article 119 que l'avocat « ne doit pas agir de manière à induire en erreur une partie ou son avocat, ou de manière à surprendre leur bonne foi ». Toute référence explicite aux JNR a été retirée lors de la refonte.

compte du fait qu'ils ne sont pas familiers avec le système de justice, ce qui implique « de prévenir l'emploi de manœuvres purement stratégiques par une partie adverse plus expérimentée »⁸⁶. Inversement, le principe d'équité des procédures impose au tribunal de s'assurer que les JNR ne jouissent pas de privilèges particuliers⁸⁷. La Cour suprême du Canada explique en effet que si « la présence de parties non représentées par avocat [peut justifier un ajustement des processus, elle] n'entraîne pas la suspension des droits fondamentaux de quiconque »⁸⁸.

De même, les tribunaux doivent s'assurer que les JNR ne sont pas pris par surprise. Dans la décision *Sureau*, le juge a manqué à son obligation d'assistance du fait que le JNR ait été pris au dépourvu par l'impossibilité d'interroger un témoin qu'il pensait être assigné par la Couronne. La Cour d'appel « estime que le juge du procès, dans les circonstances de ce dossier, devait informer l'appelant de son droit d'exiger de la poursuivante qu'elle assigne comme témoin la personne qui avait rédigé les constats d'infraction et, le cas échéant, faire le nécessaire pour que la suite du procès soit ajournée à une date ultérieure »⁸⁹. La surprise de l'accusé et le « caractère essentiel » du témoignage de la personne qui avait rédigé les constats faisaient pencher la balance en faveur d'aménagements de façon à permettre un procès équitable⁹⁰. L'argument de la surprise est aussi invoqué dans l'affaire *Droit de la famille – 081475* où un JNR, non représenté devant la Cour d'appel, conteste une ordonnance qui le condamne à payer 6000 \$ afin de rembourser diverses prestations fiscales qui auraient été indûment reçues alors que la requête n'en faisait pas état. Le JNR, « argument[ant] qu'il aurait prouvé qu'il a assumé des dépenses plus élevées que celles prévues à l'entente », affirme avoir été « pris par surprise »⁹¹. La Cour d'appel,

⁸⁶ *Mazraani c. Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc*, préc., note 78, par. 39. Les principes du Conseil canadien de la magistrature énoncent que les avocats doivent « être respectueux » avec les JNR, ce qui implique « dans la mesure du possible, [d']éviter d'employer un langage juridique complexe » : préc., note 26, p. 9.

⁸⁷ « L'accusé qui agit seul ne jouit pas de privilèges particuliers (*R. c. Fabrikant*, (1995) 97 C.C.C. (3d) 544, 574) mais le juge ne doit pas pour autant en oublier son rôle de gardien de l'équité des procédures et du droit de l'accusé à une défense pleine et entière » : *Sureau c. Verdun (Ville de)*, préc., note 73, par. 31.

⁸⁸ *Mazraani c. Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc*, préc., note 78, par. 39.

⁸⁹ *Sureau c. Verdun (Ville de)*, préc., note 73, par. 30.

⁹⁰ *Id.*, par. 32.

⁹¹ *Droit de la famille – 081475*, 2008 QCCA 1197, par. 9.

abondant en ce sens, est d'avis « qu'effectivement, il y a eu manquement aux règles d'équité procédurale »⁹².

Le tribunal doit également considérer la bonne administration de la justice et l'utilisation efficiente des ressources judiciaires tout au long de l'instance. Ces obligations impliquent de ne pas allouer des ressources « disproportionnées » aux JNR⁹³ et de favoriser la durée raisonnable des procès civils. La Cour suprême explique qu'une « gestion active de l'instance par le tribunal est essentielle pour assurer des procès civils d'une durée raisonnable ainsi qu'une utilisation efficiente des ressources judiciaires, surtout dans les cas où des plaideurs non représentés sont parties à l'instance »⁹⁴, en particulier quant à la gestion de la preuve. La pression due au manque de ressources judiciaires ne décharge toutefois pas le tribunal de ces obligations⁹⁵. L'Énoncé de principes du Conseil canadien de la magistrature énonce d'ailleurs que les administrateurs judiciaires devraient obtenir des ressources suffisantes pour pouvoir appliquer certaines mesures d'aide aux JNR⁹⁶ et que les organismes gouvernementaux devraient pouvoir fournir

⁹² *Id.*, par. 11.

⁹³ *Deschênes c. Valeurs mobilières Banque Laurentiennes*, préc., note 19, citant *Broda v. Broda*, [2001] A.J. No. 800, 2001 ABCA 151, par. 4 : « Unrepresented litigants are entitled to justice, but they are not entitled to command disproportionate amount of Court resources to remedy their inability or unwillingness to retain counsel ».

⁹⁴ *Trial Lawyers Association c. BC (AG)*, 2014 CSC 59, par. 110. Voir également *Wagg c. Canada*, 2003 CAF 303, [2004] 1 R.C.F. 206, par. 26.

⁹⁵ « Le fait que les cours municipales aient des rôles d'audience chargés ne doit pas, bien sûr, occulter le devoir du juge comme gardien d'une notion aussi fondamentale du procès pénal que le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et par conséquent, à un procès équitable. » : *Sureau c. Verdun (Ville de)*, préc., note 73, par. 32.

⁹⁶ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 26, p. 8 :

En particulier, les administrateurs judiciaires devraient obtenir des ressources suffisantes pour pouvoir :

- (a) fournir, sur demande, toute l'information publique contenue dans les bordereaux ou les rôles, les dossiers judiciaires, les répertoires et les rapports existants ;
- (b) fournir, sur demande, accès aux règles pertinentes couramment employées, à la procédure judiciaire et aux frais, ou fournir un énoncé de ceux-ci ;
- (c) fournir, sur demande, de l'information pour savoir où trouver les lois et les règles applicables ;
- (d) trouver et fournir, sur demande, les formulaires pertinents et les instructions écrites ;
- (e) répondre aux questions sur la manière de remplir les formulaires, mais non pas sur la façon dont les réponses devraient être formulées ;

les ressources, l'assistance et les fonds nécessaires « pour leur permettre d'offrir une aide utile et complète aux personnes non représentées »⁹⁷.

Finalement, soulignons que le rôle des tribunaux est le corollaire des responsabilités et obligations des parties qui interviennent devant eux. L'Énoncé de principes du Conseil canadien de la magistrature affirme que tous les participants dans le système judiciaire ont « la responsabilité de comprendre et de remplir leur rôle pour assurer l'égalité d'accès à la justice, y compris l'équité de la procédure »⁹⁸. Pour la Cour d'appel du Québec, un des principes fondamentaux en la matière est celui de « la responsabilité du justiciable qui n'est pas représenté par avocat », qui est « tempéré par le devoir d'assistance qui incombe alors au tribunal devant lequel il comparaît »⁹⁹. Cette responsabilité prend plusieurs formes.

D'abord, les JNR doivent assumer la responsabilité du fait de ne pas avoir d'avocat et les conséquences qui en découlent, notamment en raison de leur manque d'expérience et de formation¹⁰⁰. Cette responsabilité est reconnue par la Cour suprême du Canada¹⁰¹ et la Cour d'appel du Québec¹⁰².

(f) définir, sur demande, les termes employés couramment dans les processus judiciaires ;

(g) fournir, sur demande, les numéros de téléphone des organismes d'aide juridique, des services de référence aux avocats, des groupes locaux ou d'autres services d'aide, comme les ressources Internet, qui sont connus du personnel judiciaire ;

(h) fournir, dans la mesure du possible et en conformité avec les lois applicables, les aides et les services appropriées pour les personnes handicapées.

⁹⁷ « Les organismes gouvernementaux qui sont responsables de l'administration des tribunaux devraient fournir aux tribunaux les ressources et l'assistance nécessaires pour offrir une formation aux administrateurs judiciaires, notamment en matière de sensibilisation et de communication, et leur fournir les fonds nécessaires pour leur permettre d'offrir une aide utile et complète aux personnes non représentées. » : *id.*, p. 10.

⁹⁸ *Id.*, p. 6.

⁹⁹ *Ménard c. Gardner*, préc., note 84, par. 59.

¹⁰⁰ *Id.*, par. 58. D'autres tribunaux canadiens présentent des arguments similaires, notamment la Cour d'appel fédérale (*Bérubé c. Canada*, 2006 CAF 166, par. 5) et la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador (*Lieb c. Smith et al.*, 1994 CanLII 10478 (NL SCTD), par. 25). Voir R.-A. LANIEL, A. BAHARY-DIONNE et E. BERNHEIM, préc., note 21.

¹⁰¹ « Il va sans dire que si le parent décide de ne pas être représenté par avocat, [...] il assume alors volontairement le risque de ne pas être bien représenté et le gouvernement ne peut en être tenu responsable. » : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G (J)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 103.

¹⁰² Par exemple : « Celui qui choisit d'agir sans avocat doit en assumer les inconvénients et ne peut ordinairement pas se plaindre des conséquences de sa méconnaissance du droit,

Ils doivent également s'assurer d'être prêts pour aller devant le tribunal, principe que le Conseil canadien de la magistrature rappelle d'ailleurs¹⁰³. Les JNR doivent connaître et respecter « les règles de procédure qui s'appliquent dans [leur] dossier »¹⁰⁴ et ont la responsabilité des choix qu'ils font en cours d'instance. S'il semble que cette responsabilité puisse parfois être mitigée par la mécompréhension des débats judiciaires et des recommandations du tribunal¹⁰⁵, cet assouplissement n'est pas automatique¹⁰⁶. Les JNR doivent également se montrer « diligent[s] dans l'exercice de [leurs] droits. Il[s] ne peu[ven]t exiger du juge du procès d'agir pour [eux] et à [leur] place »¹⁰⁷.

Les droits des parties à une instance, et notamment les droits à une défense pleine et entière et au procès équitable, sont directement liés au rôle des tribunaux et à leurs devoirs d'indépendance et d'impartialité. Or, la présence de JNR complexifie l'équilibre entre droits des parties, équité procédurale et principes d'indépendance, d'impartialité et d'apparence

incluant les règle de preuve et de procédure, du moins lorsqu'il a reçu l'aide que le tribunal doit lui apporter.» : *Ménard c. Gardner*, préc., note 84, par. 58 ; « Les parties non représentées doivent assumer les conséquences de ne pas avoir retenu les services d'un avocat » : *Deschênes c. Valeurs mobilières Banque Laurentienne*, préc., note 19, par. 36 ; « L'appelante ne peut demander au système judiciaire et plus particulièrement à la Cour d'appel d'ordonner un nouveau procès pour un motif qui repose sur sa décision, malgré les avis contraires de se représenter seule. Celui qui entreprend un tel exercice dans de telles circonstances ne peut se plaindre de ne pas avoir obtenu le résultat escompté et requérir de ce seul fait un nouveau procès. » : *Droit de la famille – 131708*, 2013 QCCA 1136, par. 61. Voir également : *Azar c. Concordia University*, 2008 QCCA 936, par. 13 ; *Rudnicki c. R.*, 2006 QCCA 128, par. 19 ; *R. c. Sechon*, 104 CCC (3d) 554, 1995 CanLII 4978 (QC CA), p. 11-12 .

¹⁰³ « Les personnes non représentées sont censées préparer leur propre cause » : CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 26, p. 9.

¹⁰⁴ *André c. Centre de santé et de services sociaux de Laval*, 2018 QCCA 1589, par. 7. La Cour s'appuie sur la décision *Droit de la famille – 16532*, 2016 QCCA 417, par. 11.

¹⁰⁵ « Un accusé devra tout de même assumer sa part de responsabilité s'il prend la décision de ne pas suivre les recommandations du juge lorsqu'il en comprend le sens et la portée » : *Bernes c. R.*, 2005 QCCA 738, par. 16. Voir aussi *Bédard c. R.*, 2014 QCCA 184, par. 52-53

¹⁰⁶ « L'appelant a choisi de se représenter seul. Son incompréhension du débat judiciaire, malgré les efforts du juge de la Cour supérieure pour l'instruire, ne peut en aucun cas constituer une cause valable d'intervention » : *Droit de la famille – 12100*, 2012 QCCA 135, par. 5.

¹⁰⁷ *Gemme c. R.*, préc., note 82, par. 19. Voir également *Guénette c. R.*, préc., note 84.

d'impartialité, notamment en introduisant pour les tribunaux une obligation d'assistance qui les contraint à sortir de leur réserve.

II. Nature et portée de l'obligation d'assistance

Une des premières déclinaisons de l'obligation d'assistance mise en lumière par l'étude de la jurisprudence consiste à conseiller aux JNR d'avoir recours aux services d'un avocat (B). Dans le cas où ils ne peuvent ou ne veulent le faire, les tribunaux ont l'obligation de les informer sur les procédures et le droit (C) de même que de procéder à certains aménagements procéduraux (D). L'obligation d'assistance suppose cependant des limites puisqu'elle dépend des circonstances de chaque espèce et est à évaluer au cas par cas (A).

A. Obligation « à géométrie variable »¹⁰⁸

Alors que le rôle d'arbitres impartiaux dévolu aux tribunaux impose inévitablement des limites à l'aide qu'ils peuvent apporter aux JNR, il leur appartient d'en tracer les contours. La jurisprudence indique certains principes qui peuvent les guider dans cet exercice qu'elle présente souvent comme « difficile »¹⁰⁹, ce que reconnaît également l'Énoncé de principes du Conseil canadien de la magistrature¹¹⁰.

La Cour d'appel a récemment rappelé le fait que cette obligation « à géométrie variable, peut être minimale ou plus élaborée selon les circonstances »¹¹¹ et que « [l]e devoir d'assistance n'est pas défini par une liste pré-

¹⁰⁸ *M.R. c. R.*, préc., note 86, par. 25.

¹⁰⁹ « Confronté à un accusé qui se représente seul, le juge d'instance a un rôle parfois difficile » : *Bernes*, préc., note 105, par. 14 ; « Ce dossier illustre bien les difficultés qui se présentent lorsqu'un accusé se représente seul, sans l'assistance d'un avocat » : *Gemme c. R.*, préc., note 82, par. 45 ; « [...] tout en reconnaissant la difficulté de présider un procès où l'accusé se représente seul sans l'assistance d'un avocat » : *R. c. Gélinas*, 1998 CanLII 13187, p. 10 ; « Lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat, le défi est de taille pour le juge » : *M.R. c. R.*, *id.*, par. 25. En guise d'illustration, voir *Moynan c. R.*, 2007 QCCA 1093, par. 57 et suiv.

¹¹⁰ « Étant donné que les personnes qui ne sont pas représentées par un avocat rencontrent et présentent des défis particuliers en ce qui a trait au système judiciaire » : CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 26, p. 1.

¹¹¹ *M.R. c. R.*, préc., note 86, par. 25.

cise de choses à faire à l'égard de la partie non représentée »¹¹². Il ne s'agit donc pas de respecter des règles fixes et d'assurer un procès « parfait », mais plutôt de porter une assistance « raisonnable » afin de garantir un procès équitable en fonction du contexte :

Il n'existe pas de règles fixes quant à la nature et au degré d'assistance dû à un accusé qui se représente seul. Chaque cas doit être évalué selon les circonstances du dossier. Un accusé n'a pas le droit à un procès parfait. En conséquence, certaines lacunes dans l'aide apportée par le juge ne vicient pas nécessairement l'équité du procès. [...] Le juge doit cependant s'assurer que l'accusé jouisse d'une défense pleine et entière, exiger que les règles de preuve en matière criminelle soient appliquées et que l'accusé en comprenne généralement le fonctionnement.¹¹³

Le devoir d'assistance doit s'apprécier selon les circonstances et « relève de [l]a discrétion [des tribunaux] »¹¹⁴ : selon la Cour d'appel, « il est donc question de mesure, d'équilibre. Il faut reconnaître au juge du procès une bonne mesure de discrétion en cette matière »¹¹⁵. Cette discrétion implique des tribunaux « d'évaluer la situation de façon préliminaire, voire plus, afin de déterminer le degré d'assistance nécessaire pour le justiciable qui comparait devant [eux] »¹¹⁶. En effet, les tribunaux ne doivent intervenir que « lorsque le besoin s'en fait sentir »¹¹⁷. Pour la Cour d'appel du Québec, « l'intensité de ce devoir d'assistance peut donc varier, car tous les justiciables ne sont pas également démunis devant la justice et prétendre le contraire serait faire injure à leur intelligence »¹¹⁸. Les circonstances et les

¹¹² *Id.*, par. 40 :

Sans doute que des explications sur l'exclusion des témoins, le respect des règles de preuves inadmissibles, la façon de mener un contre-interrogatoire (surtout en présence d'un témoin qui a un « passé » avec l'accusé, ici, une ex-conjointe), le type et la longueur des questions, la différence entre une question et un commentaire ou encore la différence entre le témoignage et la plaidoirie. Même dans les cas où tout cela est fait, il faut parfois plus : *Deneault c. R.*, 2010 QCCS 4234.

¹¹³ *Jarrah c. R.*, préc., note 74, par. 42.

¹¹⁴ Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 19^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 687-688.

¹¹⁵ *Guénette c. R.*, préc., note 84, par. 22, citant *R. c. Hardy* (1991), 69 C.C.C. (3d) 190 (AB CA).

¹¹⁶ *M.R. c. R.*, préc., note 86, par. 26.

¹¹⁷ *Ménard c. Gardner*, préc., note 84, par. 59.

¹¹⁸ *Id.*

éléments à considérer par les tribunaux sont notamment l'expérience antérieure des JNR¹¹⁹, le fait de bénéficier de l'assistance d'un avocat¹²⁰ et le fait de ne pas tenir compte des conseils du tribunal¹²¹. Par ailleurs, des comportements « perturbateurs » de nature à déconsidérer l'administration de la justice peuvent contribuer à réduire les obligations du tribunal à l'égard des JNR¹²². L'Énoncé de principes du Conseil canadien de la magistrature affirme à ce propos que les JNR « doivent respecter le processus judiciaire et le personnel des tribunaux » et qu'« [o]n ne permettra pas aux plaideurs vexatoires d'abuser du processus judiciaire »¹²³.

B. Obligation de conseiller d'avoir recours aux services d'un avocat

Le Conseil canadien de la magistrature reconnaît que « l'accès à la justice est facilité par la possibilité pour toutes les parties d'être représentées, et qu'il est donc souhaitable que chaque personne qui veut obtenir accès aux tribunaux soit représentée par un avocat »¹²⁴. Le fait d'informer du droit

¹¹⁹ *Guénette c. R.*, préc., note 84, par. 23 :

Dans le cas particulier de l'appelant, il faut souligner qu'il n'en était pas à sa première expérience devant les juridictions pénales. [...] Le dossier révèle aussi qu'il avait des procédures en marche devant la CSST, et possiblement la SAAQ, et qu'il y était assisté d'un avocat. Dans ce contexte, l'appelant ne fait pas très sérieux, à mon avis, quand il reproche au juge de ne pas l'avoir informé des risques d'aller à procès sans avocat ou de la possibilité, advenant un verdict de culpabilité, qu'il soit condamné à une peine sévère.

Voir aussi *R. c. Franche*, préc., note 84, par. 18 : « À la décharge du juge, on doit constater que l'appelant était en quelque sorte 'familier' avec la procédure pénale pour avoir été jugé et condamné à cinq ou six occasions auparavant ».

¹²⁰ « Il faut ajouter que l'appelant était assisté d'un avocat désigné par la Cour pour contre-interroger la plaignante et sa fille. Il existait une relation client-avocat entre l'avocat désigné et l'appelant pour les fins précises du contre-interrogatoire de la plaignante et de sa fille. En principe, la présence de cet avocat dégageait le juge de son obligation d'assistance pour la durée de sa prestation dans le dossier. » : *Jarrah c. R.*, préc., note 74, par. 93.

¹²¹ « Il est plus que probable qu'une aide du juge aurait été peine perdue, car l'appelant a mené sa défense suivant son humeur, en ignorant totalement les conseils du juge » : *Bédard c. R.*, préc., note 105, par. 52-53.

¹²² *Gemme c. R.*, préc., note 82, par. 67.

¹²³ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 26, p. 9.

¹²⁴ *Id.*, p. 1. Voir également : *Fortin c. Chrétien*, préc., note 11 ; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, préc., note 11.

de se procurer un avocat est donc la première intervention que doivent faire les tribunaux à l'égard des JNR¹²⁵, notamment les prévenus, conformément à ce que prévoit la Charte canadienne¹²⁶.

La Cour d'appel du Québec préconise d'aller plus loin que de simplement informer du droit d'être représenté : « [c]onseiller et recommander de faire appel à l'assistance d'un avocat n'est que le premier aspect du devoir du juge envers le prévenu non représenté »¹²⁷. L'omission de conseiller de consulter un avocat porte atteinte au droit à un procès équitable :

Le juge a bien mentionné que « c'est passible d'un emprisonnement maximal de cinq (5) ans », mais c'était dans le prononcé de sa sentence, après la dernière étape ; après avoir demandé à l'appelant s'il avait quelque chose à dire avant la sentence (art. 726 C.cr.). C'était pourtant un bon point pour le convaincre de faire appel à un avocat.¹²⁸

L'obligation de conseiller d'avoir recours à un avocat implique, pour préserver l'équité des procédures, d'informer les JNR des désavantages associés au fait de ne pas y recourir :

De toute évidence, les propos de la juge sont à mettre sur le compte de son souci d'assurer un procès équitable au requérant : elle craint que ce dernier ne subisse préjudice du fait qu'il se représente seul, alors que la partie adverse est représentée par avocat, et elle veut s'assurer qu'il comprend bien les conséquences de sa décision de se représenter seul.¹²⁹

Bien que la décision d'accéder à une demande d'ajournement afin d'obtenir les conseils d'un avocat ou de s'en procurer un soit discrétionnaire¹³⁰,

¹²⁵ « Étant donné l'importance de la consultation juridique et de la représentation par un avocat, les juges, les administrateurs judiciaires et les autres participants au système judiciaire devraient : (a) informer toute partie non représentée des conséquences possibles et des responsabilités qu'entraîne la comparution en justice sans avocat » : CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *id.*, p. 2.

¹²⁶ Art. 10 de la Charte canadienne :

« Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention : [...]

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

¹²⁷ R. c. *Franche*, préc., note 84, par. 19.

¹²⁸ *Id.*, par. 15. Voir également : *Droit de la famille – 081933*, 2008 QCCA 1539.

¹²⁹ *Rocheleau c. Union des producteurs agricoles*, 2005 QCCA 666, par. 10. Voir également : R. c. *Franche*, préc., note 84 ; R. c. *Sechon*, préc., note 102.

¹³⁰ Voir l'argument de la Cour fédérale d'appel dans *Wagg c. Canada*, préc., note 94.

un tel refus de la part d'un tribunal peut constituer une atteinte au droit à un procès juste et équitable¹³¹.

C. Obligation d'informer

Plusieurs décisions de notre corpus soulignent que les tribunaux doivent expliquer la procédure et le droit aux JNR¹³². Pour la Cour d'appel du Québec, « [l]a seule obligation du juge consiste à lui assurer un procès juste et équitable et de lui apporter une aide raisonnable quant aux règles de preuve et de procédure »¹³³. Le défaut de le faire peut résulter pour le tribunal de faillir à son obligation d'assurer l'équité du processus¹³⁴.

D'après la jurisprudence étudiée, selon les causes et en fonction des circonstances, les explications que doit donner le tribunal peuvent porter sur¹³⁵ :

- la fonction de l'audience judiciaire ;
- le rôle des avocats ;
- les obligations de la poursuite ;
- les droits fondamentaux de l'accusé et notamment le droit au silence ;
- le droit à l'interprète ;

¹³¹ *Moynan c. R.*, préc., note 109, par. 56 ; *Cameron c. Stornoway (Municipalité de)*, préc., note 74, par. 19-20 et 24.

¹³² Voir également CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 26, p. 6-7 : « Selon la nature et les circonstances de l'affaire, les juges peuvent expliquer le droit pertinent et ses conséquences, avant qu'une personne non représentée ne fasse un choix décisif. Dans les circonstances appropriées, les juges devraient fournir aux personnes non représentées de l'information pour les aider à comprendre et à faire valoir leurs droits ou à plaider leur cause devant le tribunal ».

¹³³ *Gemme c. R.*, préc., note 82, par. 16. Voir également *Bernes c. R.*, préc., note 105, par. 16 : « Le juge doit donc normalement s'assurer que l'accusé a reçu l'information nécessaire pour que son droit à une défense pleine et entière soit respectée » ; *Guénette c. R.*, préc., note 84, par. 16.

¹³⁴ Voir par exemple : *Cameron c. Stornoway (Municipalité de)*, préc., note 74, par. 25.

¹³⁵ Sur la base des décisions *Mazraani c. Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc.*, préc., note 78 ; *Guénette c. R.*, préc., note 84 ; *Droit de la famille – 11418*, 2011 QCCA 338 ; *Gélinas*, préc., note 109 ; *Droit de la famille – 122875*, 2012 QCCA 1855 ; *R. c. Leblanc*, préc., note 75 ; *M.R. c. R.*, préc., note 86 ; *Jarrah c. R.*, préc., note 74 ; *R. c. Myers*, préc., note 80.

- la possibilité de demander une remise ;
- les droits et règles propres à la procédure et au déroulement d'une audience ;
- la différence entre la preuve et la plaidoirie ;
- le fonctionnement de la défense et de moyens de défense pertinents ;
- la notion de pertinence de la preuve et la façon d'établir la pertinence de son témoignage ;
- la règle du oui-dire ;
- les règles d'admissibilité des déclarations faites à des policiers ;
- la façon de mettre en preuve un document commercial ;
- la nature et l'objectif d'un voir-dire ;
- le fait que le JNR doit décider s'il souhaite faire témoigner des témoins ou témoigner lui-même, le droit de ne pas témoigner, la procédure pour faciliter le témoignage du JNR et la façon de témoigner avec un aide-mémoire ;
- l'importance de rencontrer les témoins pour connaître la nature de leur témoignage et le droit de rencontrer les témoins ;
- les moyens d'assigner des témoins ;
- l'objet du contre-interrogatoire, le droit de contre-interroger un témoin chaque fois que l'occasion se présente, la possibilité de mettre en contradiction les témoins avec leurs déclarations antérieures et le droit de poser des questions suggestives en contre-interrogatoire ;
- les règles du réinterrogatoire ;
- les risques d'être déclaré plaideur quérulent.

Par ailleurs, l'obligation d'informer se double de l'obligation de s'assurer de la bonne compréhension des informations et de la portée des décisions à prendre. Les tribunaux doivent ainsi « veiller à ce que [les JNR] comprenne[nt], de façon intelligible, le déroulement de chaque étape du procès »¹³⁶. Ils doivent donc s'assurer que leurs explications ont été bien

¹³⁶ *Guy c. R.*, J.E. 2002-922 (QC CA), par. 86, tel que cité dans *R. c. Franche*, préc., note 84, par. 19. Voir également : *Bernes c. R.*, préc., note 105, par. 24.

comprises en détaillant l'information¹³⁷, voire en prêtant assistance aux JNR pour éclaircir leurs objectifs et les formuler de manière adéquate¹³⁸.

La nature contradictoire des procédures judiciaires et le rôle d'arbitre impartial qui incombe aux tribunaux limite inévitablement l'obligation d'assistance et en particulier l'obligation d'information, «le juge ne pouvant jouer à la fois le rôle de l'avocat et celui de l'arbitre impartial du débat qui se déroule devant lui»¹³⁹. Les tribunaux ne peuvent à ce titre donner de conseils juridiques ou jouer le rôle que jouerait un avocat¹⁴⁰, y compris donner des «conseils d'ordre stratégique»¹⁴¹. Ainsi, les tribunaux doivent informer les JNR de la possibilité de témoigner ou pas, mais ne doivent pas les conseiller de le faire ou non¹⁴². Ils peuvent également mettre en garde les JNR sur le fait qu'un témoignage pourrait leur être préjudiciable sans les conseiller outre mesure¹⁴³.

Les tribunaux ne peuvent pas non plus donner indirectement des conseils par le biais d'un *amicus curia* dont le mandat se rapprocherait de celui d'un avocat de la défense. Pour la Cour suprême,

[i]l appert donc que la pratique actuelle de confier à l'amicus le mandat de défendre l'accusé brouille la délimitation traditionnelle des fonctions respectives du juge du procès, du procureur de la Couronne en tant que représen-

¹³⁷ « Sans doute un avocat aurait-il compris qu'il lui fallait tout simplement reformuler sa question en plusieurs sous-questions. C'est ce que le président du comité aurait dû expliquer à l'appelant, car, de toute évidence, c'était là un aspect essentiel de l'affaire. » : *Ménard c. Gardner*, préc., note 84, par. 60 et 71. Voir également : *R. c. Plaiche*, 1993 CanLII 3693 (QC CA).

¹³⁸ « Le juge ne donne aucune possibilité à l'appelant de s'expliquer. Il devait éclaircir l'objectif de l'appelant et lui prêter assistance pour formuler son opposition à la preuve, le cas échéant. Plutôt, le juge l'invite à témoigner plus tard sur cet aspect, indiquant par là qu'il s'agit de son seul moyen de contester la preuve, ce qui est manifestement une erreur. » : *M.R. c. R.*, préc., note 86, par. 36.

¹³⁹ *Guénette c. R.*, préc., note 84, par. 21.

¹⁴⁰ « Le rôle du juge [n'est] pas de conseiller une personne non représentée » : *Droit de la famille – 11418*, préc., note 135, par. 5 ; « Le tribunal, il va sans dire, n'a pas à jouer auprès du justiciable le rôle que jouerait l'avocat, il n'a pas à le conseiller et ne peut le favoriser » : *Ménard c. Gardner*, préc., note 84, par. 59. Voir également *R. c. Franche*, préc., note 84.

¹⁴¹ *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, par. 54, [2013] 3 R.C.S. 3.

¹⁴² *Guénette c. R.*, préc., note 84, par. 25.

¹⁴³ *Jarrah c. R.*, préc., note 74, par. 81.

tant local de la justice et de l'avocat de la défense. [...] Lorsqu'un] amicus est nommé puis se voit confier le mandat de représenter l'accusé comme dans le cadre d'une relation procureur-client, l'avocat de la cour exerce une fonction que la cour n'a pas elle-même le droit d'exercer.¹⁴⁴

D. Obligations relatives au déroulement de l'instance

Suivant l'obligation d'assistance, les tribunaux doivent faire preuve de souplesse dans l'application des règles de procédure et de preuve de manière à assurer l'équité des procès¹⁴⁵. Selon la jurisprudence analysée, en fonction des espèces et les circonstances, les aménagements en matière de preuve et de procédure possibles sont les suivants¹⁴⁶:

- Remettre à plus tard le débat sur une question soulevée lors de l'audience sans avis préalable afin de permettre au JNR de préparer une réponse;
- ne pas systématiquement considérer une omission comme une renonciation implicite à des droits;
- selon les circonstances, tenir un voir-dire permettant au JNR de prendre des décisions concernant son témoignage;
- assister l'accusé pour assigner, interroger et contre-interroger des témoins;
- assouplir les règles de preuve, notamment concernant l'assignation de témoins;
- tolérer l'utilisation de termes juridiquement incorrects;

¹⁴⁴ *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, préc., note 141, par. 54. Voir *Rudnicki c. R.*, préc., note 102.

¹⁴⁵ «Le juge du procès détient le pouvoir discrétionnaire d'adopter le procédé ou la mesure les plus susceptibles d'éviter qu'il ne soit porté atteinte aux droits [du JNR] et de lui assurer un procès équitable»: *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, p. 493. Voir également la dissidence de la juge Duval Hesler dans *Droit de la famille – 071998*, 2007 QCCA 1096, par. 2, 7-8.

¹⁴⁶ Sur la base des décisions *Québec (CDPDJ) c. Bombardier inc.*, préc., note 83; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. W (G)*, [1999] 3 R.C.S. 597; *PP c. CD*, 2004 CanLII 73068 (QC CA); *Ménard c. Gardner*, préc., note 84; *R. c. Leblanc*, préc., note 75; *Moynan c. R.*, préc., note 109; *Duterville c. R.*, 2008 QCCA 826; *R. c. Franche*, préc., note 84; *R. c. Plaiche*, préc., note 137; *Bernes c. R.*, préc., note 105.

- permettre au JNR de présenter ses observations, même si ce n'est pas dans la forme habituelle;
- pour les tribunaux supérieurs: s'informer des raisons de ne pas appeler d'un aspect précis d'une décision de première instance.

Les tribunaux ne doivent cependant pas poser de gestes qui permettraient de mettre en cause leur impartialité ou leur apparence d'impartialité. La Cour d'appel considère ainsi qu'«il est primordial que le juge demeure à l'intérieur des limites du rôle qui lui est attribué pour que justice paraisse avoir été rendue» et que «toute conduite d'exception par rapport aux standards classiques de rôle judiciaire doit être examinée par rapport à son effet sur l'équité du procès»¹⁴⁷.

Les tribunaux ne peuvent par exemple pas contre-interroger des témoins à la place des JNR¹⁴⁸, créer des règles différentes pour les accommoder¹⁴⁹ ou les informer de la possibilité de déposer une requête de type *Rowbotham*¹⁵⁰. Le tribunal ne peut pas non plus alléger le fardeau de preuve¹⁵¹: «l'application d'une analyse juridique donnée doit dans tous les cas se faire en fonction des mêmes éléments constitutifs et du *même degré de preuve*. Cela est nécessaire pour préserver l'uniformité, l'intégrité et la prévisibilité du droit»¹⁵².

Jusqu'à maintenant, les développements jurisprudentiels québécois concernant l'obligation d'assistance des tribunaux à l'égard des JNR visent essentiellement à leur permettre de naviguer dans les procédures judiciaires sans trop se perdre. Ils ne mettent pas en question les fondements du système de justice contradictoire, notamment la réserve et la passivité des tribunaux. Dans ce contexte, l'Énoncé de principes du Conseil canadien de la

¹⁴⁷ *R. c. Torbiak and Campbell* (1974), 26 C.R.N.S. 108 (ONCA), tel que cité dans *Bernes c. R.*, *id.*, par. 37.

¹⁴⁸ *Id.*, par. 42. Ils peuvent toutefois nommer un avocat pour le faire: art. 486.3(1), (2) et (3) C.cr. Voir également *Bernes c. R.*, *id.*, par. 27 et suiv.

¹⁴⁹ *Azar c. Concordia University*, préc., note 102, par. 13.

¹⁵⁰ Qui consiste à demander l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État afin d'assurer un procès équitable. Les critères ont été formulés dans la décision *R. v. Rowbotham* (1988), 41 CCC (3d) 1. Voir E. BERNHEIM et R.-A. LANIEL, préc., note 21.

¹⁵¹ *Ménard c. Gardner*, préc., note 84, par. 59. Voir aussi *Pelletier c. Avantage Concessionnaire Scotia inc.*, 2012 QCCA 999, par. 11, AZ-50860777.

¹⁵² *Québec (CDPJ) c. Bombardier inc.*, préc., note 83, par. 69.

magistrature¹⁵³ paraît avant-gardiste. Or, plusieurs prétendent qu'un changement beaucoup plus substantiel est nécessaire et que la simple assistance n'est pas suffisante. Il s'agirait d'un changement de paradigme où l'impartialité est à considérer sous l'angle de l'égalité réelle des parties devant les cours et où les tribunaux sont amenés à jouer un rôle central, actif. Cette voie paraît d'autant plus pertinente en contexte québécois où peu de ressources pour soutenir les JNR sont disponibles¹⁵⁴.

III. « Reconceptualisation »¹⁵⁵ nécessaire du rôle des tribunaux

Rappelons dans un premier temps la rigidité du cadre juridique québécois concernant les actes réservés aux membres des ordres professionnels de juristes. Contrairement à plusieurs juridictions¹⁵⁶, notamment canadiennes, américaines et anglaises, seuls les avocats et notaires peuvent donner des avis juridiques et agir devant les tribunaux¹⁵⁷. Les JNR québécois n'ont donc accès qu'à peu de mesures de soutien au-delà de l'information

¹⁵³ CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, préc., note 26.

¹⁵⁴ Voir Emmanuelle BERNHEIM et Richard-Alexandre LANIEL, « Un grain de sable dans l'engrenage du système juridique. Les justiciables non représentés: problèmes ou symptômes? », (2013) 31 *Windsor Y. B. Access Just.* 45; E. BERNHEIM et R.-A. LANIEL, préc., note 21.

¹⁵⁵ Richard ZORZA, « An Overview of Self-Represented litigation Innovation, Its Impact, and Approach to the Future: An Invitation to Dialogue », (2009) 3-3 *Fam. L. Q.* 519, 529: « re-conceptualization ».

¹⁵⁶ Voir ÉQUIPE DE RECHERCHE DU CHANTIER 1 – AUTOREPRÉSENTATION ET PLAIDEUR CITOYEN, *Parajuristes, étudiant.es en droit et ami.es McKenzie: quel rôle en matière d'accès à la justice?*, Rapport de recherche, Montréal, 2019.

¹⁵⁷ *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1, art. 128; *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 15. Il existe quelques exceptions à ce principe, notamment en matière de droit de l'immigration et du travail. Une étude a démontré que la *Loi sur le Barreau* est parmi les plus strictes quant au monopole professionnel des avocats: René LAPERRIÈRE, « L'interprétation du droit et les monopoles des professions juridiques », dans Claude THOMASSET et Danièle BOURCIER (dir.), *Interpréter le droit: le sens, l'interprète, la machine*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 305. Soulignons que les étudiants en droit oeuvrant en clinique juridique pourront offrir des consultations et des avis juridiques dès l'automne 2021: *Loi visant à améliorer l'accessibilité et l'efficacité de la justice, notamment pour répondre à des conséquences de la pandémie de la COVID-19*, LQ 2020, c. 29, art. 6.

juridique¹⁵⁸ dont les effets positifs restent encore à démontrer. En effet, les différentes initiatives d'information juridique – dont celle des Centres de justice de proximité¹⁵⁹, mais également les dépliants rendus disponibles dans les Palais de justice et la multiplication des sites internet – n'ont jamais fait, à notre connaissance, l'objet de recherches et d'évaluation, si bien que nous n'avons aucun moyen d'en connaître les réels impacts. Les recherches menées dans d'autres juridictions démontrent cependant que le simple accès à l'information juridique – qui serait trop théorique, parfois peu compréhensible et lacunaire quant aux aspects procéduraux et logistiques de la démarche judiciaire¹⁶⁰ – ne permet généralement pas de remplacer le travail d'un avocat¹⁶¹.

Les JNR québécois sont donc particulièrement démunis lorsqu'ils se présentent à la cour. L'assistance du tribunal apparaît alors comme essen-

¹⁵⁸ L'information juridique est constituée d'informations objectives telles qu'elles se trouvent dans les sources formelles. Le conseil juridique au contraire constitue le fait d'appliquer cette information à des faits particuliers, à en proposer des interprétations ou à recommander une marche à suivre : *Charlebois c. Barreau du Québec*, 2012 QCCA 788.

¹⁵⁹ Les centres de justice de proximité sont des organismes sans but lucratif autonomes qui visent à offrir de l'information juridique, du soutien et de l'orientation. En mars 2021, 10 centres sont actifs dans les régions de Montréal, Québec, Bas-Saint-Laurent, Outaouais, Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine, Saguenay-Lac-St-Jean, Montérégie, Nunavik, Mauricie et Côte-Nord : Centres de justice de proximité, Historique, en ligne : <<https://www.justicedeproximite.qc.ca/a-propos/historique/>> (consulté le 5 mars 2021).

¹⁶⁰ J. MACFARLANE, préc., note 1.

¹⁶¹ « Certainly the new legal information sources [...] are useful in much the same way that medical sites help lay people understand a particular disease. But raw information is an inadequate substituted for advice and ongoing guidance from a legally trained person. » : Paul VADYA et Stephen GINSBERG, « Legal Services Plans: Crucial-Time Access to Lawyers and the Case for a Public-Private Partnership », dans M.J. TREBILCOCK, Lorne M. SOSSIN et Anthony J. DUGGAN (dir.), *Middle Income Access to Justice*, Toronto, UTP, 2012, p. 249. Voir également : Sande L. BUHAI, « Access to Justice for Unrepresented Litigants: a comparative Perspective », (2008-09) 42 *Loy. L. A. L. Rev.* 979, 993 ; Gary BLASI, « Framing Access to Justice: Beyond Perceived Justice for Individuals », (2009) 42 *Loy. L. A. L. Rev.* 913, 919-920 ; Gary BLASI, « How Much Access? How Much Justice? », (2004) 73 *Fordham L. Rev.* 865, 869-870 ; Carroll SERON, Martin FRANKEL, Gregg VAN RYZIN et Jean KOVATH, « The Impact of Legal Counsel on Outcomes for Poor Tenants in New York City's Housing Court: Result of a Randomized Experiment », (2001) 35-2 *L. & Soc'y Rev.* 419 ; Patricia HUGUES, « Advancing Access to Justice through Generic Solutions: The Risk of Perpetuating Exclusion », (2013) 31 *Windsor Y. B. Access Just.* 1.

tielle pour permettre le déroulement des instances¹⁶², dont on se plaint régulièrement qu'elles sont allongées ou coûtent plus cher du fait de leur présence¹⁶³. Or la question qui se pose – liée aux droits à une défense pleine et entière et au procès équitable – est plutôt celle de savoir si l'institution judiciaire doit se préoccuper de la réelle capacité des parties à participer au processus judiciaire, notamment les parties non représentées. Nous pensons résolument que c'est le cas.

Les tribunaux québécois, nous l'avons vu, reconnaissent largement la responsabilité des JNR au regard des résultats judiciaires concernant leurs litiges, y compris les erreurs de droits ou les incapacités à faire valoir des droits¹⁶⁴, et ce, peu importe le fait que la vaste majorité d'entre eux soient non représentés pour des raisons financières¹⁶⁵. Le discours judiciaire, axé sur le choix présumé des parties de ne pas avoir recours aux services d'un avocat¹⁶⁶, témoigne à cet égard au mieux d'une ignorance de la réalité des JNR.

Il est par ailleurs établi que les JNR font plus d'erreurs que les parties représentées, qu'ils ne comprennent pas le droit substantiel et procédural et ont statistiquement moins souvent gain de cause que les parties représentées¹⁶⁷. Si les sources constitutionnelles et législatives reconnaissent plusieurs droits dont les citoyens peuvent se prévaloir lorsqu'ils sont parties à

¹⁶² Une étude sur les cours d'appel américaines révèle que les décisions des juges qui prennent des mesures pour aider les JNR sont moins susceptibles d'être renversées en appel que celles où aucune mesure d'aide n'est prise: R.A. ALBRECHT, J.M. GREACEN, S.B.R. HOUGH et R. ZORZA, préc., note 19.

¹⁶³ Soulignons qu'au moins deux études ont démontré au contraire qu'en matière familiale et en première instance, les dossiers où les deux parties sont non représentées drainent moins de ressources judiciaires que lorsqu'au moins une des parties est représentée: J. GREACEN, préc., note 23, p. 667-668; Richard MOORHEAD et Mark SEFTON, *Litigants in person – Unrepresented litigants in first instance proceeding*, rapport de recherche déposé au Department of Constitutionnal Affairs, 2004, p. 257.

¹⁶⁴ Voir par exemple: *Ménard c. Gardner*, préc., note 84; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G (J)*, préc., note 101; *Deschênes c. Valeurs mobilières Banque Laurentienne*, préc., note 19, par. 36; *Azar c. Concordia University*, préc., note 102; *Rudnicki c. R.*, préc., note 102; *R. c. Sechon*, préc., note 102; *Droit de la famille – 131708*, préc., note 102.

¹⁶⁵ J. MACFARLANE, préc., note 1; E. RICHARDSON, T. SOURDIN et N. WALLACE, préc., note 2; R. BIRNBAUM, N. BALA et L. BERTRAND, préc., note 8.

¹⁶⁶ R.-A. LANIEL, A. BAHARY-DIONNE et E. BERNHEIM, préc., note 21.

¹⁶⁷ R. MOORHEAD et M. SEFTON, préc., note 163, p. 255-258.

une instance, la connaissance et la compréhension de ces droits et des moyens de les faire valoir en sont évidemment les conditions minimales permettant la revendication¹⁶⁸. Or, de par le langage, la technicité et le formalisme, le droit et le processus judiciaire sont hermétiques et peu accessibles¹⁶⁹, une situation aggravée par des barrières socioculturelles et linguistiques :

Self-represented litigants in Canada are disproportionately likely to have lower income and education, and to live with social barriers including physical and mental differences, and language and cultural barriers [...].¹⁷⁰

Cette incapacité d'accès au contenu substantiel et procédural compromet la capacité d'agir adéquatement devant les tribunaux, et donc de faire valoir ses droits, ce qui, dans un système de justice contradictoire, met directement en question la capacité des tribunaux à assumer leur rôle de gardiens de l'équité des procédures. Comment prétendre en effet que l'équité est préservée si certaines parties sont *de facto* systématiquement défavorisées par le processus judiciaire ?

Pour plusieurs, en contexte de non-représentation, l'équité des procédures dépend directement du rôle joué par les juges durant les instances. Si la passivité permet aux parties, lorsqu'elles sont représentées, de faire valoir leurs preuves et leurs arguments tout en assurant l'impartialité et l'apparence d'impartialité des tribunaux¹⁷¹, elle renforcerait directement le

¹⁶⁸ « The Florida Constitution provides a myriad of rights for its citizens. However, it is not always apparent to a nonlawyer what exactly the constitution or Florida statutes provide or require, in order to fully exercise an individual's rights, without the assistance of a lawyer. » : Caroline JOHNSON LEVINE, « Constitutional implications in self-representation », (2014-15) 78-4 *Albany L. R.* 1557, 1568.

¹⁶⁹ John M. CONLEY et William M O'BARR, *Just Word: Law, Langage and Power*, Chicago, University of Chicago Press, 2^e éd., 2005 ; Antoine GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997 ; Pierre BOURDIEU, « La force du droit », (1986) 64 *Actes de la recherche en sciences sociales* 3.

¹⁷⁰ J. BAILEY, J. BURKELL et G. REYNOLDS, préc., note 8, p. 196. Rappelons par exemple que 53 % de la population québécoise âgée de 16 à 65 ans éprouvent des difficultés importantes de lecture : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Rapport québécois du Programme pour l'évaluation internationale des compétences des adultes (OCDE)*, 2017 ; FONDATION POUR L'ALPHABÉTISATION, *Enquêtes et statistiques*, en ligne : <<https://www.fondationalphabetisation.org/analphabetisme-les-causes/enquetes-et-statistiques/>> (consulté le 5 mars 2021).

¹⁷¹ R. ENGLER rapporte que passivité et impartialité sont souvent associées, préc., note 10, p. 372.

désavantage des JNR peu rompus au droit et au processus judiciaire¹⁷². Dans ce contexte, la non-représentation d'une partie constitue un avantage pour l'autre partie, surtout si elle est représentée¹⁷³, contrevenant directement à l'équité¹⁷⁴ et à l'impartialité¹⁷⁵. C'est pourquoi, lorsqu'en présence de JNR, les tribunaux devraient plutôt opter pour un rôle proactif par lequel ils s'assureraient que l'ensemble des preuves pertinentes et des arguments ont été soumis à leur attention de manière à disposer de l'ensemble des éléments essentiels à la prise de décision¹⁷⁶, suivant les principes de l'équité. C'est ce qu'affirment par exemple des juges anglais lorsqu'ils confient avoir abandonné le rôle d'« arbitre neutre » (*neutral arbiter*) pour celui de « défenseur neutre » (*neutral advocate*)¹⁷⁷. Ce rôle proactif ne met en cause ni l'impartialité ou l'apparence d'impartialité des tribunaux ni les devoirs déontologiques des juges¹⁷⁸, puisqu'il leur permet au contraire de se protéger des risques de prendre des décisions mal fondées¹⁷⁹. En s'appuyant sur

¹⁷² « Self-represented litigants encounter an array of challenges within our legal system. Where they cannot understand and apply legal principles or navigate legal processes, self-represented litigants are at a distinct disadvantage compared to represented parties. Passive adjudication can perpetuate that disadvantage. »: Michelle FLAHERTY, « Self-Represented litigants, Active Adjudication and the Perception of Bias: Issues in Administrative Law », (2015) 38:1 *Dalhousie L. J.* 120, 125.

¹⁷³ « Attorneys have historically used the issue of potential breach of the duty of impartiality to oppose anything other than the bare minimum of judicial assistance to SRLs, thereby maintaining their advantage in litigation »: Jona GOLDSCHMIDT, « Judicial Ethics and Assistance to Self-represented Litigants », (2007) 28-3 *The Justice System Journal* 324, 325. Voir également : R. MOORHEAD, préc., note 10, 417.

¹⁷⁴ « [T]he notion of a fair trial, fundamental to our legal system, is undermined to the extent that the legal outcome depends on whether the litigants have mastered legal rules and processes rather than whether their case has merit. »: M. FLAHERTY, préc., note 9, p. 8.

¹⁷⁵ « [A] system that favors those with lawyers over those without lawyers, without regard to the applicable law and the facts of a case, is a partial (rather than impartial) system. To avoid having a system that penalized those without lawyers, the courts in general, and judges specifically, must be prepared to play an active role to maintain the system's impartiality [...]. »: R. ENGLER, préc., note 10, p. 385. Voir également R. MOORHEAD, préc., note 10, 405.

¹⁷⁶ R. ZORZA, préc., note 18.

¹⁷⁷ R. MOORHEAD et M. SEFTON, préc., note 163, p. 261. Voir également J. GOLDSCHMIDT, préc., note 13, p. 48-51.

¹⁷⁸ J. GREACEN, préc., note 23, p. 664.

¹⁷⁹ « Without the additional facts that active judicial involvement brings to light, judges are at risk of making wrong decisions »: JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA, *Handling Cases Involving Self-Represented Litigants: a Benchguide for Judicial Officers*, San

les développements jurisprudentiels en matière d'égalité réelle¹⁸⁰, selon lesquels « un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités »¹⁸¹, Michelle Flaherty propose de penser l'impartialité réelle (*substantive impartiality*) comme le moyen pour les parties d'accéder à un procès équitable par un traitement pas nécessairement identique, mais adapté à leur réalité¹⁸².

Le Conseil de la magistrature de Californie a publié un guide de bonnes pratiques concernant le rôle proactif des tribunaux en présence de JNR. En plus d'aborder des questions comme celles de la neutralité et des devoirs déontologiques, le guide propose des outils pratiques en matière de communication, de preuve et de gestion d'instance. Il invite également les juges à s'assurer qu'aucun enjeu n'est oublié et que la preuve est complète, à répondre aux questions des JNR concernant la procédure et les termes juridiques et à identifier les situations où l'anxiété nuit à la participation des JNR pour proposer de suspendre au besoin¹⁸³. Le guide promeut une meilleure compréhension de la non-représentation en discutant des situations personnelles qui l'expliquent, des défis auxquels les JNR doivent faire face à la cour de même que de l'importance des enjeux personnels qui s'y jouent, invitant les tribunaux à se mettre à leur place, notamment pour déconstruire l'image négative des JNR entretenue dans la communauté juridique¹⁸⁴ :

It may be difficult for judges and court staff, who are very familiar with the courtroom setting and court procedures, to appreciate the anxiety that many litigants experience in a courtroom. The setting is designed to be formal and

Francisco, 2019, p. 2-3. Soulignons que l'état du Massachusetts a également élaboré son guide des meilleures pratiques: GOUVERNEMENT DU MASSACHUSETTS, *Judicial Guidelines for Civil Hearings Involving Self-Represented Litigants*, 2006. Voir également: THE SELF-REPRESENTED LITIGATION NETWORK, *Best Practices in Court Based Programs for the Self-Represented: Concepts, Attributes, Issues for Exploration, Examples, Contacts, and Resources*, 2008; J. GOLDSCHMIDT, préc., note 19, p. 632.

¹⁸⁰ Voir l'approche retenue par la Cour suprême du Canada en matière d'égalité (art 15(1) de la Charte canadienne): *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 164; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483.

¹⁸¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *id.*

¹⁸² M. FLAHERTY, préc., note 9, p. 9. R. MOORHEAD et M. SEFTON parlent de « substantial justice », préc., note 163, p. 261.

¹⁸³ JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA, préc., note 179.

¹⁸⁴ J. GOLDSCHMIDT, préc., note 173, p. 326.

austere, to reinforce the court's authority. The language and procedures are totally foreign to any other setting in which litigants typically find themselves. Many court matters are of significant consequence to the participants, with the potential to change the course of their lives. For litigants, not knowing exactly what to expect, trying to keep in mind the key points to bring to the judge's attention, trying to anticipate the tactics and statements of the opposing party, and having fears about the outcome of the hearing contribute to potentially very high states of anxiety. Even lawyers have been known to forget basic facts because of high stress levels, so imagine how much worse it is for self-represented litigants appearing in court for the first time on a matter of key importance to their lives.¹⁸⁵

Le rôle proactif du tribunal constitue donc ici plus que de l'assistance en plus de s'appuyer sur les connaissances existantes sur la situation des JNR et leurs besoins spécifiques. En plus de la collecte de preuve et d'arguments, il s'agit, en s'inspirant des principes de l'égalité réelle, de créer les conditions favorables à la participation des JNR au processus judiciaire dans l'objectif de permettre l'expression équitable des points de vue de toutes les parties.

*
* * *

L'étude de la jurisprudence sur l'obligation d'assistance au Québec démontre que, bien qu'une série de mesures puissent être prises par les tribunaux pour assister les JNR, le fait qu'elle soit à « géométrie variable » en affaiblit grandement la portée, rendant l'assistance effective incertaine. C'est ce que confirme une étude de terrain menée par le moyen d'observations d'audiences à la Division des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec et à la Division des petites créances de la Cour du Québec¹⁸⁶.

¹⁸⁵ JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA, préc., note 179, p. 6-19.

¹⁸⁶ Les observations ont eu lieu dans le district judiciaire de Montréal durant l'automne 2014 et l'été 2015 dans le cadre du projet « Seul devant la justice » financé par le FQRSC. Une partie de ces observations ont été réalisées dans le cadre d'un terrain exploratoire visant à déterminer le lieu et les modalités d'une ethnographie judiciaire portant sur la réalité des JNR à la cour et qui a fait l'objet d'une publication : Emmanuelle BERNHEIM, Richard-Alexandre LANIEL et Louis-Philippe JANNARD, « Les justiciables non représentés face à la justice : une étude ethnographique du Tribunal administratif du Québec », (2018) 39 *Revue des affaires sociales et juridiques de Windsor* 67. Il est ici question à la fois du terrain exploratoire et de l'ethnographie judiciaire. Nous avons passé en tout une centaine d'heures en salle d'audience : dix jours en salle

Ainsi, alors que certains juges commencent les audiences en expliquant dans un langage vulgarisé le déroulement, notamment les tours de parole, le fardeau de preuve, la nature de la preuve et des arguments, d'autres ne donnent aucune explication et s'expriment dans un langage technique. L'absence d'explication sur le déroulement de l'audience a régulièrement comme conséquence des incompréhensions et des incidents comme des interruptions de la part des JNR qui veulent rectifier des faits ou donner leur avis sur les prétentions de l'autre partie, ou encore présenter de la preuve au moment des plaidoiries. Dans ces situations, les juges interviennent parfois sans plus d'explication, comme ce juge de la Division des petites créances qui intime « Be quiet ! » à un JNR pendant le témoignage de l'autre partie, ou encore un juge administratif qui se contente d'affirmer que « la preuve est close ».

Par contraste, lorsque les juges informent les JNR dès le début de l'audience, celle-ci se déroule généralement mieux. En effet, le fait que les parties non représentées n'arrivent pas à suivre le débat judiciaire ajoute au stress inhérent au fait d'être à la cour¹⁸⁷ et donne lieu à la manifestation d'émotions parfois incontrôlables, telles que des pleurs, des tremblements, voire des excès de colère. Dans ces situations, les JNR verbalisent parfois qu'ils trouvent la situation « injuste », qu'ils se sentent « piégés », voire qu'ils ont un « mauvais *feeling* » ou « l'impression qu'ils vont perdre ».

Il faut dire que les juges qui prennent la peine d'informer les JNR du déroulement de l'audience sont souvent plus enclins à répondre aux questions et à donner de l'information en cours d'audition. Ils vont par exemple suspendre l'instance pour aller chercher la traduction des articles de loi applicables, expliquer et réexpliquer les critères de la responsabilité civile,

d'audience, soit environ 50 heures d'observation, dont 15 en binôme, pour un total de 40 dossiers et 17 juges différents à la Division des petites créances de la Cour du Québec et 15 jours en salle d'audience, soit une cinquantaine d'heures d'observation, dont dix en binôme, pour un total de 41 dossiers et 25 bancs différents de juges, dont cinq juges siégeant seuls à la Division des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec (TAQ). Nous avons pu, lors de ces observations, avoir des échanges informels avec juges, avocats et parties.

¹⁸⁷ L'absence de compréhension du déroulement des audiences est en soi une source de stress supplémentaire: J. MACFARLANE, préc., note 1, p. 96. De manière générale, le manque « d'information, d'aide et d'orientation » dans le cheminement judiciaire est « émotionnellement taxant » et source « [d']anxiété, [de] peur, [de] frustration, [de] découragement et [de] stress »: ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice une invitation à l'imagination et à l'action*, Ottawa, 2013, p. 22.

demander aux JNR de leur «expliquer leur compréhension du litige», prendre le temps de reformuler dans un langage courant les positions des deux parties. Ils évitent de mettre de la pression sur les parties, restent calmes et affirment par exemple «prenez-votre temps, on est pas pressés»¹⁸⁸. Pour un juge observé à la Division des petites créances, lorsqu'il y siège il «enlève [s]on chapeau de juge pour mettre celui de conciliateur».

Les observations ont permis de constater une différence importante entre la dynamique qui prévaut à la Division des petites créances de la Cour du Québec et à la Division des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec. À la Division des petites créances, bien que les juges portent la toge, le niveau de formalisme est généralement moindre : les juges peuvent mener des interrogatoires, accepter le dépôt de nouvelles preuves séance tenante et permettre aux parties de rester assises. Au Tribunal administratif du Québec, des avocats représentent les autorités administratives et leur présence fait toute la différence lorsque les juges sont passifs, ce qui est souvent le cas. Par exemple, si les avocats se lèvent pour s'adresser aux juges, les JNR feront de même; s'ils restent assis, les JNR également. Les avocats utilisent bien souvent un vocabulaire technique sans l'expliquer, tenant les JNR à l'écart des débats. De même, ils opposent régulièrement des arguments formalistes lorsque les JNR sont préparés et présentent des arguments cohérents, par exemple l'exigence que des documents soient produits en preuve en bonne et due forme, des objections liées à l'admissibilité d'éléments sur lesquels s'appuient les JNR lors de leurs représentations ou à la forme des questions posées en contre-interrogatoire. Dans ces situations, certains juges interviennent et donnent leurs propres instructions, mais la majorité se montre réservée et laisse les avocats mener le débat.

Ces observations permettent de tirer trois constats. D'abord, elles mettent en lumière l'incertitude dans laquelle se trouvent les JNR lorsqu'ils se préparent à une audience judiciaire, puisqu'ils ne peuvent anticiper si et comment l'obligation d'assistance sera mise en œuvre. Ensuite, le fait que les juges soient proactifs – donnent de l'information claire et précise, posent et répondent aux questions, se montrent compréhensifs – a une incidence sur le cours des audiences non seulement en termes de stress pour les JNR,

¹⁸⁸ Soulignons que nous avons constaté que les rôles sont généralement très chargés, les audiences étant planifiées aux heures tant au TAQ qu'à la Division des petites créances. Les juges disposent donc de peu de temps pour mener chaque audience.

mais aussi de clarté du débat judiciaire¹⁸⁹. Ainsi, il apparaît que des juges proactifs permettent aux parties de présenter l'ensemble de leurs preuves et leurs arguments. Finalement, le fait que la partie adverse soit représentée modifie généralement substantiellement le cours des audiences et exige une vigilance accrue de la part des juges pour éviter la technicisation et la formalisation du débat.

Que tirer de ces constats dans un contexte où les sources législatives et réglementaires sont bien souvent muettes ou imprécises et où la jurisprudence reconnaît le caractère discrétionnaire de l'obligation d'assistance? Il apparaît que l'absence de balises claires crée de l'incertitude non seulement pour les JNR mais également pour les juges, qui ne savent pas toujours comment ou jusqu'à quel point il est possible d'assister les JNR. C'est ce que laisse penser la consultation de la jurisprudence de la Cour d'appel alors qu'il est parfois reproché aux juges de première instance, par des parties adverses de JNR, de les avoir trop assistés, ou, par les JNR eux-mêmes, de ne pas les avoir suffisamment assistés. C'est également ce que confirme un juge observé à la Division des petites créances lorsqu'il raconte l'histoire d'un défendeur «incapable de comprendre qu'il devait produire un document qui s'appelle 'une réponse' dont le seul but c'est de permettre à la Cour et à l'adversaire de savoir que la personne s'intéresse à se défendre». Sans réponse écrite, les tribunaux peuvent condamner les défendeurs par défaut. Le juge relate comment, lors de diverses étapes procédurales, le défendeur a confirmé vouloir contester sans jamais produire le bon formulaire¹⁹⁰. Il a donc décidé de convoquer les parties à une conférence de gestion et a joint à la convocation le formulaire de réponse rempli. Il nous confie cependant se questionner sur la nature de ce geste : est-ce un conseil juridique? « Si je n'avais pas fait ça, il serait venu à l'audition sans avoir fait cette procédure et j'ai pensé: 'est-ce que j'ai le droit de le remplir pour lui?' Mais en fait, qu'est-ce que je remplissais? Je remplissais le nom des parties et l'adresse pour fin de signification et j'ai confirmé ce qu'il avait déjà dit à plusieurs juges: 'j'ai l'intention de contester la cause'. »

¹⁸⁹ Voir GREACEN ASSOCIATES LLC FOR THE SELF-REPRESENTED LITIGATION NETWORK, *Effectiveness of Courtroom Communication in Hearings Involving Two Self-Represented Litigants*, National Centre for State Courts, 2008.

¹⁹⁰ Pour une étude sur les difficultés de compréhension liés aux formulaires, y compris celle de savoir lesquels utiliser voir Amy SALYZYN, Lori ISAJ, Brandon PIVA et Jacquelyn BURNETT, « Literacy Requirements of Court Documents: An Under-Explored Barrier to Access to Justice », (2017) 33-2 *Windsor Y. B. Access Just.* 263.

Il semble que des règles précises comme celles préconisées par le Conseil de la magistrature de Californie dans son guide de bonnes pratiques peuvent offrir à la fois des balises claires aux juges ainsi qu'une base utile au développement d'une réflexion structurée sur le rôle des tribunaux et de la justice au Québec qui s'avère de toute évidence nécessaire. L'incertitude que provoque l'absence de balises en matière d'obligation d'assistance, l'inconsistance des pratiques et les conséquences de l'absence d'assistance sur le déroulement des audiences et sur la capacité des parties à présenter leurs preuves et leurs arguments ont en effet deux importantes conséquences. D'abord, elles entravent la possibilité de prévoir le déroulement et l'issue des procédures, ce qui compromet la sécurité juridique des JNR¹⁹¹; ensuite, elles nuisent à la capacité des tribunaux d'assumer leur rôle de gardiens de l'équité des procédures.

En plus de l'incidence de cette situation sur « l'image de la justice »¹⁹², rappelons que l'obligation d'assistance touche spécifiquement les parties les plus démunies aux plans économique, culturel et social. Il s'ensuit que, dans un contexte où les services juridiques sont particulièrement difficiles à obtenir au Québec, l'absence de règles claires et connues de tous en matière d'obligation d'assistance des tribunaux a un effet structurel qui s'ajoute à celui des inégalités sociales¹⁹³.

Il apparaît donc tout à fait opportun de se demander si la réserve et la passivité permettent toujours aux tribunaux, dans un contexte où les avocats sont moins systématiquement présents, d'assumer leurs fonctions sociales et juridiques. Il s'agit ainsi de se demander plus fondamentalement de quelle justice veut-on au Québec, et surtout, pour qui?

¹⁹¹ Sur la sécurité juridique en droit canadien, le lecteur lira avec profit Martin NADEAU, « Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien : les pistes du droit européen », (2009) 40 *RDUS* 511. Voir également : Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, LGDJ, 2009.

¹⁹² *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, 655.

¹⁹³ Dans un contexte où ces inégalités mettent en jeu l'accès à la représentation mais aussi à d'autres mesures visant à assurer l'accès à la justice : J. BAILEY, J. BURKELL et G. REYNOLDS, préc., note 8, p. 182. Voir aussi ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, préc., note 187; Trevor C. W. FARROW, Ab CURRIE, Nicole AYLWIN, Les JACOBS, David NORTHRUP et Lisa MOORE, *Everyday Legal Problems and the Cost of Justice in Canada: Overview Report*, Toronto, Canadian Report on Civil Justice, 2016, p. 3-6.