

## **BIBLIOGRAPHIE COMMENTÉE – ANNOTATED BIBLIOGRAPHY**

Cléa Iavarone-Turcotte  
Astrid Daigneault-Guimond

Copie de travail – *Draft*

4 mai 2011 – May 4th, 2011

<b>I.</b>	<b>RITUELS JUDICIAIRES</b>	2
A.	AUSTRALIE .....	2
B.	CANADA .....	4
C.	ÉTATS-UNIS .....	29
D.	FRANCE .....	71
E.	IRLANDE .....	117
F.	ROYAUME-UNI .....	118
G.	AUTRE .....	125
<b>II.</b>	<b>VIDÉOCONFÉRENCE</b>	126
A.	AUSTRALIE .....	126
B.	CANADA .....	127
C.	ÉTATS-UNIS .....	135
D.	FRANCE .....	158
E.	ITALIE .....	162
F.	SLOVÉNIE .....	164
G.	AUTRE .....	165
<b>III.</b>	<b>RÔLE DU TÉMOIN</b>	165
A.	AUSTRALIE .....	166
B.	CANADA .....	166
C.	ÉTATS-UNIS .....	172
D.	ROYAUME-UNI .....	180
<b>IV.</b>	<b>MÉGA-PROCÈS</b>	182
A.	CANADA .....	182
B.	ÉTATS-UNIS .....	184
C.	ROYAUME-UNI .....	188
<b>V.</b>	<b>PROJET JUSTIN (COLOMBIE-BRITANNIQUE)</b>	188
<b>VI.</b>	<b>PREUVE ÉLECTRONIQUE</b>	191
<b>VII.</b>	<b>TAUX DE LITIGIOSITÉ</b>	193
<b>VIII.</b>	<b>RÉSISTANCE AU CHANGEMENT</b>	195
<b>IX.</b>	<b>AUTRE</b> .....	199

## I. RITUELS JUDICIAIRES

### A. AUSTRALIE

- **Martin KRYGIER, «Law as Tradition», (1986) 5 *Law and Philosophy* 237.**
  - «ABSTRACT: This essay argues that to understand much that is most central to and characteristic of the nature and behaviour of law, one needs to supplement the 'time-free' conceptual staples of modern jurisprudence with an understanding of the nature and behaviour of traditions in social life. The article is concerned with three elements of such an understanding. First, it suggests that traditionality is to be found in almost all legal systems, not as a peripheral but as a central feature of them. Second, it questions the post-enlightenment antinomy between tradition and change. Third, it argues that in at least two important senses of tradition, the traditionality of law is inescapable.»
- **David TAIT, “Popular Sovereignty and the Justice Process: Towards a Comparative Methodology for Observing Courtroom Rituals”, *Contemporary Justice Review*, 2001, Vol. 4(2). Pp. 201-218.**
  - Il s'agit d'une étude comparative des rituels de justice observables dans deux «jury trials» (droit criminel) (Paris et Liverpool) et deux «guardianship hearings» (droit civil) (Paris et Melbourne), dans le but de développer une méthodologie pour observer, consigner et comparer les espaces de cour et les pratiques judiciaires (p. 202), et dégager de celles-ci, entre autre, les expressions de la souveraineté (p. 205). Selon l'auteur, le procès tient d'une cérémonie (p. 201).
  - L'auteur souligne d'abord que les cours de justice, comme les autres bâtiments publics, portent une signature de l'autorité (p. 202; référence omise). Il existe donc une relation entre les formes d'autorité (régime autoritaire, populaire, etc.) et leur représentation dans les bâtiments (p. 202). Quant aux rituels judiciaires, l'auteur mentionne que ceux-ci ont mauvaise presse dans les études de langue anglaise (p. 203; voir les études citées). Or, cette littérature critique sans donner d'alternatives (p. 203). D'autres auteurs ont une approche davantage positive des rituels, l'auteur citant sur ce point la thèse de Garapon (p. 203) et celle de Goffman (p. 203-204). Pour l'auteur, ces deux auteurs ont une approche des rituels dérivée de Durkheim (p. 204); «Both emphasize the way rituals are social practices that create or reproduce social order, produce identity (as citizens or members of a community), and provide a religious or transcendent dimension to life.» (p. 204).
  - Selon Tait, «(...) symbolism and space are amenable to rational intervention and reform. We need to fill public life with new, more democratic symbols that resonate with contemporary understandings (see

Tait, 1994, p. 322); courts should be re-configured to embody more fully the will of the sovereign people.» (p. 203)

- Au plan des liens entre architecture et procédés judiciaires, l'auteur rapporte la thèse de Katherine Fisher Taylor, dont l'ouvrage est inclu à la présente bibliographie (p. 204-205).
- Pour l'étude comparative comme tel, nous référons le lecteur aux pages 206 à 215. Cette étude a permis à l'auteur de conclure que :

«The ways of recording and coding sovereignty that were identified included:

  - dispersal or concentration of power in the visible court process;
  - the different expressions of state power represented in the process;
  - roles played by lay decision-makers and non-professional participants;
  - lines of engagement between participants (participation around a circle, confrontation across an evidence table, exclusion behind talking backs);
  - physical center of court (around central well, table or row of benches);
  - ways of using light and associating light with justice;
  - dispersal or concentration of power in the backstage part of the judicial process;
  - status accorded the defendant or protected person in the hearing: as silent or voluble, as bystander or active participant, at the back of the action or visually included in the circle; and
  - public participation in the process, as decision-makers, as members of an audience or as *partie civile*. » (p. 216)
- L'auteur poursuit en notant que la démocratie ne s'exprime pas dans la même mesure dans toutes les formes de configurations spatiales (p. 216; par exemple celle du cercle par rapport à celle du triangle). L'auteur est également conscient que les formes que prend la souveraineté sont souvent complexes et ambiguës (p. 216), et que plusieurs expressions de cette souveraineté peuvent coexister et, donc, soutenir plus d'une interprétation (p. 216). L'auteur souligne finalement que l'étude comparative menée à aussi permis de voir ce qui n'est pas visible, autrement dit to « identify features of the process that are not visible or not apparent in the other system » (p. 216).

- **Kieran TRANTER, «Terror in the Texts: Technology-Law-Future», (2002)  
13-1 Law and Critique 75.**

- «ABSTRACT: This paper is concerned with law's failure and need to manifest the essentiality of technology for the West. This will be shown through a critical reading of the related fictional and juridical projects of American golden age science fiction and space law. This analysis involves

sensitivity to the terrors that bind together technology, law and the future. It is argued that cornucopia, the victory of modernism through technology, is presented in science fiction and space law as terrorised by its other – dystopia. This terrorising means that cornucopia actively resists dystopia. However, this resistive enterprise is flawed – cornucopia never escapes dystopia. Alternative images of humanity and technology are needed to escape these flawed imaginings of the West. The paper concludes that the cyborg offers the potential for a regenerative thinking about technology and law.»

## B. CANADA

- **Louise I. BEAUDOIN**, «**La Cour supérieure tranche: La toge reste de rigueur**», (2002) 34-15 *Journal du Barreau*. En ligne, Barreau du Québec: <http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol34/no15/toge.html>
  - Sur la validité de la règle de pratique de la Cour supérieure imposant le port de la toge. Le juge maintient le rituel que constitue le port de la toge, mais n'explique pas son fondement profond; il se contente de valider cette pratique au moyen d'arguments de droit.
  - Ce texte est jugé non pertinent par Nicolas, puisqu'il s'intéresse à un rituel judiciaire (le port du «costume judiciaire») qui ne sera pas touché par un éventuel virage technologique.
- **Jean-Guy BELLEY**, «**Une justice de la seconde modernité : proposition de principes généraux pour le prochain Code de procédure civile**», (2001) 46 *R.D. McGill* 317-372.
  - Cet article n'aborde pas les rituels judiciaires en tant que tel (d'où l'absence de résumé), mais s'intéresse aux fondements de la procédure civile québécoise, d'où son insertion à la présente bibliographie. Résumé figurant au début de l'article :

**Résumé** : «La révision du Code de procédure civile du Québec nécessite non seulement un examen des règles relatives à l'organisation des tribunaux et à la conduite des procès, mais également une réflexion critique sur les principes fondamentaux du système général de la justice civile.

L'histoire, l'analyse économique et la sociologie du droit révèlent les changements considérables de la justice civile au XXe siècle : une nouvelle dynamique des rapports entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs étatiques ; l'accentuation des revendications pour une justice à la fois plus efficace et plus symbolique ; la multiplication des modes d'exercice légitime du rôle judiciaire ; le développement d'une conception moins aristocratique de

l'institution judiciaire ; et une gestion de plus en plus bureaucratique et technocratique de l'organisation judiciaire.

Comme la société en général, la justice civile est parvenue au stade de la modernité avancée ou seconde. Elle requiert de nouveaux principes fondamentaux qui découleront d'une théorie générale favorisant un droit sociétal et réflexif, en rupture avec le droit purement étatique et souverain de la première modernité. L'auteur préconise une configuration générale du système de la justice civile basée sur la décentralisation (développement de la justice non étatique), la coordination (interdépendance des procédés de négociation, de médiation et d'adjudication) et le contrôle principalement procédural de la qualité des procédés de justice. Cette proposition est exposée sous la forme d'une liste de principes pouvant être intégrés à une éventuelle codification.»

- Les sections les plus susceptibles de présenter un intérêt sont la partie I. 2, «L'affirmation des valeurs», où l'auteur aborde la «fonction symbolique de dire le droit» (p. 11 et ss.): «Les symboles et les croyances dont le droit se veut une expression aussi forte et cohérente que possible ont, en effet, pour fonction de réconforter la psychologie collective dans l'image idéale qu'elle s'est faite d'elle-même et qu'elle souhaite conserver (...). (...) Les juges doivent faire profession d'artisans soucieux de préserver la mythologie collective.» (p. 11). Cette fonction est surtout l'affaire des instances supérieures où l'on observe une «gravité du cérémonial judiciaire» (p. 12).

- Pierre BOSSET, *Les symboles et rituels religieux dans les institutions publiques*, document adopté à la 445<sup>e</sup> séance de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse tenue le 5 novembre 1999 (résolution COM-445-3.1), Québec, Direction des communications de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 1999, 19 pages. En ligne : <http://www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/religieux.pdf>.

- Sur le religieux dans les institutions judiciaires, voir texte suivant pages 6 et 7 :

«En 1929, l'ancien Code de procédure civile fut modifié de façon à permettre la prestation du serment face au crucifix, la main levée, et non plus seulement sur la Bible. Ces deux façons de prêter serment furent conservées dans le nouveau Code, obligeant l'administration judiciaire à équiper les salles d'audience de bibles et de crucifix.

En 1986 toutefois, la référence au crucifix et à la Bible fut abandonnée. La prestation du serment fut définitivement dépouillée de tout caractère religieux le 1er janvier 1994, avec l'entrée en vigueur du nouvel article 299 du Code de procédure civile, lequel définit le serment comme

l'affirmation solennelle de dire la vérité. L'affirmation solennelle est ainsi devenue l'unique façon de prêter serment en matière civile. Les bibles ont de ce fait disparu des salles d'audience, sans que le crucifix, lui, disparaîsse tout à fait. En effet, si l'aménagement des palais de justice construits après 1986 exclut désormais la présence de crucifix, le retrait de ceux fixés dans les immeubles plus anciens se fait uniquement à l'occasion d'un réaménagement ou d'une rénovation. Le maintien de ces crucifix tient toutefois seulement de la tradition, puisque leur raison d'être, soit de permettre la prestation d'un serment devant Dieu, n'existe plus dans la procédure civile québécoise.» (références omises)

- Jean Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986.
  - Cet ouvrage n'aborde pas les rituels judiciaires en tant que tel (d'où l'absence de résumé), mais s'intéresse aux fondements historiques de la procédure civile québécoise, d'où son insertion à la présente bibliographie.
  - Retenu sur la base du passage suivant tiré de l'article de Pierre Noreau (« La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile », (1999) 40 *Les Cahiers de Droit* 33.), ci-dessous abordé. Il semblerait que cet ouvrage retrace l'origine, le pourquoi de certaines règles de procédures québécoises :

«Ces principes sacrés que l'on défend [les rituels judiciaires] perdent soudain leur origine humaine ; on oublie qu'ils n'ont pas toujours existé et que, lors même que l'on en a perdu l'origine humaine, ils répondaient souvent à un besoin très ponctuel dont il faut interroger la pérennité. Il se révèle alors fréquemment que telle disposition procédurale a été le fruit d'une improvisation édifiée en système à la faveur d'un rapport de force favorable ou qu'elle a tiré profit d'une pratique iconoclaste, tolérée parce qu'elle était utile, élevée au rang de règle de pratique ou de règle de preuve.» (p. 36)

P. Noreau insère quant à ce paragraphe la note suivante : «Sur les compromis qui président à l'établissement du *Code de procédure civile*, lire : J.M. BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986.»
- Élise BRUNET, «Keeping Tabs on Courtroom Neckwear», (May/June 1998) *Ontario Lawyers Gazette*.
  - «Two little pieces of white fabric. All lawyers have worn them at least once in their professional life. Their function is not evident, but in their starched neatness they do make a nice contrast with a barrister's waistcoat

and gown. It has been suggested that they represent the Old and New Testaments or the tablets of the Ten Commandments and are thus a humbling reminder of the responsibilities of judges and lawyers. Tabs or bands, as they are sometimes called, may be the most unassuming part of a lawyer's attire, but their genealogy rivals that of scions of the best families.» (p. 1)

- Ce texte porte sur le rituel que constitue le port du rabat par les avocats. Il est jugé non pertinent par Nicolas, puisqu'il s'intéresse à un rituel judiciaire qui ne sera pas touché par un éventuel virage technologique.
- **The Honourable Colin L. CAMPBELL**, «*Reflections on Proportionality and Legal Culture*», (2010) 28-4 *Advocates' Soc. J.* 4.
  - «The purpose behind the reforms is to reduce the time and cost associated with civil litigation and to promote greater access to justice. To the minds of many, including the author, the Rule revisions will achieve success only if at the same time there is an accompanying change in the prevailing legal culture.» (p. 1)
  - **Paragraph 4 :** *Legal culture is a broader concept than professionalism. Lawyers can advocate zealously (but civilly) on behalf of their clients and pay little significant attention to the time or cost to their clients associated with their actions.*
  - **Paragraph 11 :** *There is now a general acceptance that there are problems with the civil justice system, at least in the common law world. The question now is, are rules enough? Do attitudes have to change as well?*
  - **Paragraph 13 :** *In Ontario, what is known in a number of forms as alternative dispute resolution (ADR) and formalized arbitration are but two growth areas that continue to increase while the number of civil trials declines. The same phenomenon is found in most provinces of Canada, the United States and the rest of the common law world.*
  - **Paragraph 16 :** *That the restoration of a vibrant and effective civil justice system requires more than "new" rules; it requires a change both in some traditions of the legal profession and of the wider culture in which civil litigation is conducted. This includes clients and the judiciary.*
  - **Paragraph 26 :** *The operation of a **legal culture** may be described in the legal literature that outlines how legal rules ought to work in theory and how they actually function in practice. A legal culture may also develop in response to social values that are attributed to law, for example,*

*rendering the operation of law efficient, comprehensible, or fair. A legal culture may be described in attitudes towards law, such as the attitudes of the international business community to the cost, impartiality and reliability of national courts of law, or the attitudes of politicians to the regulation of international business through domestic legislation. Typifying social attitudes to the operation of law is William Slate's depiction of American lawyers as litigious. A legal tradition is conceived more narrowly than a legal culture and in some measure is a subset of that culture. Identifying a legal tradition includes analysing the source, development and operation of a legal system itself.*

- Frédéric CHARRETTE, « Du formalisme procédural : une critique de l'article 2 du Code de procédure civile », (1994) 39 *R.D. McGill* 263.

- «ABSTRACT : L'article 2 du Code de procédure civile est au cœur du droit procédural québécois. Il édicte le principe qui doit guider l'interprétation de l'ensemble des règles de procédure en enchaînant l'adage "le fond emporte la forme". L'auteur propose une analyse approfondie et critique de l'article 2, la première à avoir jamais été faite.

Dans un premier temps, l'auteur s'intéresse à la sémantique de l'article 2. Il cerne la nature des règles procédurales et analyse leur relation avec les règles de droit substantif pour conclure à l'unité essentielle des règles juridiques, qu'elles régissent la forme ou le fond du droit. L'auteur se penche ensuite sur l'objet de la procédure civile et constate les liens étroits qui l'unissent au **rôle du procès** dans toute société. L'auteur soutient que l'article 2 inscrit dans le droit québécois une conception du procès soucieuse surtout de la recherche de la vérité et visant à assurer l'hégémonie du droit substantif, au détriment des règles procédurales et de la recherche d'une solution définitive du litige. Cette conception tend à contredire le principe fondamental de la primauté du droit, tel qu'entendu dans sa forme traditionnelle.

Dans un deuxième temps, l'auteur examine la pragmatique de l'article 2, c'est-à-dire ses **effets sur le comportement**, et soutient que cet article n'est pas en mesure de réaliser les résultats espérés, à savoir la réduction des délais et la suppression des vices de forme. En outre, l'auteur explique pourquoi d'aucuns perçoivent le formalisme procédural comme une entrave potentielle à la justice, cependant que dans le système juridique québécois, l'importance du formalisme procédural est telle que le droit substantif devrait lui être subordonné. Parallèlement à la recherche de la vérité, le législateur québécois a opté pour une conception de la justice essentiellement distributive, où le procès a pour fonction de réaliser un ordre juridique idéal promulgué par l'État.

L'auteur conclut sur les dangers inhérents à cet idéal, dans la mesure où il tend à l'abstraction et favorise **l'accroissement des injustices** vécues par les parties aux litiges. En s'attaquant au formalisme de la procédure, le législateur a erré et a négligé les maux bien plus grands encore, nés de l'inflation législative.» (p. 1)

- **Arthur J. COCKFIELD, «Towards a Law and Technology Theory», (2004) 30 Man. L.J. 383.**

- It is an analysis that considers the interplay between law and technology and the development of a Law and technology theory. In a world mediated by complex technologies, **technological developments can undermine important interest and values that the law seeks to protect.**

**Paragraph 7 :** “*As our lives become more entwined with technology, many observers assert that technology exerts more influence on our values, norms, interests and culture. For instance, one view suggests that more embedded technologies are said to be increasingly deterministic and present greater resistance to change.*”

The author looks at the impact of technology in contract law, tax laws and the right of privacy.

**Page 8:** There are two different approaches that legislators and courts use when examining the relationship between law and technology. On one hand, some legal analysts employ a forward-looking approach that considers **how the law can best protect interests and values when they are threatened by technological developments**. On the other hand, legal analysis can also be more conservative in the sense that it **emphasizes the need to follow traditional doctrine without fully taking into account how the interplay between law and technological developments can undermine interests and values**. This latter view is more closely aligned with the instrumental theory of technology that views technological developments as separated from economic, political, cultural and social processes.

**Paragraph 68 :** The principle of Technological neutrality: *Because the law strives to ensure that substantively similar activities are treated the same way, it generally operates on the basis of what could be called the principle of technological neutrality. This occurs due to the desire for law to be applied consistently to similar fact patterns that involve different technologies.*

**Paragraph 78-79 :** *Law influences and reacts to technological change: holes are patched up -- sometimes the job is done properly while, at other times, the job is botched -- and the entire process moves forward*

*seemingly inexorably to repeat itself again and again. This Part made the case that it is time to develop a theory of law and technology to be applied broadly to the entire law to generate more informed legal analysis. Three examples surrounding contracts, tax law and privacy law, show that courts and regulators are struggling with technological/legal developments with uneven results. The better approach -- the so-called liberal approach -- is to employ flexible and forward-looking analysis that broadly considers the interplay between technology and law to protect values and interests when they are threatened by technological developments. This liberal approach could involve a critical examination of the questions at the intersection of law and technology: How does the complex and non-linear relationship between law and technology affect interests that the law seeks to protect? When should the flexible legal analysis be employed to protect traditional interests from being undermined by technological developments ("law is technology")? When should law act as a catalyst for technological change to indirectly promote desired social ends ("technology is law")? In summary, given a current or anticipated technological landscape, how can legal rules ensure that values and interests are protected ("is the legal rule scientific")?*

- Jean-Philippe GARNEAU, « Le rituel de l'élection de tutelle et la représentation du pouvoir dans la société canadienne du XVIIIe siècle », dans Marie-France WAGNER et Lyse ROY (dirs), «Rituels et cérémonies du pouvoir du XVIe au XXIe siècle», (2005) 14-1 *Bulletin d'histoire politique* 45.
  - Aborde un rituel propre au droit civil, celui de l'élection de tutelle : «Moins spectaculaire mais tout aussi pertinente [que la justice criminelle], la justice civile offre un certain nombre de rituels qui gagnent à être abordés comme autant de représentations du pouvoir et de l'autorité. L'élection de tutelle, procédure judiciaire au soutien de l'ordre des familles, m'apparaît très riche à cet égard, (...)» (nous soulignons, p. 45)
  - «Envisagée comme cérémonie du pouvoir, l'élection de tutelle devient même le théâtre d'une triple représentation de l'autorité : celle du chef de ménage au sein du groupe domestique, celle du pouvoir masculin dans l'espace public, celle enfin de la puissance publique dans l'ordre monarchique.» (nous soulignons, p. 45)
  - « L'élection de tutelle possède tous les traits d'une cérémonie, même si elle tient moins du spectacle à grand déploiement que de la sociabilité ritualisée. Elle se produit en effet dans un décor particulier, selon un scénario défini, scandé par des rites. Elle met en scène un maître de cérémonie et des participants jouant des rôles bien précis. » (nous soulignons, p. 48)

- «Contrairement aux cérémonies royales, le rituel de l'élection de tutelle n'est pas destiné à instiller l'obéissance parmi les sujets, à renforcer la position de ceux qui détiennent le pouvoir politique, ou à mettre en relief les distinctions sociales. (...) La réunion des parents et amis exprime plutôt la solidarité et la concorde nécessaire à la protection des mineurs. Le rite du serment que prêtent les participants renforce symboliquement cette solidarité, à la manière des co-jureurs.» (référence omise; p. 49)
  - L'élection de tutelle est réservée aux hommes ; l'auteur y voit «l'un des plus importants traits de l'événement, la représentation du pouvoir masculin (...)» (p. 49) Elle se fait alors «l'écho de la morale patriarcale» (p. 50)
  - «Dans l'ordre symbolique, la cérémonie favorise également, au plus près des familles, la représentation du pouvoir monarchique. (...) la cérémonie illustre l'homologie entre l'autorité domestique et la souveraineté du roi (...) (p. 50). La cérémonie tisse un lien entre tuteur ou tutrice et puissance publique par le biais du serment, rite qui a la capacité de «rétablir le rapport social perturbé» (p. 50), et qui relève également dans ce contexte de l'usage politique en consacrant l'ordre établi, celui de la famille comme unité politique de la société de l'Ancien Régime. (p. 50)
  - L'auteur conclut en soulignant que selon lui, l'exemple de l'élection de tutelle est «particulièrement bien choisi pour illustrer l'importance du rituel et de la cérémonie dans la représentation quasi quotidienne du pouvoir.» (p. 52).
  - À noter que l'auteur souligne aussi, comme autre rituel propre à la justice civile, le domaine de l'exécution des jugements civils, qui «repose sur la mise en scène de la contrainte, depuis la saisie jusqu'à la vente forcée des biens sur la place publique.» (p. 53). Or, selon l'auteur, cette exécution des jugements civils, dans l'Ancien Régime, «contribue à renforcer l'autorité souveraine autant sinon plus que le châtiment des criminels.» (nous soulignons, p. 53)
- Jean-Philippe GARNEAU, « Une culture de l'amalgame au prétoire : les avocats de Québec et l'élaboration d'un langage juridique commun (tournant des XVIIIe et XIXe siècles) », 88-1 *The Canadian Historical Review* 113.
- En ligne, Project Muse :
- [http://muse.jhu.edu/journals/canadian\\_historical\\_review/v088/88.1garneau.pdf](http://muse.jhu.edu/journals/canadian_historical_review/v088/88.1garneau.pdf)
- aborde la notion de culture juridique, pas assez explorée selon auteur...

- culture juridique interne, i.e. attitudes des professionnels du droit, aurait un effet important sur les «patterns of demands of the system» (selon Lawrence Friedman, selon lequel la culture du droit est la principale variable à étudier pour comprendre comment le droit se construit et se transforme)
  - contient une bibliographie des ouvrages portant sur la culture du droit du Québec avant le Code civil du Bas-Canada (p. 118)
  - «culture juridique (...) faite de rites et d'usages, contribue tout autant à (re) produire l'institution, ses hiérarchies et ses règles (cite là-dessus : P. Bourdieu, «Les rites comme actes d'institution», (1982) 43 *Actes de la recherche en sciences sociales* 58 ; à noter que cette source, consultée, n'aborde pas le rituel proprement judiciaire, mais simplement le rituel en général). (p. 121)
  - «La réglementation sur la tenue vestimentaire, l'attitude en cours ou la présence aux réunions de la Communauté montrent, au-delà de son caractère anecdotique, une volonté d'ériger la profession en corps constitué.» (p. 129)
    - «Le vêtement, par exemple, constitue assurément l'un des attributs que la petite communauté d'avocats cherche à rendre distinctif, aux yeux de tous, pour assurer la dignité et le prestige du corps. Les procès-verbaux de l'association indiquent que « l'habit et robe noir avec rabat » est de rigueur, ainsi que le prévoit « l'article premier de la section seconde du premier chapitre des Statuts de la Communauté des Avocats.» (nous soulignons; références omises; p. 130)
  - l'importance du formalisme en droit : p. 143 (part plus importante de l'univers juridique au Québec = procédures, savoirs pratiques appris sur le tas, formules répétées,...)
- **Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Third Edition, Oxford University Press, 2007.**
- It is a study of the major legal traditions in the world. Each tradition is examined in terms of its institutions and substantive law, its founding concepts and methods, its attitude towards the concept of change, and its teaching on relations with other traditions and peoples. Legal traditions are explained in terms of multivalent and non-conflictual forms of logic and thought.

#### A CIVIL LAW TRADITION: THE CENTRALITY OF THE PERSON

- The author explains the sources of the Roman law and its creation. It was a rather gradual process that couldn't stem from pure imagination, it had to come from "institutions in which people somehow participated themselves, conferring legitimacy by the participatory character of the process". (p.128)
- In the creation of law itself, the author denotes two timeframes in which institutions were greatly developed with the objective of propelling the creation of law into another level. These two periods were characterized by the roman law and the common law. What they had in common was the way they both relied on public participation to develop the law. (p.128)
- "The law which emerged [from the Roman Empire] looks very much like life, as did the law of the Talmud". (p.129)
- The Roman law went through many changes, some of which had had a bigger effect on it than others. To only name a few, the formalization of the separation between the state and the church, the developing of canon law (thus letting civil law take a different path and differentiate itself from it). From the 11<sup>th</sup> to the 13<sup>th</sup> century, there was a broad effort in actualizing the roman law and adapting it to Europe by extracting from it the "peculiarly Roman look". This lead to the creation of a new substantive law which would later become known as the common law. (p.133)
- Historical changes made the codification of the law a possible project. Louis XIV during the 17<sup>th</sup> century had tried to centralize the creation of the law as a French Law, thus making it a national law. Napoleon in 1804 pushed through in creating the first national codification of the civil law. The movement was followed by the remaining European nations. (p.135)
- The changes occurring in the civil law were soon followed by a change in its language. Questions soon became more important than answers. The wording and phrasing used also morphed into a more of a declaratory or imperative style. (p.138)
- "In roman law there is a controlled notion of changing the law; there does not yet appear to be a notion of changing the world through law." (p.146) Hence, law was a "product of the world and its activities". (p.147) In the last three centuries, the evolution of science and law has changed this idea. The concept that you can change both the world and the law has become a preponderant aspect of positive law. (p.151)

## A COMMON LAW TRADITION: THE ETHIC OF ADJUDICATION

- "The usual way is to look at what actually happened, and the best version of this hold that a process of "judicialization" of royal disposition of

complaints to the crown occurred. First everyone came to the king, and his council, who then began referring things to the chancellor, who then began to ensure that things were properly looked at by some type of judge.”

(p.227) As this went on, the author explains that judges were seen as “professional judges” which had a different stature than then Roman ones. (p.227)

- In the more ancient system of writs, the jury had the power to decide of a case, thus making the judge a mere actor in the acceptance of the action as being encompassed by the writ (p.230). The juries were considered to be the “law-finders”. (p.231)
- The author speaks of changes in the common law that occurred. Specifically mentioning the codifying the procedure which happened over half of a century. This also meant changes in the procedure itself, affecting the writs and the forms of action. (p.242)
- Three main changes are to be noted in the common law procedure. Firstly, by eliminating the “requirement of a formal grant of a writ by the chancellor’s office to initiate an action”, the common law seemed to have opened up thus making the “right of action” more present in the law. Secondly, there was also a gradual change in the way of applying law. Since it wasn’t confined to the strict writs, the judges could apply law regardless of the cases fitting the writs perfectly. Furthermore, the juries became less used, especially in civil cases. Because the judges became the representatives of the law, it had become clear that possibilities of making mistakes in law were possible. The evolution of the common law pushed towards the creation of a court of appeal in 1875. (p.243)

- **Myron GOCHNAUER, «Oaths, Witnesses, and Modern Law», (1991) 4 *Can. J. L. & Jurisprudence* 67.**

- «This paper will analyze the nature of the oath with special attention to its obligation-generating capacity.» (p. 67; nous soulignons)
- L’origine du serment n’est pas que légale, elle est plus vaste: «The oath, or swearing to do something, is not an invention of the legal system, nor has it been wholly absorbed into the law. It can be found throughout Western history, sometimes associated with law, sometimes not, in literature, religious works, social and ethical theory, and just about every other place serious human relationships are discussed, described or portrayed.» (p. 67; développement sur le «cultural background» du serment dans les pages qui suivent : le serment au Moyen Orient d’autrefois, dans la Grèce antique, dans la Bible, chez Shakespeare, etc.).

- Selon l'auteur donc, «What we understand by swearing an oath is conditioned at least in part by the great traditions flowing from the Greeks, the Bible and various literary works, including many of the plays of Shakespeare.» (p. 71). Ces sources révèlent la fonction sociale du serment: «Although these examples from Greek literature, the Bible and Shakespeare are but a tiny fraction of the instances of the oath in our cultural heritage, their placement, use and even fame should be sufficient to convince us that the practice of swearing an oath is deep-rooted and performs an important social function.» (p. 72; nous soulignons). L'auteur parle à plusieurs reprise dans le texte du serment comme d'une institution sociale en bonne et due forme.
- Aux pages 72 et 73, l'auteur identifie quatre caractéristiques principales des exemples de serments donnés précédemment: «*First*, they involve preferences, interests, values or feelings which are, or are presumed to be, of great significance to someone affected by the content of the oath. (...) *Secondly*, they involve someone uttering words in a conventionally recognized form, sometimes accompanied by other actions. (...) *Thirdly*, the cases involve using the oath as a way of ensuring or guaranteeing that something will be the case. (...) *Finally*, the examples illustrate that the mechanism which provides the assurance is a moral one, not causal, political or supernatural.»
- L'auteur démontre que la nature profonde du serment n'est pas liée à la religion («There is a core significance to the social institution of the oath which is unrelated to religious concepts.» (p. 80); voir développement de cette idée aux pages 73 à 80)). Voir aussi le bas de la page 91.
- Prêter serment tient de l'intention de s'engager à remplir une obligation de la plus haute importance: «Swearing-to' is not a colourful way of promising. It is an undertaking which, in its essence, is designed to produce the strongest possible obligation. (...) When nothing less than the strongest commitment will do, the oath is used. That, indeed, is its primary role.» (p. 84-85) (sur cette idée, voir le second article de GOCHNAUER résumé ci-dessous). L'auteur liste les conditions nécessaires au fait de prêter serment à la page 65. Sur l'importance de l'intentionnalité, voir pages 86 et 87.
- Prêter serment peut tout aussi bien être pensé comme le fait de prendre une responsabilité: «If we stand back from the analysis for a minute and consider the place of the oath in our moral lives we can see that it functions as a kind of guarantee in which we personally commit ourselves, saying in effect, "You can count on this; I am responsible for it." *Taking responsibility* probably captures the moral sense of the oath as accurately as *undertaking an obligation.*» (p. 88). À travers cet autre prisme, les

conditions essentielles du serment sont exposées à la page 89. L'aspect «responsabilité» met en évidence la fonction sociale du serment (p. 90).

- L'auteur expose l'histoire de l'affirmation solennelle et en fait la critique aux pages 92 et ss.
- P. 93-94: «(...) the 'essential' condition of the oath is the intention to undertake the strongest possible obligation (or to make oneself as strongly responsible as possible). To intend such a thing one must, as a minimum, understand in a general way the following:
  1. What it is to have an obligation/responsibility;
  2. How one obligation/responsibility can be more important, have greater weight, or be 'stronger' than another,
  3. That in uttering the words of an oath one is undertaking an obligation or taking responsibility one did not have before; and
  4. That the responsibility or obligation undertaken by uttering the words of the oath is the strongest one could possibly undertake in the circumstances.

Without such understanding, the words of the oath are empty.»

- L'auteur aborde l'état du droit canadien quant au serment, rapportant (et dénonçant) entre autre l'interprétation qu'il reçoit en jurisprudence (p. 92 à 98).
- «The oath remains, though, an easily recognized institution in our society, and performs a role which is not out of date. As far back as we can trace the oath, it performs the social function of publicly committing the speaker to something in the strongest possible way.» (p. 99; nous soulignons)
- «The oath's long cultural history ensures that it has a relatively well understood core, as explicated in this paper. Ordinary experience suggests that the sense of an oath as a commitment of the strongest possible kind can be translated into functioning motive in the right setting. If the oath is administered "with feeling", as it were, rather than perfunctorily, it may have a real chance of influencing at least some witnesses in a positive way. The oath is taken immediately prior to testifying, so the influence of the undertaking is not dimmed by time and distance. The undertaking is in a strange and solemn setting. The act of swearing must be spoken to strangers. And the oath itself is culturally charged with mythic associations.» (p. 99; nous soulignons)
- «Psychologists and cynical practitioners may scoff at the alleged effectiveness of the oath. Perhaps they are right, and moral responsibilities are powerless in the face of motives to lie and conceal. Perhaps the only antidote to human duplicity is the threat of punishment. But the law is not *just* another instrument of 'realpolitik'. Ideally it expresses a society's

aspirations and embodies its sense of justice. The trial is a drama of justice, resonating a rich history of justice-stories with mythic and moral dimensions. The oath, with a similarly rich cultural history, contributes to the drama of justice, linking the participants to powerful mythic stories. Being a public undertaking of the strongest possible commitment, the oath also helps fill out the moral dimensions of the trial. It expresses our concern for justice and plays a role in the moral justification of the process. To discard the oath as anachronistic, allow it to become meaningless ritual, or continue to accept its trivialization at the hands of legislators and judges is to diminish the law itself. And by that we are all diminished.» (p. 100; nous soulignons)

- **Myron GOCHNAUER, « Swearing, Telling the Truth, and Moral Obligation», (1983-1984) 9 *Queen's Law Journal* 199.**

- p. 199 : le serment, comme les autres rituels judiciaires (par exemple la toge) aurait un effet psychologique bénéfique sur les témoins, en leur soulignant l'importance (le sérieux) des procédures et le respect qu'ils doivent donc leur témoigner.
- L'auteur s'attarde à démontrer la signification, le poids moral et éthique du fait de prêter serment (en retrace les origines religieuses entre autre). Selon lui, l'aspect moral du serment est négligé par la majorité des personnes. Cette prise en compte est pourtant nécessaire pour bien mesurer l'impact du remplacement du serment par l'affirmation solennelle, ce que déplore l'auteur. En effet, selon lui, l'affirmation solennelle, qui est une simple obligation morale de dire la vérité, «is not, in itself, sufficient to compel even a highly moral person to tell the truth in a specific instance». Il s'agit selon lui d'un devoir *prima facie*, pouvant entrer en conflit avec d'autres devoirs *prima facie*: «If swearing is nothing more than recognizing or undertaking the duty to tell the truth, it may be outweighed in the witness's mind by other *prima facie* duties. He may decide, for instance, that he has a duty to protect his family from scandal, or to rid the world of rapists, and that duty overweighs the duty to tell the truth.» (p. 202-203).
- Or, le serment permet selon l'auteur de s'assurer que l'obligation de dire la vérité prendra le pas sur les autres considérations qui peuvent entrer en ligne de compte quand vient le temps de témoigner. Cela s'explique par le fait que le serment est, par nature, «the strongest possible commitment», «typically taken in situations where the truth or reliability of what is about to be said is of paramount importance». (p. 203)
- Le degré d'obligation, d'engagement que suppose le serment est le plus important selon l'échelle suivante, établie par l'auteur (p. 203):

- Expression of intent
  - Expression of intent, with the knowledge that it will be relied upon
  - Promising
  - Swearing an oath
- « (...) the social practice of taking an oath has as one of its ends the creation of overriding, or at least unusually strong, duties» (p. 204). Le témoin sera plus probablement «morally impelled to tell the truth» (p. 204).
  - Selon l'auteur, si on réduit le serment à une simple obligation de dire la vérité, ce que suppose l'affirmation solennelle, «we are well on our way to missing the entire point of the oath, which was to provide a means whereby an obligation more powerful and compelling than a moral obligation could be created.» (p. 205)
- **Julius H. GREY, Geneviève COUTLÉE et Marie-Ève SYLVESTRE,**  
« Access to Justice and the New Code of Civil Procedure », (2004) 38 *R.J.T.* 711-758.
    - Cet article n'aborde pas les rituels judiciaires en tant que tel (d'où l'absence de résumé), mais s'intéresse aux fondements de la procédure civile québécoise, d'où son insertion à la présente bibliographie. Résumé figurant au début de l'article :
- Résumé:** «Cet article traite de la récente réforme du Code de procédure civile du Québec. En particulier, il étudie l'impact de la réduction des délais et de l'augmentation du formalisme procédural pour les personnes pauvres et celles de la classe moyenne pour qui les coûts judiciaires et les exigences techniques de la procédure constituent déjà un obstacle important dans l'exercice de leurs droits et libertés. Adoptant une perspective différente, les auteurs soulèvent une fois de plus les questions suivantes: quelles règles facilitent ou nuisent à l'accès à la justice? Qui bénéficie du formalisme procédural et de l'application stricte et mécanique des règles de procédure? À quels moments de notre histoire avons-nous eu tendance à adopter des règles plus formelles et pourquoi? Comment la justice serait-elle mieux servie par les règles de procédure? Tout en soulignant que le nouveau Code de procédure civile apportera un certain nombre d'améliorations, les auteurs sont d'avis qu'il aura probablement des conséquences néfastes et contribuera à la création d'un système de justice amélioré, mais accessible seulement pour une minorité. Les auteurs suggèrent des mesures visant à rendre le système québécois de justice civile plus accessible.»
- **David HOWES, «E-Legislation: Law-Making in the Digital Age», (2001) 47 *R.D. McGill* 39.**

- This article explores the law-making process as it will evolve with the appearance of digital age. Societies have gone through **oral communication**, then adopted the **textual form** with the arrival of typography and we are now entering in an **electronic form** of law making, which the author believes will be similar to the ancient oral tradition.
  - The author compares the cyberspace to a real community; with the only difference that there is no actual physical contact, yet the participants are the virtual replica of themselves in a parallel realm. He also discuss about the theory of a **cyber-village**.
  - He also explores the legislation in a digital age. Which is not only how we could regulate the cyberspace but how cyberspace will change the way we make laws. He argues that the general conception that print versions are authoritative and that their digital counterparts are not, must be change in order to welcome the digitalization of the legislation.
  - Internet culture is in many ways an oral culture with the same characteristic like the interaction, the personal and dynamic approach they both have. The author explains that there will be culture clash in the future over the communication methods and it will likely take the form of a war between adherents to the old print-based models of social and legal order and the participants in the new electronic model of social interaction.
  - **Paragraph 51:** “*Unlike oral societies, electronic societies have the means to store vast quantities of detailed information. However, the continual input of new information on the Net will make much of what is stored seem irrelevant and archaic. When the number of publications appears infinite and when texts can be electronically transmuted by readers, the traditional notion of the authority of the printed text will lose much of its influence. There will be an expectation in the postmodern cyber-village that legal knowledge will be accessible, and that it will be both communal and personal, or interactive. As in oral societies, the emphasis will be on conflict resolution that adapts standard laws to existing circumstances and norms.*”
- Daniel JUTRAS, « Culture et droit processuel : le cas du Québec », (2009) 54 R.D. McGill 273.
- Cet article aborde l'**influence de la culture au sein du droit processuel québécois**, prenant appui sur la récente réforme du Code de procédure civile. L'auteur affirme que la spécificité du droit processuel québécois réside dans la mixité de sa culture. Celle-ci résulte de la superposition de

perspectives différentes sur les **valeurs et symboles attachés au traitement des litiges** par les institutions de l'État.

- Ainsi, la culture juridique officielle se compose de trois strates : culture politique, professionnelle et normative. La culture politique du contentieux et de son économie est nord-américaine par certaines caractéristiques, telles que la marginalisation, la désacralisation, la logique marchande et les fins politiques de la justice civile. La culture des professionnels du droit s'inscrit clairement dans la culture de common law. L'approche procédurale est en effet libérale et individualiste, avec un processus contradictoire et en grande partie oral. La culture normative véhicule quant à elle une résurgence de la tradition civiliste. Le fondement identitaire à l'origine de l'inscription de la procédure civile québécoise dans une tradition d'interprétation civiliste accorde une place importante au Code de procédure civile dans l'arrimage du droit processuel au droit substantiel.
- L'auteur conclut à une pluralité des cultures au sein du droit processuel québécois, plutôt qu'à l'existence d'une culture intégrée. Il en appelle à une étude plus approfondie de l'interaction entre ces trois strates culturelles juridiques différentes.
- La culture politique et l'économie du contentieux au Québec :

**Paragraphe 13 :** Tous s'accordent à le dire : le recours aux institutions de justice civile est en déclin marqué au Québec. Malgré une augmentation de la population, le nombre de dossiers ouverts devant les instances judiciaires chute depuis plusieurs années, y compris devant la division des petites créances. Ce déclin du contentieux ne se traduit cependant pas par une réduction de la tâche des juges, qui disent qu'ils doivent maintenant traiter des dossiers plus complexes s'étalant sur un plus grand nombre de jours.

**Paragraphe 17 :** L'avocat québécois est aujourd'hui moins un officier de justice qu'un prestataire commercial de services juridiques.

**Paragraphe 18 :** Le droit se trouve placé hors de la portée des citoyens ordinaires, qui comparaissent de plus en plus sans l'assistance d'un avocat, exerçant du mieux qu'ils le peuvent leur droit de se représenter eux-mêmes.

**Paragraphe 19 :** La figure du juge passif, du juge-arbitre qui regarde de haut (littéralement) le bras de fer entre les parties, cède le pas au juge actif, spécialiste de la gestion des conflits, qui n'hésite pas à s'asseoir à la même table qu'elles pour régler les problèmes.

- La culture professionnelle du droit processuel : un air de common law en pays de droit civil

**Paragraphe 25 :** La vision traditionnelle au Québec place donc l'audience, la représentation des parties par un corps professionnel et le juge-arbitre au coeur même de ses images de la justice. Les racines de cette culture professionnelle sont profondément enfoncées dans le terreau de la common law.

- La culture normative du droit processuel : la résurgence de l'héritage civiliste

**Paragraphe 32 :** Un tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu'il l'estime opportune. À cet égard, dans le domaine de la procédure civile, le tribunal québécois ne possède pas le même pouvoir créateur qu'une cour de common law, quoique l'intelligence et la créativité de l'interprétation judiciaire puissent souvent assurer la flexibilité et l'adaptabilité de la procédure. Bien que mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation civiliste. (Extrait de la décision : Lac d'Amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743 aux para. 35, 37, 39, 204 D.L.R. (4e) 331)

**Paragraphes 33 et 34 :** Il ne s'agit pas simplement d'encadrer la création de normes jurisprudentielles en marge de la loi : il s'agit, plus généralement, de faire du Code de procédure civile un véritable code. (...) Il n'est pas certain que le texte actuel du Code de procédure civile comporte la cohérence requise pour acquérir une telle charge symbolique dans l'ordre juridique québécois. S'il est possible que cette vision prenne racine, il faudra sans doute, pour y arriver, faire une plus grande place aux principes fondamentaux ajoutés au Code de procédure civile en 2003 (la maîtrise du litige par les parties, le pouvoir de gestion du tribunal, la bonne foi des parties, la conciliation et la proportionnalité) et leur donner une véritable portée normative.

- Julie MACFARLANE, *Culture Change? Commercial Litigators and the Ontario Mandatory Mediation Program*, paper prepared for the Law Commission of Canada, 2001.

- Ce texte traite du programme de médiation obligatoire qui a été implanté en Ontario. Bien qu'il ne s'agisse pas spécifiquement de question sur les rituels judiciaires, il s'agit d'un texte intéressant, il vient d'ailleurs compléter ce que madame Karine Bates, anthropologue, était venue discuter lors de la rencontre du 4 juin 2010. On parle du caractère d'adversaire que les avocats ont développé et qui affecte leur propension à accepter les méthodes alternatives de règlements des conflits.

- **Chapter 1 : Legal practice as a barometer of change**

**Page 1:** *Lawyers are the dominant players in the adversary system and few would disagree. These agents and their professional cultures exert a powerful control over the “climate of entitlement” created by civil disputing.*

*At the same time, the lawyer’s role is itself shaped by the social and economic interests served by law including changes in economic structures (for example, corporatisation, globalisation), political climate (for example, Charter litigation) and disputing cultures. While they must adapt in order to survive, lawyers also play a critical role in legitimising new ideas and practices, and mediating between these ideas and their clients. As a result, their assimilation, acceptance, rejection, integration, or other response to alternatives to established norms of litigation practice is critical to both the practical consequences and the impact of civil justice reform and innovation.*

**Page 4:** Heinz and Laumann describe **the legal profession** as an “overdetermined social system”, arguing that it is uniquely shaped by the changing social institutions of the external world. (...) In studying the legal profession we are in effect studying the changes in social institutions, relationships and expectations that are relevant to law. Thus, adjustments and reorientations in legal practice - whether administrative, procedural, philosophical or strategic - are at least in part a response to changes in the environment and specifically, in the case of commercial litigation, changes in client demands and needs. Some of these adjustments have the potential to significantly impact the way in which litigation is conducted.

**Page 5:** *Whatever the motivation, it seems that once change has become inevitable, lawyers will embrace it. The question for this study is, if early mediation is viewed (and this is not a view shared by all) as an inevitable change in legal practice, what type of change does it represent? And what does mediation become once it is incorporated within an adversarial model of lawyering?*

**Page 6:** *The principle of “zealous advocacy” enshrined at the heart of professional codes of conduct<sup>23</sup> is thus understood as counsel’s zealous efforts to achieve a “win” for the client. This means that in preparing a case for trial, counsel must collect information that makes the rights-based case, and that inevitably this information (aces up the sleeve) becomes relatively less valuable if it is shared with the other side.*

**Page 7:** *Another key element of the adversarial lawyering philosophy is the type of lawyer/client relations that are implicated. The relationship between counsel and client in a predictive bargaining model is one of*

*(substantive) expert/ naif and this is reflected in assumptions about decision-making, judgment and autonomy.*

**Page 8:** *Local legal culture is more than simply differences in formal rules or practices, but reflects a “how we do things here” perception in relation to particular rules and practices. These perceptions arise from local expectations and assumptions (for example, an expectation that one will generally be dealing with counsel that one has previously dealt with, or not; an assumption that the judge will be flexible, or inflexible on this issue; shared mores on the urgency of case disposition, etc)*

- **Chapter 6 : Systemic changes in practice**

**Page 58:** *The net impact is that more files are settling faster; they are no longer filed away and largely inactive for months on end. There is no longer always the possibility of bringing a motion and then returning the file to the cabinet.*

**Page 61:** *These comments suggest that the experience of participating in settlements which occurred before the conventional fact and document gathering stages of litigation may have provoked some deeper and perhaps troubling reflections on what lawyers spend most of their time doing - that is, collecting factual and documentary evidence that may be critical to building the best case, but not necessarily securing the best outcome.*

- **Rodney McDONALD, Civil Justice Reform Working Group; Discussion Paper; Legal Culture, February 23, 2005.**
  - **Key topics :**  
Reform of the judicial system, Resistance to change, status quo, legal culture, British Columbia, Australia.
  - The author comments the Green Paper entitled: *The Foundations of civil Justice Reform* that looks at the crisis in the justice system due to ever-increasing cost, complexity and delays. He identifies the reasons for the crisis and some of the **barriers to change** that have to be surmounted in order to successfully reform the system in **British Columbia**. He explores the concept of legal culture generally, as well as the specific legal cultures of both common law justice system and civil law systems. It also examines ways in which legal culture might be changed.
  - **Some of the barriers identified are:** Resistance to change on the part of those inside the justice system (judiciary, legal profession, government

and court services staff). Resistance relates to the deeply entrenched legal culture that underpins our justice system;

- He describes the legal culture in British Columbia as one included in the larger culture of common law system which is often defined as adversarial.
- The key procedural elements of the common law system is :
  - Orality
  - Single climactic trial
  - Party control over the dispute resolution process
  - A belief that the best and fairest way of resolving a dispute is by a contest between competing adversaries
- A purely adversarial system would be unable to handle the volume and complexity of modern litigation. That is why many common law jurisdictions have implemented reforms such as case management and mediation.
- He examines the **role of the lawyer** and says that the advocate operated on 3 assumptions which are causing problems in the administration of justice and reduce the effectiveness of alternatives to litigation:
  1. Conflict is always normative; the source of conflict is an uncompromisable moral principle. The system promotes litigation as a dispute resolution mechanism
  2. Information is for winning. Therefore discovery is about what information can be dragged from the other side and what can continue to be concealed. Lawyers are often unwilling to negotiate until all the facts are known (after a great deal of time has elapsed and great deal of money has been spent)
  3. Legal conflicts are owned by lawyers who take possession of a problem from an unskilled client and transform it into a legal claim. This minimises the communication between lawyer and client.
- **Commercial considerations:** The practice of hourly billing has been particularly criticised for its effect on legal culture. With the competition in the profession, lawyers don't raise their rates anymore; they instead increase the number of billable hours. The result is the multiplication of delays tactics, claims brought for tactical reasons, sham defences and unnecessary motions.
- **Psychological considerations:** lawyers possess certain common personality traits that pre-dispose them toward an adversarial mindset; aggressiveness, competitiveness, insensitivity etc...

Even if lawyers see themselves as trained to fight against the other party, surveys suggests that the culture of our legal system has the potential for change, since the lawyers' attitude accepts more and more the idea of ADR

- **Role of the client:** It is very minimal in an adversary system. It is more about the popular culture and television that create an expectation of a day in court.
  - **Role of the Judge:** It is also very minimal. Does he have a passive role or not? Example of the reform in Australia: there are more active judges; they make orders independently of any request, enforce timelines, convene settlement conferences etc.
  - **Role of Law school:** Too much focus on case law promotes the idea that litigation is the normal way of resolving disputes. Courses in ADR should not only be add-ons, University of Ottawa has now a mandatory course in ADR.
- Peter MOOGK, “The Liturgy of Humiliation, Pain, and Death: The Execution of Criminals in New France”, (2007) 88-1 *The Canadian Historical Review* 89.  
En ligne, Project Muse:  
[http://muse.jhu.edu/journals/canadian\\_historical\\_review/v088/88.1moogk.pdf](http://muse.jhu.edu/journals/canadian_historical_review/v088/88.1moogk.pdf)
- L'auteur examine certains aspects de la justice criminelle en Nouvelle France et démontre que si certains de ces aspects peuvent sembler irrationnels aujourd'hui, ils reflétaient alors les valeurs européennes en vigueur, et surtout prenaient appui, étaient validés par les pratiques et croyances religieuses de l'époque (p. 92)
  - L'auteur ne se contente pas de voir dans les pratiques d'exécution la seule expression du pouvoir politique (thèse de Michel Foucault), mais considère aussi ces rituels plus largement à travers le prisme de la religion et de la morale chrétienne. (p. 93 et ss.; exposé sur les deux fondements (politique et religieux)).
  - Voir plus particulièrement p. 99 et ss. sur le sens des rituels en droit criminel
  - “The purpose of this essay is to show that Roman Catholic doctrines and rituals permeated the practices of justice and government in New France, and they were part of the cultural context in which punishments were administered.” (p. 111). Et plus loin: “Catholicism was as pervasive and as

profound an influence on life in New France as it was in the colonies of Spanish America. There was a liturgy to criminal punishments that was instantly recognizable to Roman Catholics. The symbols and rituals of an execution were familiar because they were inspired by religion. Many offences were defined by faith. Once the religious dimension of criminal justice is acknowledged, along with other factors, the rituals and practices of public executions in New France, however strange they may seem to us, do make sense. Understanding society and culture in colonial French Canada requires a reincorporation of religious influences into the picture.” (p. 111-112)

- Pierre NORÉAU, « **La justice est-elle soluble dans la procédure? Repères sociologiques pour une réforme de la justice civile** », (1999) 40 *Les Cahiers de Droit* 33.
  - Dans le cadre d'une réflexion sur la réforme alors prochaine du Code de procédure civile, l'auteur se penche sur la question de l'accès à la justice, qu'il aborde largement. Voir surtout la première partie («Le pouvoir judiciaire, institution humaine ou don des dieux : peut-on changer la justice civile, étant donné qu'elle relève aujourd'hui d'un consensus institué, profondément ancré: «[L'institution judiciaire] n'échappe cependant pas, en contrepartie, à la sacralisation qui entoure l'activité de toutes les institutions, à la mise en forme d'un rituel si ancien que sa raison d'être se perd dans les premiers temps de l'histoire et qui s'exprime toute entière dans la procédure [référence à Antoine Garapon, «Justice rituelle et justice bureaucratique», *Annales de Vaucresson*, vol. 29, 1988, p. 103, 115]. Ainsi, on a souvent peine à reconnaître l'origine secrète des principes qui fondent cet ordre presque religieux (...)» (p.35; nous soulignons;)
  - L'auteur dénonce en ces termes, dans la même partie, la résistance au changement dans le champ de la justice : «Le droit et le pouvoir judiciaire sont des institutions sociales que nous avons édifiées et que, par conséquent, nous pouvons changer. Il convient de rappeler tout cela, car un réflexe spontané nous incite à considérer toute modification d'un rite judiciaire ancien comme la destruction d'une règle absolue dont l'autorité s'avère d'autant plus certaine que ses origines sont incertaines. Le risque est grand de croire tout à coup qu'elle vient de ces temps anciens où les êtres humains disputaient le monde aux dieux. Tout devient dès lors sacré et immuable, un droit fondamental et certain (un principe de justice naturelle) semble toujours protégé par chaque article du *Code de procédure civile*. En prétendant protéger le justiciable, mieux, en se posant comme le défendeur d'une justice absolue, on a tôt fait de se tenir dans ses habitudes. Ces principes sacrés que l'on défend perdent soudain leur origine humaine; on oublie qu'ils n'ont pas toujours existé et que, lors même que l'on en a perdu l'origine lointaine, ils répondraient souvent à un

besoin très ponctuel dont il faut interroger la pérennité.» (p. 36; nous soulignons)

- Notons aussi le passage suivant, «La distanciation institutionnelle et ses effets», où l'auteur parle de la tendance des tribunaux «à restreindre leur activité à leurs procédés et à leur procédure, de sorte que le citoyen n'y voit plus qu'un rituel dont il est davantage l'objet que l'acteur.» (p. 41). L'auteur y voit une des causes du désengagement graduel des citoyens au regard de l'institution judiciaire : «Il résulte de cet enfermement un désengagement graduel des citoyens au regard d'institutions qui devraient être l'expression du consensus public et ne sont plus que l'expression bureaucratique d'un système autopoïétique et satisfait, bref un champ d'action entièrement contrôlé par les acteurs officiels qui s'y agitent et s'y légitiment mutuellement. L'institution judiciaire en serait-elle rendue là?» (p. 41)
- Guy ROCHER, *Étude de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, 341 pages (disponible sur Papyrus : <http://hdl.handle.net/1866/32>)
  - «Le droit et la justice
  - Si le droit peut faire consensus jusqu'à un certain point, c'est qu'on l'identifie à l'expression de la justice. C'est, par exemple, dans la robe de la justice que se drape le tribunal, qui s'entoure d'un ensemble de symboles destinés à le rappeler à l'esprit de tous ceux qui s'en approchent. Antoine Garapon, juge lui-même, a bien décrit et analysé les mécanismes symboliques du «rituel judiciaire». Il l'explicite en ces termes : «Le rituel judiciaire n'a pas seulement un rôle instrumental. Il préfigure également de manière symbolique un certain ordre de justice caractérisé par la neutralité du juge, l'égalité entre les parties, etc. Les jusnaturalistes ont vu dans ce dispositif symbolique l'expression de la vertu naturelle de justice... Les marxistes, en revanche, critiquent violemment cette figuration par le rituel d'une valeur de justice illusoire et en totale contradiction avec la réalité sociale. Quant à moi, je pense, dans une perspective phénoménologique du droit, que ce qui est important est moins la nature de l'ordre représenté, que le concept d'ordre lui-même. Nous voyons dans l'ordre rituel plus que la figuration d'une valeur, l'expression d'un besoin fondateur du droit.» » (p. 10)
  - «Le symbolisme dans le droit, le pouvoir et la domination

La sociologie qui cherche à cerner les rapports entre le droit, le pouvoir et la domination ne peut manquer de prendre en compte tous les éléments symboliques qui les relient l'un à l'autre. Cela va de soi si l'on songe que le

pouvoir et la domination s'entourent d'une riche gamme de symboles pour s'affirmer, se rendre visibles, s'étendre, se renforcer. C'est à travers des symboles que le détenteur de pouvoir, le dominateur rappellent leur statut, leur autorité, leur commandement. Tout peut prendre valeur symbolique : vêtement, meubles, propriétés, comportement extérieur, langage, protocole, rituel. L'étude de toute bureaucratie livre une riche moisson de ces symboles de pouvoir : site et dimension du bureau, quantité et qualité des meubles, de ceux de l'antichambre, nombre d'employés sous ses ordres, importance du budget du département.

De son côté, le droit s'entoure de rituels et de symboles destinés à inciter au respect et même à une certaine crainte dont on veut entourer tout ce qui est juridique. Que l'on songe aux rituels et symboles qui entourent la passation des lois par le législateur, la session des tribunaux, la lecture d'un testament, la signature d'un contrat. Dans une thèse riche en observations d'acteur-participant, Antoine Garapon, juge lui-même, analyse dans le détail tout l'univers symbolique qui entoure la vie quotidienne des tribunaux et les sentiments que les rites et symboles veulent susciter chez les justiciables<sup>60</sup>. Dans une large mesure, les symboles qui entourent le droit sont des symboles de pouvoir : ils ont comme mission d'ériger et de rappeler le pouvoir du droit.» (p. 256-257)

- Mariana VALVERDE, “Social Facticity and the Law: a Social Expert’s Eyewitness Account of Law”, (1996) 5 *Social Legal Studies* 201. En ligne: <http://sls.sagepub.com/cgi/reprint/5/2/201.pdf>

- Retenu parce que je pense que Michel Morin l'avait évoqué;
- Me semble personnellement un peu éloigné de notre sujet...
- Voir par contre tout premier et tout dernier paragraphe, pertinents :

« The POWER AND EFFECTIVITY of law are often attributed to law's privileged relationship with the coercive powers of the sovereign, a relationship constituted to a large extent through the majestic rituals enacted in courtrooms. That the ancient rituals of determining truth, assigning blame and decreeing punishment are indeed an important part of the law cannot be denied. This article, however, demonstrates that the effectivity of law is also accomplished through a number of quite humdrum techniques and procedures that bear little trace of the sovereign's majesty. Perhaps precisely because of their lowly status as mere technicalities and unspoken rules, these procedures work quite effectively to create loyalty to law's power not only among the accused or among the populace that observes the legal rituals but even among those who appear in the role of co-sovereigns: the 'experts' who are admitted to testify precisely because law supposedly respects the authority and

knowledge of their extra-legal, autonomous disciplines.” (p. 201; nous soulignons)

“Law’s sovereignty is organized and maintained not only by majestic spectacles but also by the quiet operation of the quite technical but never trivial details of something as non-majestic as the rules of evidence or the unwritten rules governing dress and speech. My own experience of law shows that at least in some instances law acts not as a sovereign but rather as a seducer whose ability to generate willing, loyal and even loving subjects lies precisely in ‘formalities’, in technical rules and in unspoken agreements to preserve law’s illusion of autonomy simply through acceptance of rules not only of procedure but also of decorum. The formal and informal procedures, those created by judges and - perhaps most importantly - those not made by anyone in particular but introjected by participants and spectators alike are precisely what bind the expert loyally to law, all the while detaching her or him from the social movements from whence she came.” (p. 214)

- **Honorable John DeP WRIGHT, «Gowns», (1992) 15-3 *The Law Society of Upper-Canada Gazette* 219.**

- Ce texte est jugé non pertinent par Nicolas, puisqu'il s'intéresse à un rituel judiciaire (le port du «costume judiciaire») qui ne sera pas touché par un éventuel virage technologique.

**C. ÉTATS-UNIS**

- **Jessie ALLEN, “A Theory of Adjudication : Law as Magic”, (2008) XLI *Suffolk University Law Review* 4, 773. En ligne: [http://www.law.suffolk.edu/highlights/stuorgs/lawreview/documents/Allen\\_Article\\_Final.pdf](http://www.law.suffolk.edu/highlights/stuorgs/lawreview/documents/Allen_Article_Final.pdf)**

- «In this article, I use anthropological theories of ritual and magic to reconsider the role of doctrinal reasoning and formal procedure in adjudication and adjudication’s role in social change. I argue that aspects of law regarded as irrational “magic” may contribute to adjudication’s social effects and meaning.» (p. 773; nous soulignons) (voir la page 776 pour un résumé de ce qu’entend l’auteure par «magie» (sens anthropologique))
- Dans cet article, l’auteure s’attarde à répondre aux critiques formulées par les « American Legal Realists » du début du 20<sup>e</sup> siècle selon lesquels les juges pratiquaient une «magie légale» (p. 773). Selon eux, les méthodes légales traditionnelles (i.e. les rituels judiciaires : la hiérarchie des précédents, les formules doctrinales, et les règles prodédurales) ne sont que «magic solving words», «word ritual», «legal myth», etc. (p. 774)

obstruant les raisonnements; les décisions judiciaires se prennent sur la base de préférences et d'idéologies individuelles au lieu de prendre appui sur une démonstration empirique et rationnelle. (p. 773-774)

- L'auteure refuse de voir les méthodes légales traditionnelles comme irrationnelles, fausses, superficielles, ou déconnectées des effets sociaux du droit (p. 775). Selon elle, ces adjectifs sont accolés aux rituels par les Réalistes parce que ces derniers ont adoptés la définition anthropologique victorienne de la magie comme «false science» (p. 775). Or, une lecture des rituels à la lumière des travaux des anthropologues modernes montre plutôt que magie et rituels ne s'opposent pas forcément à rationalité : « Viewing law as magic from these perspectives produces two important challenges to the Realist view. First, it allows us to see that magic and ritual aspects of adjudication do not necessarily conflict with rational legal decision-making. Second, it suggests some ways that the legal magic the Realists criticized might actually enhance law's legitimacy and effectiveness. » (p. 775; nous soulignons)
- L'auteure énonce ainsi le rôle joué par les rituels en société: “law constitutes and transforms social meaning by helping to create and recreate the social situations at issue in adjudication. Ritual magic is a long-recognized mechanism of such transformations. In law, as in ritual magic, transforming the meaning of a set of social circumstances can happen *through* common formal and performative techniques that may look like mere distractions or ways to disguise what is really going on. In fact, some functions of law in our society may depend on these techniques, not because they confer logical-rational correctness or predictability, but because they may contribute to judicial impartiality and because they may provide a mechanism through which official legal decisions take on some of the affective power of lived experience and so generate the personal and collective commitment that leads to social transformation.” (p. 775-776; nous soulignons)

(...)

« In this light, legal magic may contribute to a theory of *how* legal practices influence culture. Law is not just regulatory. Legal institutions not only sanction and constrain our world, they also generate and transform it.» (p. 778)

- Dans la première partie de son article (numérotée II), l'auteure s'attarde à démontrer les similarités entre la magie rituelle et le droit. Selon elle, ils partagent 5 techniques : « enacting performance, heightened formality, performativity, temporal play, and transformative analogy » (p. 779-780)
  - *Enacting Performance :*

“Though much in law depends on written words—indeed “papers” might fairly be called a legal fetish—live ritual performance remains central to adjudication as legal transformations require it.” (p. 781; référence omise)

Le droit, en tenant à la «live performance», n'est pas de son temps: « Against the general trend away from live performance in other areas where important social decisions are made, adjudication's reliance on these rites becomes all the more striking. Today, many governmental functions seem to rely on more abstract, informal, and intangible methods of governance. » (p. 782; l'auteure donne l'exemple de tout ce qui peut se faire via téléphone, poste ou ordinateur : l'exercice du droit de vote, les opérations bancaires, les cours académiques en ligne, etc.)

« There is a sense that courtroom performance persists not merely as a matter of tradition and ceremony but rather because without ritual, there could be no adjudication. » (nous soulignons; p. 782)

« All in all, it seems remarkable that despite decreased live interaction in so many other professional settings—e.g., between doctors and their patients, bankers and their customers—lawyers, and particularly courts, have maintained live performances as the central and definitive aspect of their craft.» (nous soulignons; p. 783)

- *Heightened Formality and the Creation of Ritual Time and Space*

«Rigid adherence to idiosyncratic and intricate procedural forms is a hallmark of magic, which, as Annette Weiner puts it, proceeds through “a poetics that cannot be altered.” Legal procedure is likewise strictly formal. Moreover, the particulars of magical and legal forms contain certain points of resemblance, specifically in the way both create language sequences that can be referenced across time and that trigger complex narrative associations. Legal and magic rituals both exhibit extraordinary sensitivity to time and place. In the judicial process, it matters enormously *when* and *where* an argument is made or a fact revealed.» (p. 783; nous soulignons)

- *Performativity*

«The characteristic power of legal and magical words to do things, as well as to express them, is what ordinary language philosophers call “performative” speech. In the paradigmatic case of performative utterances, no physical or technical activity is needed; the words do the work. While performatives exist in everyday

speech, this type of utterance, and a focus on the performative aspect of language in general, is characteristic of both legal and magical transactions.» (p. 784; références omises)

- *Temporal Play*

«Both magic and law obsessively trace lineages of power, and in so doing subdue the ordinary sense of temporal order. Shamans converse with ancestors in their ritual search for cures, and judges seek guidance from men who sat on their court a hundred or more years ago: options generally unavailable to ordinary people making decisions. Precedent makes judges time travelers.» (p. 787; nous soulignons)

«Adjudication's combination of this transgressive time transcendence with rigidly constrained time limits is characteristic of the “liminal” quality of rituals. Precedents may be timeless, but if the party has rested, if the brief has been filed, if the red light on the lectern is on, then time is up.» (p. 788)

- *Transformative Analogy*

«Legal and magical metaphors often assimilate things from disparate realms. In particular, metaphor is used to connect human ideals and problems with concrete physical experience.» (p. 789)

«Both magical and legal metaphoric associations gain power from their ability to reference chains of meaning that refer back to previous rituals and their associated real-life situations.» (p. 791)

«In both magic and case law, the goal of analogy is to enhance certain aspects of one thing by association with other things.» (p. 791)

- La seconde partie de l'article (numérotée III) développe les critiques des Réalistes à l'endroit du droit. Ces critiques, selon l'auteure, «mirro[r] the Victorian view of magic as formalistic pseudo-science.» (p. 796) Nous renvoyons le lecteur aux pages 796 à 802 pour un développement sur ces critiques. À noter que l'auteure y présente aussi la position plus nuancée de Thurman Arnold, qu'elle qualifie de «magical realist» (p. 803), selon lequel «the symbolic aspects of legal practice might have a useful, even definitive, function. In his view, “folklore” or “spiritualism” could not be expunged from our legal system without fundamentally altering its character.» (p. 803) (pour une présentation plus étayée de sa position, voir les résumés sous son nom). Allen rapproche la position de Thurman Arnold à celle de Victor Turner (*The Forest of Symbols : Aspects of Ndembu Ritual*, 1966).

- La dernière section de cette partie III aborde les anthropologues plus modernes (Bronislaw Malinowski, Stanley Tambiah, Edward Evans-Pritchard, Victor Turner et Mary Douglas) et leur vision davantage positive de la magie légale comme « effective social practice » (p. 805 et ss.). Selon l'auteure, tous ces auteurs (auxquels elle ajoute Arnold) partagent l'avis que la magie et le rituel « can coexist with rational understanding » (p. 811), produisent de véritables effets sociaux, et peuvent même, dans certains contextes, augmenter l'efficacité de techniques rationnelles transformant les situations sociales (p. 811).
- Dans la dernière partie de son article (IV.), l'auteure, se fondant sur l'analyse anthropologique exposée dans la partie III, présente sa propre vision de la magie légale. Dans la section A, elle présente donc « a ritual-magic mode of adjudication that is not necessarily contrary to legal reason » (p. 812). Dans la section B, elle prête à cette conception de la pratique légale trois rôles potentiels.
  - *A. The Centrality and Authenticity of Legal Magic as a Mode of Legal Practice*

“Through its unique social practice, ritual changes experience. Likewise, adjudication’s primary social role is not explanation. Rather, court proceedings are intended to intervene in the social world in transformative ways. (...) To the extent that ritual is instead understood as a mode of accomplishing social transformation through its effects on group participants, adjudication’s ritual magic techniques appear well adapted to accomplishing social change.” (p. 813)

“In the works of Turner and Douglas, ritual techniques emerge as having real power to bring about social effects through their symbolic enactments.” (p. 816; références omises)

“With some help from anthropology, we can see legal magic as an authentic mode of legal practice, rather than as a corruption or obfuscation of legal interpretation and legal enforcement. Legal magic has “ontologic” status, in Turner’s parlance, in between or alongside the better-recognized modes of interpretation and enforcement. Like interpretation and enforcement, legal magic can be done well or poorly, with or without authority we would recognize as legitimate, and have socially beneficial or detrimental results. There is nothing marginal about law’s ritual-magic mode. To the contrary, assuming it would be possible to jettison all ritual-magic aspects of today’s legal process, the resulting institution would be profoundly different than what we now call adjudication;

indeed, it might not be adjudication at all.” (p. 817; références omises)

▪ B. *The Potential Roles of Legal Magic*

- 1) Legal magic may enhance the power of official legal outcomes through its enacted conflict (pp. 817 à 821)
- 2) As an institutional practice, legal magic may enhance judicial and jury impartiality; (pp. 821 à 825)
- 3) As a ritual-symbolic method, legal magic may enact a kind of social triumph over morbidity and death; ( pp. 825 à 830)

- Jessie ALLEN, “**Blind Faith and Reasonable Doubts: Investigating Beliefs in the Rule of Law**”, (2001) 24 *Seattle U. L. Rev.* 691.

- L'auteure soutient l'idée que les procédures légales empreintes de formalisme (qui sont des rituels) servent au praticien à rester objectif, et éviter que le subjectif vienne entacher sa démarche, sa pensée. Elle parle du fait de suivre les procédures comme étant une «behavioral constraint». Selon elle, derrière le fait de respecter les formalités, il y a une adhésion plus large (et inconsciente) à la rule of law : «(...) formal legal procedures may limit the behavior of legal decisionmakers in ways that could be seen as an embodiment of the rule of law» (p. 716).
  - «It seems to me that the structured public performance of trial and appellate practice and the communal reasoning “out loud” prescribed for juries and, to a lesser extent, for appellate panels may function to move legal actors out of their characteristic ways of thinking.» (nous soulignons; p. 706)
  - «It may be that the enacted commitment to perform the dry public rituals of the legal system has similar capacity to interrupt the habitual thought patterns of legal actors. Rather than a conscious individual obedience to substantive legal rules, then, it may be their effort to put themselves to the public and communal forms of legal process that can ground our expectation that legal actors will transcend their usual subjective biases.» (nous soulignons; p. 707)
  - «Perhaps, then, the performative forms of adjudication are nothing but irrational formalism, “survivals” of a less scientific age of jurisprudence that hang on through sheer inertia and the legal system’s conservative tendencies. But procedural formalism may also have salutary potential. The enactment of restrictive trial procedures may provide a behavioral constraint that – perhaps partly through simple distraction – helps deprive legal

decisionmakers of their habitual ways of perceiving the world, leaving them open a different kind of reasoning process.» (...)  
(nous soulignons; p. 708)

- «Is it too farfetched to see contemporary trials on some level as rituals of affliction – ceremonies performed to cure the handicap of subjectivity?» (nous soulignons; p. 712)
  - «In law, the transcendence of an individual's subjective point of view begins by narrowing the available perspectives through the formalities of rigid legal procedures.» (p. 712)
  - Perhaps, as I have proposed, the constraining value of legal rules comes partly from their enacted procedural rituals and does not depend on their uniform interpretation, but on a determined effort by practitioners to follow the rules as they understand them, thereby limiting their own speech and actions. (...) help decisionmakers transcend personal biases (...).» (nous soulignons; p. 717)
- Thurman W. ARNOLD, “Due Process in Trials”, (1955) 300 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 123-24.
- “Too much efficiency in government, too much disregard of ceremony, eat out the cement which binds human institutions together.” (p. 123)
  - Le rituel du procès sert à mettre en scène notre philosophie de la justice : « (...) philosophy of justice. That philosophy can never be defined. To put it in words only creates the confusion which is always found in learned treatises on jurisprudence. The only way that it can become real and make itself felt is by the ceremony of a trial by due process of law. (...) The American trial is our only public ceremony which symbolizes the idea that the rights of the individual are superior to the convenience or even the security of the sovereign.” (p. 123; nous soulignons)
  - “So important is the public trial to the whole ideological structure of any government that the adoption of more efficient and speedy ways of punishing individuals is a sure sign of instability and insecurity.” (p. 124)
  - Le procès met également en scène les valeurs partagées par la société: “(...) a trial represents to countless people who have never seen a courtroom the moral values which they so deeply hold.” (p. 124); “(...) the American trial represents to the people who read about it in the newspapers the spiritual values of a nation. If we abandon this dramatic process which portrays our most important moral ideals, if we treat criminals from a practical standpoint, we shall have lost immeasurably.

We shall have fallen below the standards of a humanitarian, civilized society." (p. 125)

- "Through the institution of the trial the state says to its citizens, "I am fair, I am just. I give to each man due process of law. In protecting the state from its enemies I am respecting the inalienable rights and dignity of the individual at the same time." Only in the drama of a trial can the people of a nation find symbolized the heaven of justice which lies beyond the insecurity, cruelty, and irrationality of the everyday world. If a government destroys or damages that heaven of justice it does irreparable harm to the structure of society." (p. 125)
- **Thurman W. ARNOLD, *The Symbols of Government*, New York and Burlingame, Harcourt, Brace & World, Harbinger Books, 1935.**
  - Cité de nombreuses fois, entre autre par les sources suivantes de la présente bibliographie : Jean-Guy BELLEY, Jessie ALLEN, «A Theory of Adjudication : Law as Magic», William KNAPP, et Mark CAMMACK.
  - Voir tout particulièrement l'analyse qu'en fait Jessie ALLEN aux pages 803 à 805 de son article «A Theory of Adjudication : Law as Magic», traité ci-haut. Elle y affirme entre autre ceci :
    - «For Arnold, the real beneficiary of symbolic, ceremonial trial procedures is the public. Trials are a public drama, enacting two main conflicts: (1) fairness versus law enforcement, and (2) "the dignity of the State as an enforcer of law" versus "the dignity of the individual when he is an avowed opponent of the State." Because these enacted conflicts foster public discussion of "all the various contradictory attitudes about crime and criminals," they function as a "stabilizing agency."» (p. 804; références aux pages 149, 130 et 147 de l'ouvrage d'Arnold).
  - «While it is of the utmost importance that the principles of an institution appear to be logically consistent, it is of equal importance that they be loose enough to allow for the dramatization of all sorts of mutually inconsistent ideals. The various advocates of social and economic plans, of procedural reforms, of better ways of handling criminals, of more humanitarian treatment of workers, and all the other various sensible reforms which are so constantly advocated never realize this. They suffer agonies of futile rage against society because it is so slow to accept the most obvious schemes for improvement. The trouble with their schemes is that they violate currently important symbolism. Therefore even if the reform is accomplished it is apt to find itself twisted and warped by the contradictory ideas which are still in background in spite of the reform. A people will never accept an institution which does not symbolize for them

the simultaneously inconsistent notions to which they are at various times emotionally responsive.» (p. 9 et 10; nous soulignons)

- «Therefore the trial of this case becomes the dramatization of a set of ideals which are totally irrelevant to the practical situation, but which are very important to us as representatives of justice in the abstract.» (p. 16)
- «Legal principles are discussed as things which govern a society which has never studied them, or else as a meaningless ritual which has no effect, even upon the courts which use them.» (p. 28)
- «“Law” is primarily a great reservoir of emotionally important social symbols. It develops, as language develops, in spite of, and not because of, the grammarians. Though the notion of a “rule of Law” may be the moral background of revolt, it ordinarily operates to induce acceptance of things as they are. It does this by creating a realm somewhere within the mystical haze beyond the courts, where all our dreams of justice in an unjust world come true.» (p. 34-35; nous soulignons)
- «Thus we see that “Law” represents the belief that there must be something behind and above government without which it cannot have permanence or respect. Even a dictator cannot escape this psychology of his time. He does not quite believe in his own government unless he is able to make gestures toward this prevailing ideal. It is child’s play for the realist to show that law is not what it pretends to be and that its theories are sonorous, rather than sound; that its definitions run in circles; that applied by skilful attorneys in the forum of the courts it can only be an argumentative technique; that it constantly seeks escape from reality through alternate reliance on ceremony and verbal confusion. Yet the realist falls in grave error when he believes this to be a defect of the law. From any objective point of view the escape of the law from reality constitutes not its weakness but its greatest strength. Legal institutions must constantly reconcile ideological conflicts, just as individuals reconcile them by shoving inconsistencies back into a sort of institutional subconscious mind. If judicial institutions become too “sincere”, too self-analytical, they suffer the fate of ineffectiveness which is the lot of all self-analytical people. They lose themselves in words, and fail in action. They lack that sincere fanaticism out of which great governmental forces are welded.

The abstract ideals of the law require for their public acceptance symbolic conduct of a very definite pattern by a definite institution which can be heard and seen. In this way only can they achieve the dramatic presentation necessary to make them moving forces in society. Any abstract ideal which is not tied up with a definite institution or memorialized by particular ceremonies, becomes relegated to the limbo of

metaphysics and has little social consequence. The institutions which throw about the law that atmosphere of reality and concreteness so necessary for its acceptance are the court and the law school. The one produces the ceremonial ritualistic trial; the other produces a theoretical literature which defends the ideal from attack by absorbing and weaving into its mystical pattern all the ideas of all of the critics. In other words, trials today are the product of courts; books the product of law schools.

(...)

The “Law” as a body of principles and ideals which is above men, lives in a vast metaphysical literature, and in a succession of ceremonial trials. (...) Both are necessary to create faiths and loyalties concerning governing forces.» (p. 44-45; nous soulignons)

- «To the great mass of people the language of the theories of law is unknown. It is not the doctrine but the public judicial trial which symbolizes for them the heaven of justice which lies behind the insecurity, cruelty, and irrationality of an everyday world. In the public trial we find the government speaking ex cathedra.» (p. 129)
- «For most persons, the criminal trial overshadows all other ceremonies as a dramatization of the values of our spiritual government, representing the dignity of the State as an enforcer of law, and at the same time the dignity of the individual when he is an avowed opponent of the State, a dissenter, a radical, or even a criminal. So important is the criminal trial to the whole ideological structure of government that its disappearance in favor of an efficient and speedy way of accomplishing the incarceration of persons supposed to be dangerous to the social order, is always a sign of psychological instability of a people.» (p. 130)
- «The ceremonial trial never is, or can be, an efficient method of settling disputes. Of course efficiency is one of its ideals, but there are others equally important which must also be dramatized. Therefore, if we want real speed, or efficiency – in other words, if results are more important than the moral lessons which are to be taught by the process – we move the settlement of the dispute into a less symbolic atmosphere. We find this atmosphere in what we call administrative tribunals. Yet in a climate of opinion which demands the comforting belief that there is a “rule of law”, the administrative tribunals never quite satisfy us, and the ceremonial trial continues as a method of resolving all disputes concerning which philosophical argument is possible.» (p. 133)
- «But the function of courts here is not directed toward the practical solution of the problem with which they can have little to do. They are engaging in a public ceremonial in celebration of an ideal. For this

purpose, the more deserving the accused is of punishment, the more striking is the exemplification of the emotional lesson. Thus the prestige of the government in enforcing laws is vindicated in one case; while a ceremonial in memory of individual freedom from law enforcement is celebrated in another. The task of keeping these two shows going at the same time without losing the patronage or support of the Constitution for either is then left to the legal scholar.» (p. 156; nous soulignons)

- «Persons who do not understand the nature of social symbols are constantly surprised at the slowness and “inefficiency” of the legal process. Reform after reform is launched designed to make it quick and sensible. Such reforms are useful in making the institution conform to another prevailing ideal, i.e., the ideal of efficiency. Yet the judicial institution, by an instinct which tells it that efficiency and practicality are judicial suicide, always succeeds in making of the procedural reforms something as complicated and cumbersome as the process which was abolished. Courts do not become “efficient” because they cannot become efficient and still remains courts. Legal procedure is faced with the inherent necessity of keeping the actual complicated facts of cases out of court. When there is added to the task that it must also dramatize the ideal of business efficiency, which takes all the facts and statistics, it does its best to reconcile the conflicting symbols, but the result is complicated beyond the imagination of those who proposed the reform.» (p. 224-225)
- **David ASMA, “Genuflecting at the Bench: Rituals of Power and Power of Rituals in American Courts”, en ligne, Critical Criminology Information and Resources: <http://www.criticrim.org/redfeather/journal-pomocrim/Vol-5-Dramaturgy/genuflecting%20at%20the%20bench.htm>**
  - Cet article constitue, des mots de son auteur, «an ethnographic exploration of courtroom-related meanings held by incarcerated criminal defendants based on their courtroom experience» (p. 2). Nous nous intéresserons simplement à la première partie de cet exposé, où l'auteur procède à une étude «dramaturgique» de l'environnement de cour, cette étude l'amenant à s'intéresser aux rituels judiciaires.
  - “Symbolic and ceremonial actions within the context of a criminal courtroom create and maintain definitions of power, authority, control, and procedure.” (p. 3); “(...) power and its subtype, authority, can be viewed as a form of symbolic courtroom action and communication.” (p. 3)
  - Selon l'auteur, les «courtroom activities» contribuent à conférer à la justice une certaine majesté («majesty», p. 4). Il commente ainsi ce «drame» (au sens de théâtralité) et cette majesté inhérents au processus judiciaire: “Ceremonial displays of legal rhetoric, adversarial conventions,

formal costumes, and physical attributes of the setting establish the grandeur and sanctity of a courtroom. Courtroom majesty, then, is the management of legal ritual; it contributes to the legitimacy of performances occurring within that setting and it provides a frame to which an audience may attach meaning.” (p. 3; référence omise)  
(...)

“Individuals or groups are introduced into a courtroom environment designed to explicitly and pragmatically communicate a sense of seriousness and sobriety.” (p. 3)

- Selon l'auteur, un processus de «mystification» (p. 4) s'opère au sein de la sale d'audience: “Architectural designs/devices such as lighting, acoustics, and camouflaged passageways, as well as specialized and orchestrated (frontstage) performances, contribute to a ritualistic and ceremonious control of the situation and information.” (p. 4) Voir également p. 8: « mystification exists through control over what is seen, heard, and experienced. The context of a criminal courtroom is an appropriate example of how settings are implicitly available to affect and influence the definition of the situation developed by a lay audience (...)).».
- L'auteur soutient que les cours sont autorisées par la loi et ont le pouvoir de définir une réalité, de l'implanter (p. 6). Se faisant, « Law and the dynamic/ritual context(s) of the courtroom govern interpretation and impose a definition of reality on populations under their authority (Berger & Luckmann, 1966, p.121) (...)» (p. 6)
- L'auteur s'intéresse au concept d'autorité, qu'il voit comme une forme de gestion de l'impression («impression management», référence omise, p. 7). Selon lui, «[t]he transformation of power into authority is a social process which involves communication by means of effective performance and image» (p. 7). Plus loin, “Authority becomes an "effect" resulting in the "conjecture of the right speaker, the right speech and delivery, the right staging and props, the right time and place, and an audience whose historically and culturally conditioned expectations establish the parameters of what is judged 'right' in all these instances” (Lincoln, 1994, p.10). Authority, then, informs an audience and affects their conduct by way of performance (Goffman, 1959, p.13,15). Symbolic action by participants, as well as the context in which it occurs, aids in maintaining a definition of the situation. For example, a courtroom environment conveys authority by way of defining and regulating what is perceived by an audience (p.67.)” (p. 8; nous soulignons)
- L'auteur analyse ensuite un certain nombre de « "majestic" and symbolic contextual issues and images of power» (p. 8) :

- L'auteur est en effet d'avis que la salle de cour ne saurait être réduite à un simple bâtiment, un endroit («place»); elle a en soi une fonction, un rôle important : «Contextual features of the courtroom rhetorically demonstrate the power and authority of justice. Context, therefore, allows audience members and defendants to perceive and recognize law as an impressive feature of society.» (p. 10).
  - Prenant appui sur l'ouvrage de Katherine Fisher Taylor (traité dans cette bibliographie), l'auteur rappelle l'importance du caractère majestueux de l'architecture des palais de justice pour faire impression sur les accusés et jurés et leur inspirer respect et déférence (p. 10).
  - L'auteur analyse ensuite la place respective des jurés, avocat de la défense, procureur de la Couronne, public et juge dans la salle d'audience, l'organisation spatiale étant pensée et symboliquement chargée de sens (p. 11). Il aborde également les portes cachées empruntées par le personnel judiciaire et les juges (p. 11), les titres et désignations officiels des différents acteurs (p. 12), la pratique du serment (p. 12), la toge (p. 13), la pratique des objections (p. 13), le système contradictoire (p. 13), et le témoignage d'experts (p. 13). En bout de ligne, l'analyse du «contexte» de la justice révèle que ces éléments combinés servent à inspirer respect et solennité (p. 12), légitimité et autorité (p. 12), sérieux et sobriété (p. 12).
    - Une des sources d'information quant aux rituels judiciaires citée dans l'étude comparative de David Tait, ci-dessous.
- **Lyria BENNETT MOSES, « Why Have a Theory of Law and Technological Change? », (2007) 8-2 *MINN. J.L. SCI. & TECH.* 589.**
- The goal of the author is to justify a focus on “law and technological change” rather than any narrower or broader topic. She begins by setting out a definition of technology and technological change. Then she sets out some of the general observations that might be made about law and technological change and the benefits of broadening one’s analysis to look at technology as a category. Also, she distinguishes a theory of law and technological change from even broader topics, in particular, law and changes in knowledge and law and social change. And she concludes by setting out some of the potential advantages of theorizing about law and technology. (p. 590)

- **Mark CAMMACK, “Evidence Rules and the Ritual Functions of Trials: ‘Saying Something of Something’ ”, (1991-1992) 25 *Loyola of Los Angeles Law Review* 784.**
  - L'auteur se penche sur le fonctionnement et la compréhension plus large du procès pour comprendre les règles de preuve;
  - Selon l'auteur, les règles de preuve sont «a reflection of our ideas about nature of law and fact. (...) enacting those ideas in the context of the trials tends to invest them with concrete reality, thereby validating the very assumptions on which the system operates.» (p. 785)
  - Aborde le rôle joué par le rituel séculier : selon l'auteur, ce rituel est “part of a process by which we make sense of ourselves and our social world.” Les rituels séculiers ““make visible, audible, and tangible beliefs, ideas, values, sentiments, and psychological dispositions that cannot directly be perceived.”” (référence omise; p. 785; voir également citation contenue à la page 786)
  - Voir plus particulièrement la partie B. :«The Trial as Ritual» :
    - “(...) our judicial procedures are “elaborated with what seem to be digressions, formulae and formalisms,” that are difficult to explain by reference to their explicit practical purposes alone,” (p. 788)
    - “(...) trials depict and thereby validate assumptions about the nature of fact and the authority of law on which the legitimacy of the practice depends. The process, in effect, proves its own premises.” (p. 789)
    - Sur les “formal features of the trial”, l'auteur tient les propos suivants: “The process by which ceremonial expression gives concrete content and form to abstract ideas is not easily discerned. One attempts to articulate the process identifies formality as both the dominant means of ritual expression and the mechanism by which the message embodied in the ritual behaviour is invested in with the quality of unquestionable truth. [nous soulignons; l'auteur renvoie ici à Sally F. MOORE and Barbara G. MYERHOFF (eds.), “Secular Ritual: Forms and Meanings”, in *Secular Ritual, A Working Definition of Ritual* 3, 1977]. Formality, according to this view, is “the magical aspect of a rational activity.” It is communication by assertion and display rather than by demonstration. Because the ideas are asserted as postulated truth, they cannot be subjected to rational reflection and criticism. They

are simply declared to be so and, by virtue that declaration, accepted as true.” (nous soulignons; p. 789)

- L'auteur décrit en ces termes l'effet produit par le procès et autres rituels : « the sense of heightened reality that trials and other public rituals produce has the effect of “bring[ing] the ethical and jural norms of society into close contact with strong emotional stimuli.” In this way, ritual “converts the obligatory into the desirable.” ” (nous soulignons; references omises; p. 789)
  - L'auteur aborde ensuite les caractéristiques formelles du procès comme tel (selon lui l'une des institutions sociales les plus ritualisées) (p .789). Il aborde le temps et lieu propre au procès (p. 790). Par exemple, l'auteur souligne que le lieu (la salle de cour) a été pensé pour susciter l'admiration et le respect, le solennel des palais symbolisant aussi le sérieux de la justice (p. 790). Il se penche aussi sur la structure du procès, son ordre propre (p. 790).
  - L'auteur développe ensuite l'idée que la caractéristique distinctive du système juridique américain est la représentation du droit et des faits comme complètement séparés (p. 791). La prise de décision en droit s'attarde à rapprocher ces deux «entités» d'abord pensées de façon distincte; (p. 792), le moment de ce rapprochement, dans un procès par jury, est le verdict (p. 793). L'auteur donne différentes illustrations de cette séparation, dont la plus évidente est la division des fonctions entre juge et jury (p. 793).
  - Notons que l'auteur cite en conclusion un passage tiré de Thurman Arnold, *The Symbols of Government* (1935), sur les fonctions symboliques du droit et des institutions légales, à la page 795.
- **Neal FEIGENSON and Christina SPIESEL, *Law on Display : the Digital Transformation of Legal Persuasion and Judgment*, New York and London, New York University Press, 2009.**
- “(...) we cannot help but ask whether digital pictures and multimedia are in general good or bad for law. There is no simple answer. Since it's clear, though, that digital pictures are here to stay, the question becomes how the law can best accommodate them, along with words spoken and written.” (page xii)

### **Chapter 1: The Digital Visual Revolution**

- The variety and the importance of visual displays in American courtrooms have exploded (both traditional means and new digital technologies for evidence and arguments) (p. 1). It is no accident, since pictures (moving

and still, television, movies, DVDs, Internet, print media) increasingly dominate our culture (p. 2).

- ***Contenu du chapitre:*** “In this introductory chapter, we offer essential background for understanding law’s visual and digital transformation, presenting ideas and themes that we will pursue through case studies later in the book. We begin by pictures. We discuss how pictures make meaning differently than words do and how pictures and words can be combined to complement or challenge each other’s meanings and to generate new meanings not yielded by either the pictures or the words alone. (...) We then proceed to the contribution made by the ubiquity of digital technologies. (...) We conclude by outlining the challenges that these features of digital culture pose for the law.” (pages 3 et 4)
- ***Pictures and Words :*** “Law, like most other disciplines or practices that aspire to rationality, has tended to identify that rationality (and hence its virtue) with texts rather than pictures, with reading words rather than “reading” pictures, to the point that it is often thought that thinking in words is the only kind of thinking there is. This poses a major obstacle to understanding what is happening as digitalization transforms our world into one dominated by pictures.” (p. 4; référence omise)
- In this book we will use “pictures” to mean visually perceived artefacts, external visual representations, reserving “image” for mental imagery (page 5).
- Pictures are especially well suited for conveying meaning through associational logic, often infused with emotions that are triggered beneath our conscious awareness. (p. 7)
- ***Belief in picture and the problem of naïve realism:*** “For several reasons, pictures in general are capable of inducing belief more intuitively and more effectively than words alone. (...) Consequently, they tend to be accepted as highly credible evidence of the reality they depict, even though they lack the other sensory modalities that the viewer would encounter in real life. (...) Pictures tend to be more resistant than words to the forces of disbelief.” (p. 8)
- “The intuitive tendency to believe in whatever things, events, or ideas a picture (...) depicts or suggests (...) derives from two closely related habits of mind that, singly or in combination, may be called *naïve realism*. The first is a common-sense notion that there’s an objective world out there and that anyone with open eyes can know it and see it. Seeing is believing. This is *naïve realism*. (...) the more like everyday perception our encounter with a representation is, the more likely we are to believe (again, initially and unreflectively) in the truth or reality of what it depicts

or describes. (...) This brings us to the second mental habit that may be called naïve realism: People tend (...) to conflate representations with direct perceptions of reality, to “look through” the mediation at what is depicted. To see the picture is to see the real thing, unmediated.” (page 9; références omises; nous soulignons) (...) the naïveté comes from ignoring how (to paraphrase Marshall McLuhan) the medium affects the message – how the meanings a picture conveys are shaped by the tools, techniques, and social contexts of representations.” (page 10)

- “(...) to approach pictures from the standpoint of naïve realism is to ignore the most fundamental aspect of all pictures, which is that they are *framed*: bounded, separated from reality by something that cues the reader that they are artifacts to be interpreted.” (page 10)
- “In short, what people find to be credible and persuasive in visual displays is guided by the habits of thinking and feeling that have inculcated by their experiences with the media they have encountered.” (page 15)
- “(...) in the pursuit of truth, the law has long privileged words over picturing: (...). Yet, since at least the nineteenth century (...), the law has also turned to pictures (...) in a quest for the kind of indisputable access to reality that witnesses, with their imperfect memories and susceptibilities to bias, may fail to provide. Courts receive these pictures with anxiety, at once hoping and believing that they could reveal the truth even while fearing that they might be too persuasive, especially considering how easily they could be manipulated. This ambivalence toward courtroom visuals has been expressed ever since in the doctrinal category of *demonstrative* evidence: (...). (...) In the digital multimedia age, the law must struggle with the same tension between words and pictures, between the need for access to the real and the ever-present risk of deception, but in a still more urgent fashion.” (page 30)
- “(...) a basic awareness of how pictures make meaning, combined with a close study of particular visual displays, can provide an antidote to naïve realism and thus permit a more intelligent and nuanced inquiry into the cognitive, emotional, and rhetorical effects of the pictures and multipedia displays shown in court. It may even be that the law, with its adversarial litigation and deeply rooted procedures and norms that encourage jurors to pay careful attention to what is said and shown, can offer a model for reasoned deliberation and judgment in an inescapably digital visual culture.” (page 31)
- ***Outline of the book:*** page 33

## **Chapter 2: The Rhetoric of the Real: Videotape as Evidence**

- “In this chapter, we examine pictures that are photographic. Because they seem to record what our eyes see, many people believe that they can provide judges and jurors with the most direct access to what really happened and thus constitute the most convincing sort of evidence. The idea of eye-witness is so deeply embedded in our culture, and especially our legal culture, that it confers special powers on such pictures. (...) We argue that there is more than meets the eye in these pictures. We need to decode them, taking into account what is visible in the frame, our knowledge of the medium, and the context in which pictures are presented. We call this chapter “The Rethoric of the Real” to underscore that our focus is on how the realism of documentary pictures is deployed in legal arguments.” (p. 35; référence omise)
- **Contenu du chapitre:** “We look first at two legal cases involving digital videotape made by police officers. (...) *Scott* turns on how video evidence is evaluated when both sides agree that the court is seeing a fair and accurate copy of the video in question. *Dunlop* involves the opposite circumstance: video evidence that has been deceptively altered to support a desired outcome. Finally, we briefly discuss surveillance carried out by citizens to document events on the fly: (...).” (page 36)
- “The Supreme Court’s response to the tapes perfectly exemplifies how the rhetoric of the real can shape the law. The eight Justices in the majority believed that the tapes by themselves made the reality of the case perfectly clear: (...). The Supreme Court’s usual job is to resolve questions of law, not to try facts. Here, however, the Court thought it so obvious that the videotapes showed the facts of the matter that it arrogated to itself a decision ordinarily left to the jury. (...) The majority considered the videotapes to be truth-telling witnesses to the action in the story, reliable as evidence and then as warrants for their final decision.” (page 41)
- “It is hard to question what is before our eyes. (...) we are wired to believe what we see. To doubt requires that we step back from the vividness of experience and from our emotional attachment to that experience. Doubting takes analytical energy.” (page 43)
- “Participants in the legal system need to become more visually and media literate. The first step is to understand that the meanings of all pictures are the result of a maker, a medium, a subject, a context, and our reception of them.” (page 48)
- “Our analyses of all the examples of video in this chapter have questioned their presumptive realism by approaching them on three levels: a close description of what is presented inside the frame (and on the sound-track); inferences based on what we know about their mediation (...); and, finally, an examination of their contexts.” (page 60)

- “(...) perception is conditioned by our habits of representations. If so, then the multiple modes and arrangements of representation seen in this chapter indicate that what we think the real is is supposed to look like is itself in dramatic flux.” (p. 61; référence omise)

### Chapter 3: Teaching the Case

- **Contenu du chapitre:** “In this chapter, we present several case studies that illustrate how digital technologies such as Adobe Illustrator and Microsoft PowerPoint, trial presentation programs such as TrialDirector, and animation software enhance lawyer’s ability to explain their cases to their audiences. Using new media, lawyers teach differently and better in many ways: (...). We conclude the chapter by arguing that these features of digitization are transforming not only how legal decisions makers learn about case-relevant reality but also the very nature of what counts as reliable legal knowledge.” (page 63)
- “(...) the copy-paste function (...) made it easy to employ identical visual elements over and over again: (...). This created a visual *vocabulary* for the presentation with which jurors could become familiar (...). Even more important, it facilitated implicit communication.” (les auteurs prennent ici l’exemple de l’image d’un coffre accompagnant la photo d’un présumé menteur tout au long de la présentation. Il aurait été trop peu subtil de faire la comparaison oralement; en accolant cette image à la photo de l’individu, l’avocat arrive à ses fins de manière indirecte, les gens voyant l’image et faisant l’association mentalement) (page 66)
- « (...) the [digital] illustrations portray the critical information – the breaking apart of the ceiling because of the intense heat from above and the consequent falling of the heating unit onto the tile stands – with maximum clarity, avoiding peripheral or other-wise inessential details. They show a plausibly real world, but only the most essential information is portrayed. (The photographs taken after the fire, in contrast, show a chaos of undifferentiated debris amid the ruins of the store: everything in front of the lens that was sufficiently illuminated.)”(page 73)
- “Perhaps the most significant rhetorical aspect of the display is that presenting the photographic and audio evidence as a single, coherent story appealed to juror’s familiarity with audiovisual stories with from their every-day experiences watching television, movies, and video clips on the Inter-net,” (page 76; reference omise)
- “The display thus offers yet another example of a principle we find whenever pictures are in play: the simultaneous creation of both explicit and implicit meanings.” (page 77)

- “Digital and analog media share the basic virtue of facilitating visual learning. (...) People learn better when information is presented pictorially (...) as well as verbally, because when both pictures and words are presented, people can construct mental models of the information in both their visual and their verbal channels and build connections between them.” (page 77; référence omise) ; “When people learn, they first have to process information through their working memories. But working memory capacity is limited. By ordering and pacing information effectively over time, lawyers allow their audiences to conserve scarce mental resources and thus absorb and retain new information better.” (page 83; référence omise)
- “And when we watch pictures on screens, although we know that someone has created those pictures, the “author” is not present; thus, lawyers who show pictures on screens are less likely to be intuitively understood as the creators or sponsors of those pictures than they are when they handle photographs or poster boards.” (page 79; l’apparente objectivité du contenu s’en trouve augmentée)
- “(...) people tend to believe what they see in mass media, (...). Simply by putting information on a screen, lawyers can tap into these tendencies.” (pages 79 et 80; référence omise)
- “On the one hand, people who are inclined to believe that information on a computer screen is reliable simply because they see it as computer generated may be that much more disposed to believe what a lawyer displays on screen. On the other, (...) the more people use Photoshop, Final Cut Pro, and other digital photo and video editing programs, the more aware they may be that all digital visual representations are constructed and the more likely they may be to view screen images with scepticism. This may be especially true of younger audiences (...).” (page 80; référence omise; nous soulignons)
- “From the handful of published experimental studies on the effects of computer animations on legal decision making, several findings, necessarily tentative, have emerged. First, animations can, but sometimes do not, influence judgments of fact and legal responsibility. (...) Second, animations can help or hinder accurate fact-finding, depending on the nature of the animation and the other, reliable evidence. (...) Third, jurors who watch animations may not be the best judges of whether the animations have influenced their thinking. (...) It is not clear why computer animations affect legal judgments, to the extent that they do.” (page 91; nous soulignons)

- “(...) digital media are transforming what judges’ and jurors’ knowledge of legally relevant reality looks and feels like. This is significant on at least three levels. (page 98)
  - First, digital visuals and multimedia can improve decision makers’ knowledge and understanding of reality. (...) (page 98)
  - Second, whether or not digital media improve legal knowledge in an absolute sense, they certainly change *how* decision makers learn and think about the reality they are judging. (...) Furthermore, the ever-increasing mobilization of information in the digital age and the seemingly limitless ability to combine pictures and words using digital media are changing what and how jurors *expect* to learn about the case. (...) According to what some have called the “CSI effect”, jurors increasingly expect prosecutors to present forensic evidence in criminal cases and, some lawyers believe, hold the absence of such evidence against the State even if no evidence was available. (...) (pages 99 et 100 ; référence omise)
  - Third, the digitalization of law has the potential to change people’s fundamental attitudes toward the nature of legal knowledge. (...) In short, scholars in many disciplines have sought to explain how knowledge is locally constructed through culturally embedded practices and through techniques of investigation and representation. This theory of knowledge and truth is sometimes called *constructivism* (...). (...) many participants in and observers of the legal system continue to feel uneasy about constructivism. The compelling pull of objectivism and naïve realism – the belief that reality is just out there to be seen or “seen through” our representations of it – remains strong (...). The fear seems to be that embracing constructivism would undercut confidence in the capacity of legal proceedings (paradigmatically, trials) to yield provable truths about the world. From this perspective, acknowledging that what we can know about reality depends on how advocates present it puts the law’s claims to legitimacy into the hands of those who, at least in popular imagination, are prepared to obscure or even to subvert the truth whenever it’s the client’s interest to do so.” (page 101; références omises)

#### **Chapter 4: Picturing Scientific Evidence**

- “From the expert’s perspective, the pictures help to bolster his or her own authority and credibility. In effect, the expert tells the audience, “You don’t have to take my word for it; see for yourselves what the science shows”. At the same time, because the subject matter and the significance of the picture are unfamiliar to lay audiences, judges and jurors need the expert to help them interpret the pictures. These interdependences – the audience needs the pictures to understand the expert and needs to expert to

understand the pictures – create a unique rhetorical situation.” (page 105; références omises; voir aussi là-dessus page 120)

- **Contenu du chapitre:** “We begin with a brief survey of the history of pictures of scientific evidence in court. We then frame a central issue for both science and law (...) in the digital age: Knowing how easily digital pictures can be manipulated and recognizing that honest scientists and lawyers may be strongly motivated to “clean up” their pictures in order to make the truth of the matter as they understand it as clear as possible, how should a community (...) decide when a picture is truthful enough to be relied upon? And how can judges and jurors, who lack scientific expertise, know whether a scientific picture offers reliable knowledge? Then, assuming that the scientific picture is reliable enough, we confront the tension between how laypeople read a scientific picture and how scientific experts want them to read it. (...)" (page 106; référence omise)
- “Photographers have always adjusted their pictures in the service of realism and comprehensibility. What is new in the digital age is the widespread knowledge not only that photos can easily be edited but that they *are* edited, and how it is done. This is changing viewers’ beliefs about the relation between photographs and the reality they purport to show – about the reliability of scientific and other pictures.” (pages 108 et 109; référence omise)
- Les auteurs abordent le cas des “fMRIs” (functional magnetic resonance imaging), “which creates brain scan pictures with a plethora of visual effects and meanings”, aux pages 120 à 129; “should jurors be allowed to see the scans themselves, pictures that the scientific community considers highly informative and probative but that lay audiences may be tempted to misinterpret?” (page 121) ; “(...) people may think that a scientific argument is better reasoned simply because it’s accompanied by brain pictures, even if the pictures add no information,” (page 126; référence omise)
- “In *Old Chief v. United States*, the U.S. Supreme Court recognized that parties have a right to present evidence in the form that they deem best suited to meet jurors’ expectations of what convincing proof should be, even if that evidence is not logically necessary to the determination of guilt or innocence.” (page 128; référence omise)
- “Our analysis of the reliability and rhetoric of scientific pictures leads to two recommendations. First, trial judges who make the threshold decision whether to admit scientific pictures and the lawyers who raise and frame the admissibility issue need to understand enough of the science and technology behind the pictures to determine whether the pictures meet the relevant criteria for accuracy and reliability. Second, all participants in the

legal system need to study scientific pictures, like any others, closely enough to identify and articulate the multiple meanings that the pictures yield. Judges must do this so that they can appropriately use the pictures they see to improve rather than impair their judgments. And lawyers must do this so that they can help to educate both judges and jurors to do this aspect of their jobs as well as possible.” (page 130; nous soulignons)

## Chapter 5: Multimedia Arguments

- “(...) the persuasive power of digital technologies is on display during closing arguments as nowhere else. (...) A lawyer’s job is to be persuasive, but how far should lawyers be allowed to go?” (page 131)
- **Contenu du chapitre:** “We begin by outlining the law of opening statements and closing arguments and the use of visuals in both. We then briefly describe some notable early uses of multimedia advocacy. The remainder of the chapter focuses on the groundbreaking multimedia arguments in the *Skakel* case (...) and in two lawsuits brought against Merck, Inc. for harms allegedly caused by painkiller Vioxx. We’ll see that digitalization doesn’t merely add bells and whistles to traditional arguments. It fundamentally changes the possibilities for legal rhetoric.” (pages 131 et 132)
- During opening statements, explicit argument is prohibited. “But the way in which lawyers describe and arrange the facts, even if not overtly argumentative, may of course further their persuasive goals. (...) basic cognitive psychology indicates that jurors’ ultimate decisions are likely to be influenced by what they first learn about the case and how they learn it.” (page 133; référence omise)
- “The most important cultural reference point that the prosecution’s digital multimedia closing exploited is the cinematic *confession*. (...) Digital technology enabled the prosecution to combine pictures, text, and audio to create an integrated presentation of the evidence in a form that jurors would understand as a confession. First, there is the use of Michael Skakel’s recorded voice. (...) Second, digital technology allowed the prosecution to create the impression of a “confession” in highly dramatic fashion.” (pages 141-142; référence omise)
- “The appeal to jurors’ naïve realism was effective precisely because it was so thoroughly mediated: The prosecution used the tools of digital technology to integrate selected forms of popular cultural storytelling with the audience’s perceptual habits, thus bringing the audience that much closer to a feeling of direct experience – and hence the truth of the matter. Regulating implicit inferences is a difficult task, and courts should be

especially vigilant when the state invites jurors in a criminal case to draw misguided inferences against a defendant.” (page 143; références omises)

- Use of technology as a way to appeal to jurors’ emotions (pages 148 and 150) ; use of visual simplicity so that jurors understand the case better (page 151), but also to convince them that it is a simple case: “The graphical style of PowerPoint pictures is a fitting visual metaphor for the judgmental simplicity in which Lanier encourages the jurors to believe. (pages 151-152; référence omise).
- “Describing the story of Merck and Vioxx in terms of the characters on *Desperate Housewives* (...) does two things. It gives jurors a popular cultural template for understanding Merck’s conduct as a deviation from the norm of how a good company ought to behave and thus (...) for identifying that conduct as the cause of plaintiff’s heart attacks. (...) At the same time, (...) the “Desperate Executives” theme seems designed to amuse jurors and thus to deflect their attention from the questionable relevance of these character sketches of the defendant’s personnel (...) to the legal claims which the plaintiff bears the burden of proving.” (pages 154-155; références omises)
- “The thoughts and feelings that these digital pictures are designed to trigger may seem insufficiently tethered to the law and the evidence, which (...) are supposed to be the exclusive bases for judgment. Moreover, how could it possibly be a good thing to exacerbate cognitive biases that can divert jurors from following the law (...)? All of these concerns are heightened by the procedural context of closing argument. Multimedia displays seen and heard at the end of the trial may exert an undue influence on jurors’ judgments because of (...) the *recency effect*: When people are exposed to a sequence of messages, the last one is likely to be the most influential. In addition, visuals and multimedia used only in closing argument raise special fairness concerns because these displays (...) are typically not disclosed to the other side beforehand (...). Possibly the most fundamental concern about the new media displays is that they expand the role of *implicit processes* in legal argument and judgment and thereby increase the likelihood that factors other than the law and the evidence will improperly influence verdicts.” (page 160; références omises)
- MAIS : “Some implicit processing is inevitable in legal judgment; according to cognitive psychologists, that’s just the way people think. And emotions, subconscious or not, are also unavoidably a part of legal (...) decision making. (...) Trial lawyers have always been allowed to go beyond the evidence (...). (...) And jurors cannot help but draw on their perceptual, cognitive, and emotional habits (...). So “outside influences” (...) are already a part of every trial.” (page 161; références omises)

- “All of that said, the law must still strive to distinguish better from worse decision-making processes and hence appropriate from inappropriate modes of persuasion. (...) So the question should be (...) whether the risks that digital technologies present so threaten to mislead, confuse, or prejudice jurors that they outweigh the new media’s benefits. We assume that this question (...) can be answered on a case-by-case basis.” (page 161; nous soulignons)
- “We suspect that some of the concern with which some academics and other observers regard digital multimedia in law is grounded in distrust – of pictures and, more particularly, of jurors. High-tech visuals can be too persuasive, some think, because jurors are too easily persuaded. (...) We think that such views tend to underestimate the visual and media literacy of ordinary citizens. (...) we contend that jurors are capable of approaching most high-tech (or low-tech) multimedia arguments with intelligence and discrimination (...).” (pages 161-162)

### **Chapter 6: Into the Screen: Toward Virtual Judgment**

- “The legal system’s migration to cyberspace promises easier access to justice for more people and more efficient dispute resolution. These are laudable goals. The danger, however, is that not enough thought will be given to how technology will shape justice.” (page 163)
- Risques posés par les technologies d’immersion virtuelle page 167
- *From Video to Virtual Reality: Dispute Resolution on the Screen:* on ODR: “(...) ODR offers many benefits, (...) yet [people] may not fully understand important issues raised by the computing technology. Authentication of messages and the identity of their senders and receivers, protection of privacy, and security are all serious concerns. (...) In sum, while ODR can be faster, cheaper, and more convenient than justice in the bricks-and-mortar world (...), it works in part because participants ignore the underlying software that makes it possible and thus fail to appreciate how little protection it affords if anyone involved fails to act in good faith.” (pages 173 et 174; référence omise; voir aussi danger pour la sécurité posée dans le cadre de la *Michigan Cyber Court* qui ne s’est pas concrétisée, page 175)
- *The Role of Juries in the Court of the (Near) Future:* pages 178 à 183. On the risks of cyberjuries: “(...) will they participate with the same seriousness when the ceremony and formality of courthouse spaces are missing? The content and dynamics of jury deliberations will no doubt also change. Cyberjurors will lack the group identity forged by having watched the trial in a shared space and then being confined to a small

room to talk their way into a verdict. Dispersed in their various homes and offices, they will also be subject to the distraction of other household or office members and the temptation to discuss the case with them. In addition, how will the fact that serving on a cyberjury means working with just another open window on a multitasked computer desktop affect jurors' perceptions, attention, and judgment and the quality of the justice they render?" ( further issues of community, security and privacy pages 182-183)

- *Judging Machines*: pages 183 à 188. “Three features of computing technology are both fundamental and problematic for using computers to carry out legal judgments: first, systems managers who are technical staff, not legal staff, are always at the top of the hierarchy; second, computers are not like human brains; and third, computers are limited in ways that most people do not see.” (page 188, nous soulignons; développement aux pages 188 à 190)
- “For a legal system in the digital age to deserve the public's allegiance, the public must take and maintain responsibility for what's on and behind the screens on which justice is conducted. We suggest that these considerations be taken into account: **1.** Both the underlying software and what's visible on the screen will influence the kind of justice that emerges online, so the design of both should be reasonably open process, including experts from all relevant domains (...). **2.** To promote transparency, the software on which any truly public legal system runs should be open-source code (...). **3.** While the subject of electronic data security is far too vast for us to survey here, we can suggest a few obvious parameters (...). **4.** The justice system in a democracy should retain ownership of all data the system generates. (...) **5.** If our legal system is to remain readily grounded in precedent, past decisions and other records must remain readily accessible and freely available without payment of unreasonable fees.” (pages 192 à 194)

## Chapter 7: Ethics and Justice in the Digital Visual Age

- **Contenu du chapitre**: “In this concluding chapter, we reflect broadly on these changes in law and suggest what can be done to enhance the quality of justice in a world increasingly dependent on visual displays. First, we ask whether the expanding use of digital pictures and multimedia is a good thing for the law in general. (...) Next, we address the ethical obligations of those who make and display legal visuals and multimedia. (...) Finally, we place law's digital visual transformation in a wider social context.” (pages 195-196)
- “[The examples of new courtroom media discussed throughout the book] and other digital displays seem capable of offering both advantages and

disadvantages for legal judgment. So are they, on balance, good for law, and, if not, can they be made better? To address this, we identify four criteria for good and just decision making: accurate outcomes [1.], good thinking [2.], fair process [3.], and expressive value [4.]” (page 196; nous soulignons et rajoutons les chiffres)

- **1. Accurate Outcomes:** “Are digital visuals and multimedia leading to more or fewer accurate verdicts? It’s impossible to say for sure. (...) That said, there are reasons why the net effect of courtroom visuals and multimedia may well be greater accuracy of outcomes. (...) Trial judges’ decisions to admit or exclude individual pictures will, of course, shape the aggregate effect of new media on judgmental accuracy.” (pages 196 et 197; référence omise)
- **2. Good Thinking:** “Will law in an increasingly visual, digital, and interactive environment be less likely than before to conform to these ideals of good decision making?”
  - *Threats to good thinking:* “[new media] may also threaten good thinking in several interrelated ways. The first has to do with decreased corrigibility of intuitive responses. (...) Relatedly, digital visual and multimedia communication is often criticized on the ground that it makes it easier for legal advocates to manipulate or deceive their audiences (especially jurors). We should examine this criticism very carefully. (...) A third threat (...) is to trigger emotional reactions that overwhelm reasoned consideration of the evidence and arguments. (...)” (pages 198 à 200; nous soulignons)
  - *The threats reconsidered:* réponse des auteurs aux trois menaces pages 200 et 201: “Some expressions of concern about the effects of new media on legal thinking seem to be exaggerated. (...) We suspect that concerns about the threats (...) are partly driven by broader anxieties. (...) So the threats to good legal thinking that the new media pose should be kept in perspective. Still, they have a real basis. The legal system, however, can take steps to reduce these threats to good thinking while retaining or increasing the judgmental benefits that the new media offer.” (page 201)
  - *Judges, juries, and visual evidence:* “We propose that, in jury trials, judges should exercise their considerable discretion by letting jurors see all but the most incorrigibly prejudicial, misleading, or confusing displays. (...) We believe (...) that decision making is more likely to be improved than impaired when properly informed jurors see the displays and deliberate about them together (...).” (page 202)
  - *Improving legal visual literacy:* “We have argued that jurors who are properly informed can generally use new media in a way that improves their legal thinking and decision making. Jurors’ ability

to knowledgeably evaluate the visuals and multimedia they encounter derives from four sources: the judge, the lawyers, expert witnesses, and the jurors themselves. The legal system can and should improve each of these sources of digital visual literacy.” (page 203, nous soulignons; développement sur ces sources aux pages 203 à 207)

- **3. Fair Process:** “Perhaps the most commonly expressed concern about the law’s embrace of new visual and multimedia technologies is that parties’ unequal access to the resources needed to use those technologies undermines this ideal of fairness. (...) And we believe that concerns about unequal access, although real and perhaps especially compelling for criminal defendants whose liberty and even lives may be on the line, are generally overstated. (...) To the extent that unequal access to the means of making and presenting digital visual and multimedia displays remains a problem, legal and other public policy makers should be encouraged to consider providing funding and other resources so that litigants can take advantage of the new media. The first step is already well under way: Federal court administrators and many of their state court counterparts have undertaken the task of equipping courtrooms with digital presentation systems. (...) Fair process also requires that all parties have an adequate opportunity to examine and respond to opponents’ visual and multimedia displays. (...) As legal proceedings increasingly rely on videoconferencing technology, ensuring that all videography and transmissions meet appropriate standards also becomes a matter of basic fairness. (...) A final step (...) is to require that the displays be preserved so that appellate courts can adequately review their use. (...) Finally, (...) not only the display itself but also a video or other reasonably complete record of the moment in time when it was used should be preserved.” (pages 207 et 208; références omises ; nous soulignons)
- **4. Expressive Value:** “(...) one might argue that this expressive value of law is also being threatened in the digital age. (...) Digital visuals and multimedia can enhance rather than impair both the theory and practice of justice – especially if lawyers take seriously the ethical obligations we recommend later regarding the use of pictures and if sound procedures enable all trial participants to engage in constructive conversations about those pictures.” (page 211)
- **The Ethical Use of Pictures:** “(...) we propose the following guidelines:
- 1. *Any picture that a lawyer uses to communicate with or persuade opposing counsel or third parties should reflect a reasonable effort to depict accurately or to explain or argue without misleading, distorting, or falsifying reality and may not have the overriding purpose of encouraging*

*judgment on improper grounds.”* (page 213; développement page 213-214) ;

**2.** *When a lawyer offers a picture as a depiction of reality, the picture and the lawyer shoud make the relationship between picture and reality transparent.* (page 214; développement pages 214 et 215) ;

**3.** *A lawyer should know when to use pictures, be able to critique others’ pictures, and have the visual and technological literacy to do both of these things well.* (page 215; développement pages 215 à 217)”

- *Digital Justice in a Democratic Society:* “Our aim throughout the book has been to encourage the legal system and the public to replace both naïve realism and iconoclasm with a more rigorous and focused skepticism. (page 218) ; “The migration of legal argument and judgment to cyberspace (...) demands that we ask what citizens can do to ensure that justice continues to flourish online.” (page 219) ; “We believe that the continued legitimacy of online justice in a democratic society depends on transparency, public control, and informed consent.” (page 220).

- **Lawrence M. FRIEDMAN, «Is There a Modern Legal Culture?» (1994) 7-2 *Ratio Juris* 117.**

- «**ABSTRACT:** This essay argues that there are certain traits which, taken together, characterize modern legal systems, and are reflexes of modern legal culture. Modern law is rapidly changing; it is dense and ubiquitous; the basis of its legitimacy is instrumental; it stresses fundamental human rights and is strongly individualistic; lastly, the globalization of law leads to a process of convergence among legal systems. These traits also produce structural changes in legal systems, for example, an increase in the power and activism of courts.»

- **Inga HOFER, *The Rise of Courtroom Technology and its Effect on the Federal Rules of Evidence and the Federal Rules of Civil Procedure*, under the direction of Professor John PIRICH, Spring 2007.**

- **Page 3 :** *The very nature of trial evidence is pushing us in the direction of electronic evidence presentation, at the same time that our population is becoming increasingly computer literate and technologically dependent. Jurors, in fact, are surprised by the fact that technology is new to the courtroom. Jurors expect the use of technology during trials.*

*Despite the rapid advance in courtroom technology and its many advantages in practice, there is still some lingering resistance to the complete incorporation of computerization, especially in the courtroom. Some of this resistance can be attributed to the normal and perhaps unavoidable implementation time lags associated with change, fear of*

*technology, and a social and psychological fear of change in general. Attorneys have been practicing with paper and photo enlargements in court for years – without computer images – and therefore many lawyers adhere to the old adage that “if it ain’t broke, don’t fix it.” But there is also resistance to using computer technology to its fullest potential in the courtroom at its institutional level. The Federal Rules of Evidence and the Federal Rules of Civil Procedure can stand as barriers to the admissibility of electronic evidence and computer generated exhibits, especially when coupled with a judge’s fear or unfamiliarity with trial technology.*

- **Pages 4-10 :** The author starts his discussion on the **description of some of the trial technology currently being applied in American courtrooms** and which could become an integral part of it in the near future. He describes the first level technology as static images, computer animations, re-creation and simulations. The second and third level technologies are those that have never been used before in courtrooms: holographs and virtual reality systems.
  - The author then discusses the **advantages and disadvantages of technology**. The **advantages** for judges: technology can increase opportunities to control the proceedings, set time limits, and decide matters expeditiously. For jurors, it can increase the sense of participation in visual imagery. Courtroom technology allows advocates to clarify and synthesize trial information to increase the jury’s interest, comprehension and memory retention. (Page 10)
  - He then cites **cases** in which technology has played a significant role in the outcome. (Page 13-14)
  - The **disadvantages** he finds are: that computer generated evidence may be erroneous, misleading or unreliable. Also, high expenses of trial technology may exacerbate existing inequities between litigants. (Page 15-16)
  - The author then conclude by explaining how the federal rules of evidence and federal rules of civil procedure could be adapted to computer generated evidence. (Page 16-25)
  - **Page 25 :** Bill Gates : “*When change is inevitable, you must spot it, embrace it and find ways to make it work for you*”.
- **William JOHNSON EVERETT, “Ritual Wisdom and Restorative Justice”, (2003-2004) 25 *Hamline Journal of Public Law and Policy* 347.**
- Aborde l’importante connection entre le rituel, le symbolisme et le droit;

- “(...) legal and judicial practices are deeply rooted in symbols and rituals. In order to make any basic changes in the practice of law and of the courts, we have to attend to the symbolic as well as the jurisprudential dimensions of our practices.” (nous soulignons; p. 347-348)
- “Symbols and rituals are indispensable for our efforts to contain, transform, and resolve conflicts. Without them, our conflicts are reduced to the exercise of brute force and the loss of all the values of cooperation and mutuality that make life in community possible. Therefore, our search for justice in the midst of conflict must take symbols and rituals seriously and discerningly, especially when we try to introduce new forms for dealing with conflict and restoring relationships.” (nous soulignons; p. 348)
- “The display of symbols and the regular repetition of certain words, actions, and patterns of interaction give people a sense that they are participating in something deeper, more permanent, and therefore “true”. Ritual relates our actions of the moment to a timeless drama that gives meaning, and therefore authority to what we do. Our rituals and the whole environment in which they occur – setting, time, clothing, and furnishing – gain symbolic meaning and authority to the extent they imitate this ideal drama.” (nous soulignons; p. 348)
- Les rituels et symboles jouent un rôle social s'exerçant de trois façons: “Rituals and symbols exercise their peculiar social power in at least three ways: by legitimating action, by ordering relationships, and by enabling people to “rehearse” their participation in the resolution of conflict.» (p. 349)
  - *I. Legitimizing authority:* Tout rituel entourant une action permet de rattacher cette action à une réalité plus profonde, intemporelle, permanente, fondatrice de sens. C'est ce rattachement qui permet une légitimation de l'action. En droit, donc, “To legitimate our actual patterns of judicial, meditative, and restorative action we enact them as a kind of rehearsal of a more ultimate pattern of justice. The ritual patterns we rehearse in our courtrooms (...) are efforts to emulate a deeper or higher pattern that can lend legitimization to our daily search of justice. In doing so, we not only justify our practices but we also subject them to a higher standard of justice.” (p. 349)
  - *II. Ordering relationships :* Les rituels et symboles modèlent nos efforts de recherche de justice en ordonnant les relations entre acteurs, en définissant les rôles joués par chacun – juges, avocats, jury, demandeur, victime, accusé, public. Chacun s'en tient à son rôle; “the roles themselves are organized according to a script

flowing from one of our shared dramatic scenarios about justice.” (p. 351). (...) people leave behind their ordinary roles, scripts, and life dramas to participate in an authoritative and binding resolution of their conflicts. Ritual organizes them for this action.” (p. 351)

- *III. Rehearsing Actions:* “Rituals are dramatic scripts in which we act out our version of a more ultimate drama, in this case, the drama of establishing justice and right relationships.” (p. 353). Le droit est d’abord et avant tout à l’image de la société dans lequel il s’ancre: “If, in their daily life, people rehearse rituals of subordination, silencing, command, or retribution, they will enact these dramatic forms in judicial settings. If they rehearse dramas of participation, of conversational inquiry, and negotiation, then they will seek to bring these into the formal process of justice-seeking. A ritual perspective thus requires that we take account of the interplay between the formal processes of justice-seeking and the environing culture and community in which they take place.” (p. 353, nous soulignons).

Donc avant de modifier les rituels de justice: “Any effort to change the rituals of justice requires attention to the wider rituals of culture in which they take place.” (p. 353)

- **Jenny McEWAN, “Ritual, Fairness and Truth: The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial”, dans Anthony DUFF, Lindsay FARMER, Sandra MARSHALL et Victor TADROS (éd.), *The Trial on Trial*, volume 1, “Truth and Due Process”, Portland, Hart Publishing, 2004, p. 51-69.**
  - Afin de juger lequel du système inquisitoire ou contradictoire il convient d’adopter en droit criminel, l’auteure postule qu’il est d’abord nécessaire de s’intéresser aux buts du procès criminel en soi (p. 53). Elle pose d’abord le procès criminel comme un rituel suivant un événement traumatisque (p. 54) par lequel l’on recherche symboliquement une catharsis (p. 53; elle parle ici de «healing process» (p. 53), de «psychological closure» (p. 55) du procès contesté). L’auteur note que le besoin de spectacle est une des raisons d’être du procès criminel (p. 54), et que la théâtralité est à son comble dans un système contradictoire (p. 54). Comme second but, l’auteure réfère à la nécessité de faire du procès un processus civilisé, impartial et équitable pour que se réalise la Justice (p. 55). Les notions de légalités et de «due process» sont donc, selon l’auteure, inhérente à la définition même de procès. L’on procède ici à une mise en parallèle des systèmes inquisitoire et contradictoire quant à divers aspects de cette fonction. Comme troisième but, l’on pose finalement la recherche de la vérité (p. 63).

- **Martha J. McNAMARA, *From Tavern to Courthouse; Architecture and Ritual in American Law, 1658-1860*, Baltimore and London, The Johns Hopkins University Press, 2004.**
  - A two-stage transformation took place in judicial rituals: “As lawyers professionalized in the late eighteenth century, they reshaped court rituals in order to lend legitimacy to their newly created legal authority. Rather than emphasizing public displays of authority and justice, court proceedings became performances designed to highlight the professional demeanor and legal acumen of the leading characters – the lawyers who occupied both the bench and the bar.” (p. 3)
  - “Buildings, town plans, rituals: together they defined a landscape through which people living in Massachusetts materially experienced judicial authority. (...) Creating this judicial landscape enabled lawyers both to define themselves as an exclusive community – a profession – and to represent that community as an integral part of the social fabric.” (p. 4)
  - “The creation of a specialized landscape for the conduct of judicial proceedings enforced the idea of law (and lawyers) occupied a sphere separate from other social, political, and economic activities.” (p. 6)

“(...) the creation, through architecture and ritual, of a new judicial landscape that both defined and communicated the professional ideal. By 1780s, purpose-built courthouses began to appear in Massachusetts as part of a distinctive judicial landscape that, along with new court rituals, served the rhetorical needs of the professionalizing bar.” (p. 56)
  - “Massachusetts justices at the end of the seventeenth century held court in taverns and meetinghouses, or, when sitting in the urban seaports, in what were known as town houses – buildings that accommodated a wide range of public activities, including markets and town government. Because these buildings were not vested with particular judicial symbolism, the weight of communicating judicial authority fell primarily to the justices and their court rituals, an authority resting on their perceived legitimacy, coercive power, and relative fairness.” (p. 11; références omises)
  - “Boxes for sheriffs and constables flanked the “bar”, which served as a prisoners’ dock as well as dividing the judicial area from any spectators. The bar also emphasized a defendant’s separation from the public and presentation before the court.” (p. 24-25)
  - “In light of lawyers’ concern to distance themselves from mercantile activities, the construction of function-specific courthouses beginning in the late eighteenth century takes on a new clarity. Although inextricably intertwined, merchants and lawyers separated the once joined worlds of

commerce and law: law and lawyers moved to courthouses, while commerce and merchants moved to exchanges, coffeehouses, insurance offices, and banks. (...) Lawyers seeking to isolate law from the taint of commerce in order to shore up their professional claims physically inscribed the idea of a sacrosanct judicial space into the civic landscape.” (p. 36; référence omise)

- “If the courthouse represented the inscription of legal power into the public landscape of Massachusetts shire towns, the definition and manipulation of that space through court rituals served to traditionalize legal performances. After the Revolution, rather than turning away from the English rituals and practices that they had recently begun to adopt, lawyers used them to focus attention on their courtroom performances and to present themselves as knowledgeable, disinterested, “professional” practitioners of the law.

As anthropologists and historians point out, religious and secular rituals have a variety of functions: they can range from communication and transformation to the creation of a sense of cultural unity and support of social hierarchy; or conversely, they can be used for its subversion. The formalized, stylized actions and codes of behaviour employed in Massachusetts court sessions constituted a ritual system that expressed the judicial and social order of Massachusetts shire towns, even as that system underwent extensive changes. The ceremonies not only explained their societies’ civic order to the residents of the shire towns, it also gave authority and legitimacy to those who conducted court proceedings. For judicial bodies, this legitimacy is of tremendous importance because their efficacy relies not only on their ability to bring social coercion to bear on members of society but also on their ability to fuse a wide range of symbols into a coherent whole known as “law” or “justice”. (p. 37; références omises)

- “The justices no doubt physically manifested the strict hierarchy inscribed by the clerk in their courtroom entrances and position on the bench. The 1753 plan of the Salem courtroom clearly indicates that “Judges”, perhaps justices of the quorum, and superior court judges sat on a bench running across the width of the room, dominating the courtroom, while other justice, perhaps arranged in the same hierarchical order recorded by a clerk, sat in less prominent benches flanking the trial area (see fig. 1.7). Sometimes the “chief judge” (...) occupied a single chair, perhaps elevated above the others at the center of the bench.” (p. 40; référence omise)
- Figure 1.7: “In 1753, the Essex County Court of General Sessions ordered alterations to the court-room of Salem’s 1718 town house. (...) The judges sat on a bench running the width of the building. A table in front of the judges’ bench accommodated court clerks and attorneys. Benches for

justices of the peace and jurors ran along either side of the room. The bar, or prisoners' dock, was flanked by boxes for sheriffs or constables, and the seat in front may have been a place for witnesses. The rest of the room was undifferentiated space for spectators."

- The donning of judicial robes, wearing of wigs, and a tighter control of court participants were strategies employed by the bar to legitimize its expanding role in the judicial system. (p. 58-59; référence omise)
- "Bulfinch introduced a number of new elements into the Newburyport courthouse, many to serve the changing makeup of the participants in court proceedings and others to reinforce the specialized nature of the building. (...) the lawyers' seats between the judges' bench and the bar testified to the growing importance of attorneys. (...) Two stands for witnesses (...) were situated in front of the prisoners' dock at the back of the lawyers' benches, perhaps to accord them more prominence in a crowded courtroom. Last, Bulfinch seemed to indicate with broken lines that the entire area for judicial proceedings was to be elevated. (...) Broken lines also suggest that the spectators' seating was tiered." (p. 71-72)
- New spaces in the Northampton plan for the attorney general and the court "reporter" (...) indicate the changes taking place in both court personnel and court rituals. (...) The attention given to the space for lawyers signals their importance to the proceedings and their dominance of the courtroom. (...) Interestingly, neither plan indicates seats for witnesses. Asher Benjamin's 1806 plan included two seats for witnesses (...). This denied witnesses any special authority that placement next to the judge, facing into the courtroom, would imply." (p. 96-97)
- "Last, as compared with eighteenth-century buildings, spectators' access to the Leverett Street courthouse was severely restricted. The architects' designs confined spectators to small galleries at the back of the room and, in Parris's plan, to a limited amount of seating on the floor of the courtroom. In addition, Parris placed the judge's seat against a wall, without the traditional window opening to light the justices' bench. Though the evidence is somewhat scanty, most town and courthouses prior to Parris's plan incorporated either a single window, usually "Venitian", or a pair of windows over the justices' bench. Positioning the justices in front of a source of light clearly resonated with the placement of the pulpit in front of a window in Congregational meetinghouse architecture. As members of an established profession, judges' authority now derived from specialized knowledge and membership in an exclusive organization – authority that did not require religious association." (p. 100)

- Geoffrey P. MILLER, “The Legal Function of Ritual”, (2005) 80 *Chicago-Kent Law Review* 1181.
  - Cet article aborde le rituel en soi et en fait un instrument de contrôle social au même titre que le droit et la norme. Le droit et le rituel sont donc comparés plutôt qu’assimilés, bien qu’ils s’interpénètrent aussi, ce qui explique que les procédés légaux contiennent plusieurs éléments rituels (p. 1226). L’article ne se penche donc pas directement sur le rituel judiciaire. Il accole néanmoins à tout rituel une fonction légale, au sens large :
    - «Rituals, norms, and laws thus appear to share some common functions, even if their modes of expression are distinct. The aim of this paper is to draw out some elements of that common purpose. The general thesis is that rituals, like laws and norms, control behavior by encouraging beneficial actions and discouraging harmful ones. The role of ritual in influencing behavior in the service of an ostensibly broader good can be termed its “legal function” – where the idea of law is employed generally to describe attempts by the broader society, enforced if necessary by compulsion, to impose social controls on individual behavior.» (nous soulignons, p. 3 et 4; références omises)
  - L’on reproduira néanmoins un passage traitant de la façon dont un rituel (possiblement judiciaire aussi) trouve sa légitimité :

“Rituals are legitimated, in part, through being performed. The performative aspect involves participants in the ritual and gives them a degree of responsibility for its success. In effect, performance of ritual places members of the group in the position of ratifying and endorsing its legitimacy.

Ritual also establishes its legitimacy through the fact that it follows an apparently precise script, replicated each time the ritual occurs. The precision of ritual reminds participants that they are engaging in something that has been done since time out of mind. Continuity assures participants that the demands of ritual do not represent *ex post* opportunism by any current member of society. Because the ritual has been performed without apparent change for so long, its demands appear desirable and good. And, by indicating that rituals will continue in the future, knowledge of their long history reassures participants that they will not thereafter suffer expropriation at the hands of others.

Intellectual justification is also employed to justify rituals. In many cases, a narrative or myth provides an account of the ritual’s origins. Usually, such an etiology will contain elements that have legitimacy in the culture – for example, the protagonists may be revered ancestors or gods with

authority in the culture. Rituals may also be justified through etymologies. The symbols utilized by the ritual are explained by the sounds of the name assigned to them, which is associated and given meaning by being traced to some primary word or etymon. Usually, the etymology is fictitious, depending only on similarity of sounds. But within the culture, the etymology becomes part of the explanation of the ritual. The ritual elements receive validation by being associated with and explained by these linguistic roots.

As the society becomes more sophisticated, professional intellectuals may further rationalize the mythological, narrative or linguistic explanations by embedding them in systems of abstract thought. These formal systems enhance the legitimacy of the ritual because they illustrate its profundity and also convey the endorsement of a professionally qualified cohort who themselves claim prestige in the society.” (p. 1201-1202; références omises)

- **Dory REILING, *Technology for Justice : How Information Technology Can Support Judicial Reform*, Haarlem, Leiden University Press, 2009.**
- **A.G. ROEBER, “Authority, Law, and Custom: The Rituals of Court Day in Tidewater Virginia, 1720-1750”, *The William and Mary Quarterly, Third Series*, Vol. 37, No. 1 (Jan. 1980), pp. 29-52.**
  - Exposé des rituels judiciaires observables à Tidewater en Virginie, entre 1720 et 1750: «No institution was more central to Tidewater Virginia culture than the county court, in both physical eminence and practical consequence. Yet historians have generally neglected to pay attention to the “Dignity and Decorum” of court rituals – the dramaturgical exercises – in which propertied authority and communal custom defined the shared values of the culture by means of the law.» (p. 30)
  - «(...) the law itself and its procedures had to embody the formal and familiar qualities of Virginia life.» (p. 30)
  - «In a semiliterate society, it was not in printed opinions of authors, but in ritual actions, in face-to-face familiar meetings in the courthouse, that the reality of law unfolded in a formal setting modulated by routine and repetition.» (p. 31; références omises)
- **Marita STURKEN, Douglas THOMAS and Sandra J. BALL-ROKEACH, *Technological Visions. The Hopes and Fears that Shape New Technologies*, Philadelphie, Temple University Press, 2004.**
  - Extrait de l'introduction de l'ouvrage: «This book is concerned with the impact of these visions of new technologies. These essays address such question as: Why are emergent and new technologies the screens onto

which our cultures project such a broad array of social concerns and desires? Why is technology the object of such unrealistic expectations? What do these visions screen out about contemporary society? How is it possible to think about technologies outside of these frameworks? The essays in this book, which are written by scholars or new media, historians of technology, journalists who report on new technologies, and proponents of digital technology, offer a cautionary approach to the analysis of technology, examining the ways that the visions and metaphors of new technologies in large part create and define the social impact of those technologies. These essays make clear that society's capacity to project concerns and desires on technology can operate as a primary form of social denial; the belief that a new technology can solve existing social problems reveals a refusal to confront fully the deeper causes of those problems and the complexity of human interaction.» (page 3)

- Laurence H. TRIBE, “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process”, (1971) 84 *Harv. L. Rev.* 1329.
    - Le sujet de cet article n'est pas le rituel judiciaire, bien que de l'avis de l'auteur, le procès typique tient du rituel, i.e. d'un «complex pattern of gestures comprising what Henry Hart and John McNaughton once called "society's last line of defense in the indispensable effort to secure the peaceful settlement of social conflicts."» (p. 1376). Il contient tout de même le passage suivant, d'intérêt pour nos fins :

“2. *On Utility and Ritual.* - The appropriateness of applying mathematical methods to decisionmaking seems clearest when the alternative acts among which one is deciding are significant only as means to some external set of agreed-upon ends. For the decisionmaker can then approach his problem as the essentially mechanical one of choosing the act whose expected consequences will maximize a suitably weighted combination of those ends, subject to some appropriately defined set of constraints. The great difficulty with thinking in this way about the choice of legal rules and the design of legal institutions is that such rules and institutions are often significant, not only as means of achieving various ends external to themselves, but also as ends in their own right, or at least as symbolic expressions of certain ends and values.
- As much of the preceding analysis has indicated, rules of trial procedure in particular have importance largely as expressive entities and only in part as means of influencing independently significant conduct and outcomes. Some of those rules, to be sure, reflect only "an arid ritual of meaningless form," but others express profoundly significant moral relationships and principles - principles too subtle to be translated into anything less complex than the intricate symbolism of the trial process. Far

from being either barren or obsolete, much of what goes on in the trial of a lawsuit - particularly in a criminal case - is partly ceremonial or ritualistic in this deeply positive sense, and partly educational as well; procedure can serve a vital role as conventionalized communication among a trial's participants, and as something like a reminder to the community of the principles it holds important. The presumption of innocence, the rights to counsel and confrontation, the privilege against self-incrimination,<sup>1</sup> and a variety of other trial rights, matter not only as devices for achieving or avoiding certain kinds of trial outcomes, but also as affirmations of respect for the accused as a human being - affirmations that remind him and the public about the sort of society we want to become and, indeed, about the sort of society we are.

Perhaps these expressive roles of procedure can be formally assimilated into a utility-maximizing model by adding on appropriate values to the weighted combination of preferred ends. But, however completely this amplification of the model mirrors all of one's values, there is little chance of capturing the fact that much of what matters about expressive rules, procedural or otherwise, is that they embody and do not merely implement the values of the community that follows them. To employ mathematical techniques to help choose that rule which will maximize an appropriately weighted mix of certain values or preferences is to take those values as given - as objects outside the rules among which one is choosing. In fact, however, the very choice of one rule rather than another - of a rule that the accused cannot be forced to testify against himself, for example - may itself evidence and indeed constitute a change in the mix of basic values of the society that has made the choice in question. At this point, the decision problem - if it can still be called that - is to "choose" what fundamental values one wants to have and not simply to find the best way of implementing a set of values accepted as given. Numbers and curves can be of relatively little use at so ultimate a level." (p.1391 à 1393; références omises)

- À noter que le second paragraphe de ce passage est cité dans l'article d'Aaron HAAS (résumé ci-bas dans la section portant sur la vidéoconférence) à la page 89, à l'appui de l'importance de la procédure légale en soi.
- **Cornelia VISMANN, *Files. Law and Media Technology*, Stanford, Stanford University Press, 2008.**
- **Peter A. WINN, "Standing on Ceremonies: Legal Rituals, Regulative Rules and the Metaphysics of Jurisprudence", dans Roberta KEVELSON, *Law and the Human Sciences*, New York, P. Lang, 1992, à la page 495.**

- Selon l'auteur, ce qu'est le rituel judiciaire: «Legal ritual may involve a ceremony, like the entry of a plea of guilty or the swearing of a jury; it may involve the execution of an instrument, like a will or a promissory note; or it may involve some combination of both the enactment of a ceremony and the execution of an instrument. But the effect of legal rituals turns not on the intention of the participants, but on the definition of the ritual action itself. Ritual in general is interpersonal symbolic action, in which standardized forms of language and behaviour are used to constitute and order human affairs and social institutions. Legal ritual is no different from religious ritual or other social rituals, except it takes place in contexts which are invested with special legal meanings, and which are the special province of the lawyer.» (p. 496; nous soulignons)
- Le rituel judiciaire est quelque chose qui se fait et non pas qui se dit, et qui transforme une situation sociale; «this active transforming character of ritual is more important than its expressive character» (p. 496). «Strictly speaking, legal consequences do not ‘follow’ from the execution of a legal ritual; rather, the execution of the legal ritual *constitutes* the legally significant event. Legal ritual, then, involves the use of words not simply to communicate thoughts and intentions, but directly to create social events and institutions.» (p. 496)
- Les rituels judiciaires sont liés de près aux «legal forms», i.e. «a fixed pattern of legally significant words which is consistently used to execute a specific legal ritual». Ces *forms* ne sont pas en soi des rituels, mais sont utilisés dans le cadre de rituels (p. 499). Ils sont utilisés massivement par les avocats (p. 498). Or, «Absent some official ‘blessing’, lawyers are notoriously resistant to change the standard forms they use. The mechanical operation of a form causes it to continue to be used even if language in the form has not been scrutinized by a court.» (p. 498)
- Les *legal rituals* comme les *legal forms* sont à distinguer des *legal rules*. Les rituels et formulaires appartiennent à la catégorie des «constitutive rules», alors que les règles de droit sont plutôt des «regulative rules». (p. 499-500). Ces dernières régulent des comportements préexistants et s'appliquent traditionnellement à plus d'une personne, à plus d'une occasion. Les «constitutive rules», quant à elles, créent ou définissent de nouvelles formes de comportement (p. 500). L'auteur les compare aux règles d'un jeu, par exemple d'échec (p. 500). Les nouvelles formes de comportement créées par ces règles constitutives sont des «institutional facts», selon John Searle, philosophe du langage (p. 500). Ces «institutional facts» sont des «statements about actions within social institutions.» (p. 500).
- L'on évalue la «regulative rule» au regard de son efficacité, de l'atteinte de son but, «its effectiveness in promoting the policy or achieving the

purposes which it was intended to promote or achieve.» (p. 501). Or, cela ne devrait pas être le cas pour les «constitutive rules», donc font partie les rituels judiciaires: «On the other hand, it makes little sens to analyse legal ceremonies and instruments in terms of independent purposes or policies. No one would seek to find an independant purpose for the rule of checkmate in chess. The rule is a matter of definition or convention. To attempt to find such a purpose confuses a constitutive rule with a regulative rule – a category mistake. Constitutive rules in the law are no different from the constitutive rules of any other game. Nevertheless, legal academics continually try to understand legal rituals in terms of hypothetical purposes or policies.» (p. 501). Selon l'auteur donc, «(...) constitutive rules do not have determinate purposes or policies.» (p. 502; nous soulignons).

- «Ritual invokes multifaceted symbolic belief structures, but the ritual itself can work whether or not a specific propositional content is attached to the ritual's symbolism. The search for a 'purpose' underlying legal rituals assumes that there is some 'truth' underlying the practice. But the operative language of ritual does not constitute a type of expression which as conventional truth value.» (p. 503)
- Donc, «Instead of thinking of legal rituals as expressing some independently existing purpose of end, one should think of them as providing the framework or context in which analysis of regulative rules takes place.» (p. 504)
- «At a deeper level, the facts to which regulative rules apply are often themselves institutional facts, understandable only within a wider set of constitutive rules. Accordingly, our basic understanding of legally significant behaviour is often structured and controlled by the ritual forms of our legal experience. When this happens, legal ritual does not express an independent legal understanding; it is the very mode by which our legal understanding takes place. Gifts, wills, deeds, motions and trials cannot exist apart from the rituals attendant upon their creation. The rituals do more than mark, define or alter rights and obligations of people within a community – they create the very institutional facts which make those obligations intelligible to us. Because of the constitutive nature of legal ritual, the social facts against legitimacy of the ritual is judged are themselves constituted by the ritual.» (p. 505)

- Walter Otto WEYRAUCH, «Law as Mask – Legal Ritual and Relevance», (1978) 66 *California Law Review* 699.

- Selon l'auteur, les procédés légaux masquent l'humanité des participants au processus judiciaire. Ces masques sont l'attribut inévitale de tout système judiciaire. Si on peut les changer, on ne peut par contre les

éradiquer. (à partir de l'analyse de John T. Noonan, *Persons and Masks of the Law – Cardozo, Holmes, Jefferson, and Wythe as Makers of the Masks* (1976).

- «The utility of the masks that dominate legal analysis should not protect them from further examination, however. Their use may be related to the choice of values and the exercise of power that are traditionally manifest in the legal process as a discourse between plaintiffs, often have-nots, and defendants, often haves. Perhaps the styles of legal reasoning brought into focus by Professor Noonan are merely incidental to this perpetual and necessary social conflict.» (p. 700)
- «The rules of relevance, in short, have little to do with logic, reason, daily experience, common knowledge, and proper courtroom atmosphere. They are, rather, the product of deep-seated and largely unconscious value choices. Detailed articulation of the reasons for such choices is omitted because the need for such articulation does not reach the consciousness of the judge who in good faith is able to exclude information from his vision, especially when it is of a disturbing human nature.» (p.710)
- Sur les fonctions sociales des masques légaux (Partie III):
  - «Professor Noonan's metaphor of the masks distinguishes him from most Legal Realists. It invokes aesthetics, drama, and ancient rites; legal processes acquire some aspects of theater and play and perhaps of magic in the anthropological sense. If we understand ancient magic as being based on a belief that verbal incantations and the casting of spells can affect the universe, legal constructs can be viewed as magical tools for objectification which make persons and human emotions disappear.» (p. 713) (références omises)
  - «The major role of masks in our legal system is to objectify human conflict and exclude much human information that would be relevant if the only purpose of the system were to render "justice." Masks are not limited to the law, however, and legal masks serve a variety of social functions. Masks aid the exercise of control (*partie III A.*), are tools for the enforcement of social policies (*partie III B.*), and are beneficial in the legal system's function as peace-keeper (*partie III B. 2.*). They appeal to our aesthetic sense of symmetry and balance in law. It is this multiplicity of connotations that makes the choice of the mask metaphor particularly appropriate and ingenious.» (p. 714 et ss.) (références omises)
- Sur l'inévitabilité des masques légaux (Partie IV) :

- «Masks are at the heart of the legal process. Legal masks can operate as rules of relevance that in turn may act as camouflaged substantive rules. The rules reflect unconscious value choices and, like masks in ancient law and within a tribal context, function to enforce social policies, usually those of the established powers. The factual approach advocated by Professor Noonan counters these tendencies. But masks permeate legal thinking and therefore limit the scope of the change that is possible.» (p. 721)
- «Law is concerned not only with enlightenment and justice, which both have to do with intellectual discourse, but also with rendering peace and to some extent ordering social interactions. This function necessitates the development of legal rules, which inevitably become legal masks. The factual approach would impede peace-making and would be contradictory to many of the historical social roles of law. Seen in a broad perspective, the whole of law is a mask, not merely individual legal constructs and rules as applied in a specific case. Law derives much of its popular acceptance, hence its social utility, from being a mask. This allows law to be used to enforce social policies and it is not surprising that law-as-mask will generally support established powers. One can certainly oppose this use of the law. But the question for those who would alter the system is not how to destroy legal masks but which masks should be applied.» (p. 724) (références omises)
- En conclusion: «To state the theme of this Article concisely: law as mask is an ancient device to invoke a higher authority in a dramatic ceremony, and to channel emotions and events into fixed styles of reasoning that are, regardless of their intrinsic truth, aesthetically appealing and persuasive to the participants and the community. Obviously this insight cannot be widely and publicly shared without impeding vital functions of law. The masks of law must therefore be accepted in their important yet profoundly ambivalent role.» (p. 725-726)

#### D. FRANCE

- «À quoi sert le rituel judiciaire?», en ligne, Vie publique : <http://www.vie-publique.fr/découverte-institutions/justice/definition/symboles/quoi-sert-rituel-judiciaire.html>

«Le fonctionnement de l'institution judiciaire est constamment placé sous le signe du rite : les costumes, les symboles, les formules, l'architecture y sont codifiés, au point de sembler parfois ridicules aux yeux de l'individu contemporain. Pourtant, le rituel judiciaire possède une fonction fondamentale.

- Le mécanisme de tout procès consiste en effet à convertir un conflit, parfois violent, en paroles sensées : cette démarche n'est pas naturelle, et elle nécessite d'avoir recours à certains artifices pour réussir. Le **formalisme de la procédure permet ainsi** de distribuer la parole, de rendre le débat possible en aménageant à chacun une position stable, **de chasser la violence pour laisser place au discours**. L'agressivité initiale fait en quelque sorte l'objet d'une conversion, dans le cadre structuré de l'audience.
  - Le rituel vient également **rappeler que ce qui se joue au cours d'un procès dépasse la réalité concrète de ses protagonistes** : le costume porté par les magistrats permet par exemple de marquer la distance entre leur individualité et la fonction qu'ils occupent. Le rituel est ainsi le moyen de garantir à la justice son autorité : il possède la fonction paradoxale de rendre sensible (par le recours aux symboles) la distance qui nous sépare de la loi et qui en fonde la grandeur.
  - Cependant, ces différents **rites judiciaires sont aussi fragiles** que la finalité qu'ils poursuivent : ils sont menacés par leur propre folklore, et par le ridicule d'un formalisme judiciaire qui tournerait à vide et serait dépourvu de toute signification.»
- **Pascal BASTIEN, *L'exécution publique à Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle, une histoire des rituels judiciaires*, Seyssel, Éditions Champ Vallon, Collection Époques, 2006, 280 pages.**
- Cet ouvrage s'intéresse au rituel judiciaire que constitue l'exécution publique à Paris au 18<sup>e</sup> siècle. L'on énonce son objet en quatrième de couverture : «les rituels judiciaires du châtiment s'inscrivent dans une réflexion plus large, plus complexe sur le droit et la morale : ils constituèrent un dialogue constant, voire une négociation, entre le justiciable et l'homme de loi. L'objet de ce livre est de reconstituer ce dialogue».
  - Toujours selon la quatrième de couverture, l'exécution publique est vue comme un moyen de communiquer le droit par une mise en mots et en images du verdict. Elle est aussi un instrument dynamique et efficace du lien social entre État royal et sujets, un événement capable d'assurer une profonde cohérence à l'imaginaire judiciaire qu'elle participait à créer. Voir la double fonctionnalité que la mise en scène de la mort judiciaire confère à l'exécution capitale résumée à la page 203.
  - Mentionnons cette mise en garde intéressante de l'auteur, à la page 113 : «On ne peut prêter à une exécution une interprétation totalisante dont chaque accessoire et mouvements rituels auraient composé les différentes conditions de sa cohérence. À plus forte raison cet avertissement s'impose-t-il quand la signification symbolique de chaque étape est déjà

elle-même confrontée à une perte de sens inhérente à la longévité du rituel et au maintien pluriséculaire de certaines traditions pénales. Interpréter un symbole pénal utilisé dans le rituel du XVIII<sup>e</sup> siècle à partir du sens qu'il put avoir à la fin du Moyen Âge tient incontestablement de l'anachronisme (...). L'auteur mettait en garde contre la volonté de toujours chercher dans le rituel – ici ecclésiastique – une signification mystique quand il était clair que ce rituel, pour survivre, devait toujours évoluer et se mouler à la société pour qui il était organisé. Sans pour autant constater l'échec de toute tentative d'interprétation, il paraît toutefois indispensable d'analyser le rituel punitif dans toute sa flexibilité et de ne pas chercher à identifier des codes ou des significations que les Parisiens du XVIII<sup>e</sup> siècle auraient eux-mêmes été incapables d'expliquer.» (références omises)

- Dans sa conclusion, l'auteur énonce que «Éthique, morale ou politique, la Justice est au-delà des gouvernements qui sont chargés de l'organiser. Dans une certaine mesure, les rituels judiciaires cherchent toujours à rappeler l'existence de cette valeur plus haute que le droit. À Paris, tout au long du XVIII<sup>e</sup> siècle, les exécutions publiques – dans l'infamie, la souffrance et la mort – ont voulu servir cet objectif.» (p. 248)
  - Nous ne résumons pas ce livre au long, parce que son intérêt réside plus dans son idée de base, résumée ci-haut, que dans le contenu précis de ses différents chapitres, trop concentré sur l'exécution comme tel pour nous servir.
- **Benoît BERTHOU, France FARAGO, Roland FAVIER, Gilbert GUISLAIN, *La justice : classes préparatoires aux écoles de commerce*, ville, éditeur, 2005, 277 pages.**
- Voir p. 87 à 97 : «Sacraliser la justice?», disponibles sur Google books
  - Introduction de cette section : «Se demande-t-on pourquoi, dans nos cités modernes, les palais de justice ressemblent encore aux temples antiques? Pourquoi le rituel judiciaire, la robe du juge et la disposition des acteurs principaux d'un procès en assise tranchent encore sur l'espace profane dans une société qui, pourtant, a tout sécularisé? Si l'on doit encore selon les termes du Code pénal «rendre religieusement la justice», «en son âme et conscience», n'est-ce pas parce qu'il s'agit là de la sacralité fondatrice du vivre ensemble? N'y a-t-il pas dans ce qui perdure du rituel judiciaire un matériau anthropologique capable de nous renseigner sur ce qui a civilisé l'homme?» (p. 87; nous soulignons)
  - L'on aborde d'abord l'espace judiciaire, le «lieu d'une mémoire collective particulièrement riche parce cumulative» (p. 87) :

■ *Un symbolisme spatial*

À l'origine, l'on croyait que la désignation du lieu de justice se faisait par les dieux, par exemple près d'un puit ou sous un arbre (arbre qui, croyait-on, attirait le charisme divin et le transmettait aux magistrats assis à son ombre; p. 87). «La première délimitation d'un espace judiciaire en Occident fut une haie de branchages que l'on dressait à l'extérieur des villes, sur une colline, autour d'un arbre. (...) C'est de là que vient l'habitude de désigner l'enclos délimité par des barreaux, le petit parc où se rendait la justice par le mot « *parquet* ». (...) Nos palais de justice contemporains ont gardé des éléments de ce premier rituel symbolique, notamment la barrière et le parc initial toujours en bois.» (p. 88)

■ *Un symbolisme religieux :*

Il s'agit du second registre dans lequel puise la justice. Derrière le siège du juge figure une image du Christ, représentation de la délégation divine du pouvoir de juger (p. 89). La justice, comme séparation du bien et du mal, est donc perçue comme venant d'ailleurs, d'en haut (p. 89); «c'est pourquoi toute justice se rendait dans le cadre d'une mise en scène solennelle, utilisant un répertoire codé de gestes, de formules et de paroles, en des lieux et des temps consacrés (...). Aujourd'hui encore, l'ordonnancement rituel du procès fait de la justice un dispositif symbolique qui réactive le temps des origines et met en scène la distinction du juste et de l'injuste dans l'espace qu'il structure.» (p. 89; nous soulignons)

■ *Rationalisation du symbolisme : un rituel laïcisé*

La démocratie ne dissout pas le rituel du procès mais le convertit en «gardien des délibérations publiques» (p. 89). La symbolique judiciaire se laïcise, «faisant apparaître un sacré proprement judiciaire, prenant ses distances à l'égard de Dieu et de la religion positive, c'est-à-dire historique et statutaire. L'aboutissement de ce processus est formalisé par Kant (...).» (p. 89).

■ *La justice comme célébration en acte de l'humanité*

La scène judiciaire est à la dimension du monde avec l'avènement au 20<sup>e</sup> siècle des crimes contre l'humanité comme catégorie juridique. La justice internationale est universalisée, transcende «le temps historique et les frontières des nations» (p. 90).

- Les auteurs se demandent si la sécularisation ne serait pas allée trop loin, si elle n'aurait pas été à l'origine «d'une ère de profanation du symbolique par déconstruction de ce qu'avait de solennel l'institution» (p. 91), s'appuyant en cela sur la thèse d'Antoine Garapon.
- Les auteurs sont d'avis que «le refus de la contention du réel par le symbolique aboutit non seulement à une perte de sens humain mais aussi à

une perte de souveraineté du peuple sur son propre destin. Or Rousseau le disait très clairement : il n'y a de peuple qu'institué, c'est-à-dire représenté dans ses fonctions de magistrature.» (p. 93)

- Philippe BILGER, « La Cour d'assises, distance, cœur et catharsis », dans Christian BIET et Laurence SCHIFANO (dir.), *Représentations du procès, droit, théâtre, littérature, cinéma*, Nanterre, Université Paris 10 Nanterre, 2003, 483 pages, à la page 43.
  - Si le procès ne doit pas tomber dans l'excès de théâtralité, une certaine part de drame est tout de même souhaitable, selon l'auteur : « (...) s'il est vrai que la justice ne doit pas être une théâtralité, elle doit avoir « de l'allure ». Dès lors, il est d'une extrême difficulté de ne se situer ni dans le minimalisme, qui risque de donner à la justice une apparence prosaïque et rude, une grossièreté de l'acte de justice, ni dans l'extrême théâtralité, qui est simulacre et apparat. « L'allure » est donc une notion qui me paraît essentielle en ce sens qu'elle garde ce qu'il y a de romantique dans la théâtralité et prend ce qu'il y a de meilleur dans le réalisme.» (p. 44)
  - Selon l'auteur, ce qui donne une apparence de théâtralité au procès est aussi l'attente des gens. La théâtralité naît du regard du public, qui souhaite constituer le procès comme représentation. Or, selon l'auteur, «les acteurs du procès, au lieu de vivre authentiquement ce qu'ils ont à vivre, se calent sur le regard des autres et deviennent des institutions et des simulacres, ce qui entraîne évidemment le *fiasco* de toute l'entreprise judiciaire.» (p. 45)
- Julien BILLECOQ (thèse dirigée par Robert CHARVIN), *Le rituel judiciaire: liturgie et légitimité du pouvoir de juger*, Nice, s.n., 2001.
  - Note : en guise de résumé, nous reprenons, dans la table des matières, les passages que nous estimons les plus importants :

## TABLE DES MATIÈRES

### Chapitre introductif : rites et Justice (p. 4)

#### Section 1. Le symbole (p. 7)

- « (...) la liturgie est infiniment plus codifiée dans les actes du pouvoir judiciaire. En effet, ce qui frappe le non-averti, c'est la méticulosité requise et l'apparat des débats judiciaires. Toute une symbolique se met en place dont il ne saisit pas clairement l'utilité, le sens et la portée. » (page 6)
- « C'est ainsi que la symbolique des choses ne sollicite pas la raison de celui qui les perçoit mais plutôt la mémoire collective d'expériences communes à une société ou à un groupe social. » (page 8)

- «Pourquoi, dès lors, associe-t-on si fréquemment l'institution judiciaire à un ensemble de symboles dont même le bétien soupçonne sa nature utilitaire quoiqu'il s'avoue incapable de la saisir? Une première réponse à cette question consiste à affirmer que la présence du symbole dans le fonctionnement de la Justice accroît l'emprise du pouvoir ou de la force de valeurs et principes auxquels se soumettent les protagonistes de l'espace judiciaire. (page 8; référence à Antoine Garapon; nous soulignons) (...) Les symboles permettent aussi d'affirmer l'existence d'une communauté sensible à ces principes. » (page 9; nous soulignons)
- Lien entre monde judiciaire et monde religieux pages 9 et 10

### **Section 2. Définition et sens du rite (p. 11)**

#### **A. La notion de rite (p. 11)**

#### **B. Le sacré et le profane (p. 15)**

### **Section 3. La Justice est rituelle (p. 22)**

- «Ainsi si le rituel a, si l'on suit cette description, une double fonction à travers les deux grandes classes de rites. Les rites positifs, en rapprochant le profane du sacré, créent une communauté déterminée qui se reconnaît autour d'eux. Le rituel acquiert alors son sens et sa substance. Les rites négatifs, pour leur part, qui tiennent à distance le profane du sacré permettent la conversation de ses (sic) deux caractères. La question se pose, dès lors, en ces termes. La notion de rituel judiciaire n'est-elle qu'une simple image évocatrice plus ou moins fondée ou recouvre-t-elle une réalité pleine et entière? Si rituel judiciaire il y a, l'institution de la Justice porte en elle nécessairement l'architrave dualiste du rituel : rapprocher / éloigner. Si la réponse est affirmative, il convient alors de déterminer ce qui, dans la Justice, revêt les caractères de profane et de sacré, pour ensuite envisager la question de l'existence propre des rites.» (pages 22-23)
- «Plus qu'engendrer des rites, le pouvoir judiciaire semble en procéder. Un premier examen de la question tentera de mettre à jour au sein de l'institution judiciaire l'existence du double caractère rituel. Bien plus il faudra tenter d'éclaircir davantage les rapports qu'entretiennent le rituel et le pouvoir dans la procédure judiciaire. C'est pourquoi, si cette recherche conclut à l'existence d'un rituel judiciaire, il conviendra de s'interroger sur son efficacité. En effet, l'existence de rites ne suppose pas qu'ils remplissent nécessairement leurs fonctions correctement. (...) Le rituel aura alors permis de cerner une communauté spécifique. La question est alors de savoir si le rituel judiciaire ainsi décrit permet de la discerner? Autrement dit, et pour reprendre les catégories de rites dégagées plus haut, les rites positifs de la Justice remplissent-ils leur fonction de rapprochement entre ce qui est à considérer comme sacré et ce qui est à considérer comme profane d'une part? Les rites négatifs réussissent-ils,

quant à eux, à tenir à distance ces deux côtés distincts et néanmoins dépendants, d'autre part? L'enjeu est de taille car il s'agit de savoir si l'on est en droit d'assigner au rituel judiciaire un sens clair. Les us et coutumes de la Justice, s'ils sont qualifiés de rituels, jouent-ils nécessairement le rôle qui leur est prescrit?» (pages 27-28; référence omise; nous soulignons)

- «(...) les images affichées au fil du temps par l'institution judiciaire mimettent symboliquement les forces sociales dominantes successives. On peut les circonscrire en trois grands mouvements : la domination religieuse et plus précisément cléricale (la loi divine), la domination étatique (la loi du Prince) et la domination de l'entreprise privée (la loi économique). La symbolique judiciaire révèle, nous le verront (sic), ces étapes (...).» (pages 28-29)

**Première partie : Le rituel judiciaire, expression tangible d'une Justice sacrée** (p. 31)

- «L'objectif essentiel, a priori, du rituel judiciaire est de faciliter l'action de la Justice. Cela revient à dire qu'il s'agit, par le rituel, d'aider le juge dans l'accomplissement de sa mission : rendre la justice, c'est-à-dire rétablir l'équilibre entre plusieurs intérêts.» (p. 31)

**Titre I La fonction de juger** (p. 32)

**Chapitre I Le jugement** (p. 33)

**Section 1. Délibération et décision** (p.33)

**Section 2. Les deux formes de jugement** (p.35)

**Chapitre II Le droit et le juge : l'illusion d'équité** (p.38)

**Section 1. Légalité et équité** (p.38)

- «Si l'on convient de la position que Perelman accorde au juge, devant avant tout être persuasif, alors, le rituel judiciaire peu s'avérer sensé et trouver ici son efficacité comme appui ou moyen de persuasion.» (page 49; nous soulignons)

**Section 2. La recherche d'une justice sociale** (p.54)

**Section 3. L'illusion d'une justice sociale par le rituel judiciaire** (p.66)

- « Par extension, on pourrait dire que tout rituel, même laïc, le rituel judiciaire en est un, en son fond, n'a pas pour fonction de dire le Vrai, le Juste ou le Bien mais simplement il sert à maintenir le lien ou à le recomposer quand il a été dissout. Cela peut être le cas, par exemple, au moment où un délinquant enfreint la loi. Mais aussi, et c'est ici que l'on rejoint la théorie marxiste, le rituel judiciaire pourrait bien être le liant entre la justice sociale revendiquée et la réalité de la domination

économique appuyée par le droit. De fait, les rituels judiciaires n'ont pas pour but de dire le Juste mais sont les moyens de la Loi. Ils interviendraient, alors, pour créer l'illusion que le juge interprète la loi pour en tirer une solution équitable, et non, pour assurer le respect du droit de propriété, par conséquent, de la domination capitaliste.» (pages 69-70)

- « Ce qu'il nous faut, dès lors, déterminer, c'est si le rituel est un auxiliaire ou une entrave à l'équité, illusoire ou non. C'est, en effet, à ce niveau que peut se comprendre la nécessité de l'apparat afin de bien montrer que d'abord, c'est le peuple dans son unité qui rend la justice et qu'ensuite, juger n'est pas se venger ou appliquer la loi du Talion, mais rééquilibrer les plateaux de la balance.» (page 70)

## **Titre II la sacralisation du pouvoir de juger (p.71)**

- « La compréhension du rituel judiciaire nécessite l'énumération et la décomposition de chaque pièce décisive entrant en jeu dans le processus liturgique. Appréhender, dans un premier temps, le rituel judiciaire par ses aspects tangibles, et bien souvent ostensiblement visibles, ne peut que conforter l'acceptation de son existence.» (page 71)

## **Chapitre I : Les composantes traditionnelles du rituel judiciaire, de la Justice divine à la Justice Princière (p.72)**

- « Seront distinguées quatre composants traditionnels fondamentaux du rituel judiciaire. Le lieu où est rendu le jugement : le palais de Justice, comme les tenues portées par les acteurs, professionnels du droit, sont les premiers palpables parce qu'ils sont directement visibles. Sans observer spécifiquement le milieu judiciaire, on ne peut les ignorer. Ensuite, le langage usité par ces acteurs qui ne peut qu'interroger (sic) le profane comme c'est le cas pour quiconque se trouve au contact d'un domaine spécialisé qui lui est étranger. Le spectateur plus attentif relèvera enfin un rappel constant de l'histoire, une conservation d'usages anciens, soit plus généralement, l'omniprésence du passé. » (page 72; nous soulignons)

### **Section 1. Le palais de justice : le « temple » du droit (p.73)**

#### **A. L'espace géographique du rituel judiciaire (p.76)**

##### **1. Une Justice urbaine (p.76)**

##### **2. Une Justice fixe (p.79)**

#### **B. L'espace matériel du rituel judiciaire (p.89)**

- « Cette architecture des palais de Justice évoque indubitablement celle des églises. On y retrouve la hauteur des murs, l'obscurité, davantage accentuée ici par la présence des vitraux filtrant la lumière, les imposantes statues évoquant les saints et surtout un lourd silence que quiconque, croyant pratiquant ou simple visiteur, n'oserait troubler. Ainsi Robert

Jacob décrit la mutation de la crainte de Dieu en la crainte de la justice elle-même; mutation qui se reflète matériellement au sein des palais de justice : (...). (...) Le rituel judiciaire, qui repose sur la base infrastructurelle de l'architecture des palais, remplit donc une des deux fonctions mises préalablement en exergue : il tient à distance le sacré du profane. Le sacré, c'est l'institution judiciaire, le profane est, quant à lui, le justiciable craignant.» (pages 90-91; références omises)

- « Cette idée de séparation est très perceptible dans les salles d'audiences (sic) où les différents espaces qui les composent sont délimités par des barrières. Le public, en premier lieu, est ainsi séparé de la place des débats. À l'intérieur même de cet espace, se trouve la célèbre barre qui oriente géographiquement le profane du sacré. (...) L'inégalité entre les professionnels de la justice et les profanes, et surtout l'accusé, est bien marquée par cet accessoire fondamental que constitue la barre au milieu d'une salle d'audience. » (page 91)
- « La place du juge à l'audience s'apparente donc, elle aussi, à celle du ministre du culte dans une église. (...) La séparation est toujours présente. Devant le juge ou le collège de juges siégeant se trouve en effet un espace qui les séparent (sic) des avocats représentant les intérêts de leurs clients à l'audience. C'est ce que l'on pourrait appeler «une zone franche». Pour certains plaideurs, il s'agit, plus ou moins par jeux, «d'envahir» cet espace et ainsi d'imposer symboliquement au(x) juge(s) leurs points de vues sur le dossier à défendre.» (page 93; référence omise)
- « (...) le bureau des juges surplombe et domine l'assemblée. Le procureur de la République Eric de Montgolfier parle d'élévation, du problème de l'estrade. Le juge peut ainsi consulter « Dieu » si l'affaire qu'il a à juger est complexe. Sa décision guidée par le «divin» n'en sera que moins contestable. » (page 94; référence omise)

## **Section 2. La robe : la « soutane» judiciaire (p.98)**

### **A Historique du costume judiciaire (p.99)**

#### **1. Le juge royal (p.100)**

#### **2. Le représentant du peuple : le juge sous la révolution (p.106)**

#### **3. La pourpre retrouvée (p.109)**

#### **4. Le détail de la robe (p.112)**

##### **a/Les coiffures (p.112)**

##### **b/Les perruques (p.115)**

##### **c/Le rabat (p.116)**

##### **d/L'épitoge (p.118)**

**e/Les décosations** (p.119)

**f/Les ceintures** (p.120)

## **B. Analyse du costume judiciaire** (p.122)

### **Section 3. Le langage judiciaire** (p.138)

- « Encore une fois le rituel judiciaire éloigne le profane – le public, l'accusé et même les jurés aux Assises – qui se distingue par son silence forcé, du sacré – les professionnels – qui, pour leur part, font un usage incessant de la parole. » (page 141)

### **Section 4. Les références au passé** (p.144)

- « La Haute Magistrature se doit d'être conservatrice au sens étymologique du terme. Elle doit être disposée à la continuité et au respect des anciens. C'est ainsi que l'on observe, au sein du milieu judiciaire, un culte du passé d'ordre quasi-religieux. Le juge semble remplir une mission sacerdotale. Ce souci de l'incessant rappel historique engendre le respect de l'ancien et invite à la continuité et à la stabilité, à la quasi immuabilité. La temporalité judiciaire est associée à la tradition, à la fixité et à l'uniformité des règles induites et perpétuées par le juge. (...) La lenteur s'associe à l'image du sage prenant le temps nécessaire pour une rédaction rigoureuse de ses actes (au sens juridique). » (pages 147-148)

## **Chapitre II : La nouvelle symbolique judiciaire, le monde de l'entreprise** (p.156)

- « Une analogie formelle entre le monde judiciaire et celui de l'entreprise privée peut se manifester à l'observation de l'architecture changeante adoptée par les constructeurs de palais de Justice récents, d'une part. On pourrait tenter d'opérer un rapprochement dans le même sens, malgré un manque de sources du à la jeunesse du mouvement, avec le récent phénomène de déjudiciarisation des modes de règlement des conflits.» (page 156)

### **Section 1. Le nouveau palais de Justice** (p.156)

#### **A. Les nouveaux matériaux** (p.157)

- « Plus remarquable est l'utilisation à outrance du verre. (...) À l'opposé des halls sombres et inquiétants des anciens palais dont les fenêtres étaient petites, hautes et peu nombreuses (on l'a vu plus haut), la lumière baigne les justiciables et les acteurs professionnels de ces nouveaux palais. (...) Il ne faut pas longtemps pour faire l'analogie entre ce mouvement architecturale (sic) et un terme à la mode, utilisé à outrance par la presse et les responsables politiques : la « transparence ».» (page 158)
- « En outre, dans un souci d'efficacité pratique conforme avec leur époque, les technologies informatiques prennent place au sein des palais. Il faut y

voir, bien entendu, un soucis (sic) de cohérence et de facilitation de la communication, de rapidité d'accès aux informations et de capacité de stockage de données offerte (sic) aux professionnels oeuvrant dans les tribunaux plus qu'une volonté d'afficher ostensiblement l'accès à la modernité.» (page 160; référence omise; nous soulignons)

- « La symbolique judiciaire rejette-t-elle ses origines cléricales et républicaine au profit d'une nouvelle référence «dogmatique»? Il est sans doute trop tôt pour en juger bien qu'il semble que la nouvelle localisation des palais de justice le confirme et nous dise que Dieu et le Prince laisse désormais la place à l'entreprise privé (sic), au marché libéral – roi.» (page 161)

**B. Le palais de justice en zone industrielle** (p.161)

**Section 2. La déjudiciarisation des conflits : les procédures consensuelles** (p.163)

**A. La procédure de conciliation** (p.164)

**B. La procédure de médiation** (p.165)

**C. Le compromis et l'arbitrage en matière commerciale** (p.167)

**Chapitre III : La contrepartie disciplinaire de la sacralisation du pouvoir de juger** (p.174)

**Section 1. Les manquements à l'honneur, la dignité, la délicatesse, relatifs à la vie professionnelle du magistrat** (p.175)

**Section 2. Les manquements à l'honneur, la dignité, la délicatesse, relatifs à la vie privée du magistrat** (p.178)

**Seconde Partie : Le rituel judiciaire, expression d'une volonté de puissance** (p.186)

- « Le rituel occupe une place déterminante dans la définition juridique et politique que veut se donner la justice. Alors qu'elle est en pleine métamorphose, elle persiste à user allégrement de ses rites qui, à première vue peuvent apparaître obsolètes et désuets. Ils sont toujours présents bien visibles (sic), voire ostensibles. Il y a certainement des motifs à cela. » (page 186)

**Titre I L'émergence d'une nouvelle puissance judiciaire** (p.187)

**Chapitre I L'affirmation du pouvoir judiciaire** (p.189)

**Section 1. L'institution judiciaire fortement sollicitée** (p.192)

**Section 2. La loi comme référence sociale** (p.196)

**Section 3. Le rôle particulier des juges d'instruction dans l'affirmation du pouvoir judiciaire (p.197)**

- « Cet état de fait s'insère directement dans l'appréhension du rituel judiciaire sous le jour de son efficacité. Si l'on est fondé à parler de crise de la Justice, que penser, alors, de la portée du rituel? Ne peut-il définitivement tenir lieu de lien entre l'institution et le citoyen-profane?» (pages 204-205)

**Chapitre II Les conséquences de la mutation judiciaire (p.206)**

**Section 1. Le problème des moyens de l'institution judiciaire (p.206)**

**A. Le coût de la Justice (p.206)**

**B. La répartition des moyens de la Justice (p.209)**

**Section 2. Le problème de l'indépendance et de la légitimité de l'institution judiciaire. La défaillance du rituel judiciaire. (p.210)**

**A. La position du problème de l'indépendance des magistrats (p.212)**

**B. Chronique d'une réforme avortée (p.217)**

**1. La réforme repoussée (p.217)**

**2. Le projet de réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature (p.224)**

**a/Un Conseil Supérieur de la Magistrature monocéphale (p.225)**

**b/L'élargissement de la composition du Conseil Supérieur de la Magistrature (p.226)**

**c/De meilleures garanties (p.227)**

- Pour l'auteur, l'échec de la réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature est «une hypothétique défaillance du rituel judiciaire» (page 229)

**C. La légitimité du pouvoir de juger en question (p.230)**

**1. La suspicion de dépendance des magistrats (p.230)**

**a/Dépendance envers le Conseil Supérieur de la Magistrature (p.230)**

**b/Dépendance envers le Garde des Sceaux (p.232)**

**2. La légitimité des magistrats (p.235)**

**Section 3. Le problème de la fiabilité de l'institution judiciaire (p.238)**

**Titre II Autorité et pouvoir judiciaire (p.242)**

- « Le rituel judiciaire participe activement de cette mutation. Il appuie la Justice dans ce sens et on lui découvre un sens bien avéré. L'échec du rituel, envisagé précédemment, n'est peut-être pas si pertinent. Ou plutôt, si échec il y a, le rituel judiciaire n'est pas moins dénué de sens. Sa fonction, aujourd'hui, s'entend peut-être autrement. Le rituel judiciaire apparaît, on va s'en rendre compte, là où on ne l'attendait pas vraiment. Son implication permanente dans l'acte judiciaire semble dès lors d'une forte efficacité. Elle se situe à la croisée des chemins entre les différents pouvoirs institutionnels. On ne peut appréhender ce propos qu'après avoir porté un regard sur la place qu'occupe la Justice, non plus à l'égard du justiciable profane, mais, ici, au sein d'une « concurrence étatique », pour en déduire la pertinence du rituel judiciaire. » (page 243)

### **Section préliminaire. La crise judiciaire (p.244)**

### **Chapitre I Autorité et pouvoir judiciaire (p.248)**

#### **Section 1. Analyse des notions (p.248)**

- «L'autorité porte donc en elle la référence au passé légitimiteur. Ce n'est donc pas un hasard si cette référence au passé est constamment présente dans le rituel judiciaire car il y puise son sens et sa valeur.» (page 248)

#### **Section 2. De l'autorité au pouvoir judiciaire (p.252)**

- «Autrement dit, la nature de l'institution de la Justice est-elle d'être une autorité ou un pouvoir? Les constituants, on s'en souvient, ne sont pas exempts de responsabilité au sujet d'une possible confusion. (...) L'institution judiciaire tente de concilier en elle l'autorité qui la légitime et le pouvoir qui la différencie d'un simple service public d'État. La Justice tend à s'affirmer comme puissance de deux façons complémentaires et unifiées. D'une part, la Justice essaie d'exprimer sa *potentia* par la revendication son (sic) indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs. (...) D'autre part, en se saisissant des « affaires » politico-économiques, la Justice affronte directement les pouvoirs en place puisqu'elle remet en cause leur légitimité et leur crédibilité dans un contexte démocratique. (...) À ce titre, il n'est pas surprenant que l'un des moyens, mais aussi son frein, de la potentia judiciaire, soit son rituel.» (pages 253-255; nous soulignons)

### **Chapitre II Le sens du rituel judiciaire dans l'accomplissement de la volonté de puissance de la Justice (p.256)**

- «Le magistrat possède surtout une compétence scientifique et technique réputée incontestable et – quoi que l'on puisse penser de la formation des magistrats – certainement justifiée. Gardien de la Loi, il est gardien du passé. Le magistrat est en lui-même l'autorité. Cette autorité, il l'exprime de façon ostentatoire, à chaque instant, dans l'exercice de ses fonctions, c'est-à-dire de son pouvoir. C'est ici que le rituel judiciaire devient un

auxiliaire précieux et efficace du pouvoir judiciaire.» (page 256; nous soulignons)

### Section 1. L'arme liturgique de la puissance judiciaire (p. 257)

- «Les rites appuient la Justice dans sa conquête de puissance et prennent alors tout leur sens dans la mesure où ils permettent à l'institution judiciaire de se tenir ostensiblement à l'écart des pouvoirs exécutif et législatif. Au travers de l'architecture des palais de Justice à la manière des temples grecs ou romains, au travers des robes et du langage protocolaire et complexe, et surtout au travers des constantes références au passé – les trois premiers en font d'ailleurs partie –, le rituel judiciaire affirme la Justice comme une incontestable autorité. En cela il participe de manière incontestable à l'expression de la *potentia* de l'institution judiciaire. Et il le fait dans deux sens réciproques.» (page 257; nous soulignons)
- «Si la Justice subit une crise de légitimité ou de crédibilité (une erreur judiciaire ou son manque évident de moyens matériels par exemple), le rituel confirme que la Justice en est bien une, sinon l'autorité, en rappelant ses origines et son histoire. Autorité qui tire son être du passé qu'elle incarne. Si au contraire l'autorité judiciaire veut agir sur les phénomènes sociaux qui mettent en jeu particulièrement les autres pouvoirs (corruptions etc...), et donc s'affirmer comme pouvoir propre et indépendant, le rituel entretient ce mouvement, ou, au moins l'empêche de trop vite s'épuiser en solemnisant l'action de la Justice, autrement-dit (sic) en renforçant son caractère « grave » et donc à prendre au sérieux. (...) Le rituel est donc, on le voit bien, nécessaire à la Justice si elle veut s'affirmer en puissance. Parfois la Justice se veut pouvoir réel et actuel, parfois elle se veut autorité respectable, souvent elle veut être les deux. Les rituels lui permettent de remplir cette double fonction qui, a priori, semble incompatible.» (pages 257-258; référence omise; nous soulignons)
- «L'histoire de l'institution judiciaire est en fait rythmée par son incessante lutte pour l'expression de sa propre puissance. Il est aisément de suivre cette histoire en observant l'évolution de son rituel, tantôt censuré comme on vient de le voir, tantôt rétabli. Ainsi le rituel est donc l'arme de la Justice pour exister à la fois comme pouvoir et comme autorité. Spinoza nous l'avait dit, le rite ne dit pas la vérité, il est juste l'outil de persuasion. Dès lors, s'imposent deux constatations. En premier lieu, il convient de remarquer que si le rituel tient toujours une place importante au sein de l'institution judiciaire, c'est qu'elle a encore à en faire usage. C'est-à-dire que sa présence actuelle et réaffirmée en maintes occasions trahit une évidence : la Justice a, pour l'instant, échoué, ou au moins, elle ne s'est toujours pas affirmée comme une puissance reconnue. Si tel était le cas, la « puissance » judiciaire n'aurait que faire de ce rituel qui, alors, pourrait être raisonnablement considéré comme désuet. Pourtant, le rituel est toujours là et lorsque la Justice expose toujours autant ses symboles, ce

n'est pas en tant qu'ils sont des pièces de musées. Ceux-ci d'ailleurs peuvent évoluer.» (pages 259-260; nous soulignons)

- Quant aux nouveaux symboles en matière d'architecture judiciaire, par exemple l'utilisation de parois de verre : «La Justice est-elle pour autant plus accessible? En tout cas, elle affirme être plus transparente. Le symbole est là. La Justice en a besoin, elle doit s'afficher d'une manière ou d'une autre. Le rituel judiciaire est bien toujours présent. La Justice n'a donc, malgré ces maigres mutations matérielles, pas atteint son objectif : l'expression indépendante de sa potentia. Le rituel judiciaire doit encore l'y aider. C'est pourquoi, a contrario, on ne se présente pas à un conseil des Ministres ou à l'Assemblée Nationale en robe officielle ou en portant une toque. Cette image peut faire sourire, c'est pourtant l'équivalent qui se déroule à chaque audience judiciaire si l'on considère qu'existe ou que doit exister un pouvoir judiciaire.» (pages 260-261; nous soulignons)
- Si l'on supprime le rituel, les conséquences selon l'auteur : «Inversement, on peut supposer que si l'on débarasse l'acte judiciaire de sa liturgie, en tout ou en partie, celui-ci devra se replier dans sa sphère de compétence originelle et perdra de son autorité, un peu comme l'atteste l'évolution de l'Église catholique qui a laïcisé certaines de ses pratiques (...)» (page 261)
- «En second lieu, on ne peut que s'interroger sur cette fonction du rituel judiciaire au regard du sens de la notion de rituel en général analysée notamment par Durkheim ou Marcel Mauss. On a convenu un double sens paradoxal, en apparence : d'abord le marquage symbolique d'un écart incommensurable entre le sacré et le profane ; ensuite le marquage symbolique de leur liaison afin de créer des références communes et par là, une communauté. Il a en outre été établi que le rituel judiciaire existait et remplissait une fonction qui a pour fin de réaliser dans la pratique le double sens ainsi défini.» (page 261; référence omise)
- «En ce qui concerne le rituel, on vient à nouveau de l'évoquer, la distanciation a lieu, en revanche on ne trouve trace de rapprochement. Le justiciable semble toujours perplexe face à l'institution judiciaire qui, elle, n'oublie pas de l'impressionner, voire de l'effrayer. Le rituel judiciaire ne réalise pas le second objectif de la fonction dévolue au rite. Le rapprochement du sacré et du profane ne s'opère pas. En fait, le rituel judiciaire s'attache avant tout, on le sait maintenant, à imposer la Justice comme autorité détentrice d'un réel pouvoir. Le rituel judiciaire garde à bonne distance le sacré du profane et ce de manière complètement unilatérale.» (page 263; nous soulignons)
- «Les constitutions successives ont enteriné cette particularité de l'institution judiciaire en la nommant tantôt pouvoir, tantôt autorité. Et c'est bien la conjonction de ces deux attributs que veut opérer, dès lors, la

Justice. Le rituel judiciaire en est l'arme mais aussi la preuve que l'institution judiciaire n'a pas encore atteint son but.» (pages 264-265)

### Section 2. La frustration de la Justice rendue ostensible par le rite (p. 265)

- «On pourrait interpréter l'affichage d'images telles que les robes aux couleurs intriguantes, des palais gréco-romains etc. comme révélatrice d'un sentiment de frustration d'un corps conscient de ne pas être en mesure d'atteindre efficacement cet objectif (...). (...) On ne peut que constater, dans ce sens, le décalage immédiat entre l'Exécutif et le Législatif d'une part, et le judiciaire, d'autre part. Les deux premiers jouissent, plus ou moins directement du bénéfice de crédibilité démocratique par le vote. Le dernier en est privé. Quant bien même, la désignation du Président de la République, du Parlement, du Sénat... par l'élection n'est pas un gage de souveraineté réellement populaire, la Justice ne peut se prévaloir de cet artifice. (...) Il ne s'agit que de souligner l'absence de subterfuge électoral au sein de l'institution judiciaire; une forme de frustration peut, alors, en découler. Par ailleurs, et dans le même ordre d'idée, l'actuel rituel judiciaire que l'on a considéré en voie de mutation et non d'extinction (nouvelle architecture, limitation du port de la robe. etc...) serait l'aveu tangible du lent déplacement du même complexe plutôt que sa dissolution.» (pages 265-266; références omises)
- «Sans aller jusque là, il est néanmoins indéniable que le rituel judiciaire existe, ce que l'on s'est attaché à démontrer, et qu'il remplit une fonction qui lui est propre. En outre, son efficacité est bien effective, comme nous avons pensé l'avoir établi. Cependant, cette pleine efficacité du rituel judiciaire n'a pas lieu là où on l'attendait. L'institution judiciaire a besoin vital de ce rituel pour exister en tant que telle dans l'organisation juridique et politique de l'État, à la fois comme l'*autorité judiciaire* et comme le *pouvoir judiciaire*. C'est-à-dire pour exister comme la *puissance judiciaire*.» (page 266)

- Alain BLANC, «De L'intérieur du procès, une représentation?», dans Christian BIET et Laurence SCHIFANO (dir.), *Représentations du procès, droit, théâtre, littérature, cinéma*, Nanterre, Université Paris 10 Nanterre, 2003, 483 pages, à la page 37.

- Le procès s'apparente à une représentation du drame telle que donnée sur une scène de théâtre (p. 37), puisqu'il en a toutes les formes (p. 38) : unicité de temps, de lieu et d'action, acteurs ou officiants, pièce écrite et jouée (i.e. le dossier), spectacle, et surtout rituel, «le lieu particulier où il se déroule, le palais de justice, et en son sein, la salle d'audience, les costumes des acteurs officiants, leur langage, la dramaturgie et la mise en

scène dictées par des règles de procédure qui lui sont propres, et dont la violation est sanctionnée (...)» (p. 38)

- Cette représentation a une fonction juridique explicite, mais aussi une fonction sociale ou politique, «celle d'apaiser le trouble créé par le crime, de restaurer le droit, la loi après le *chaos* créé par le crime.» (p. 38)
  - L'audience, la conduite des débats est la mise en scène du dossier, d'où l'analogie avec le théâtre (p. 39). Cette analogie pousse l'auteur à affirmer que dans le cadre de la procédure pénale de type inquisitoire (comme en France), le président des assises est tout à la fois dramaturge (p. 39), metteur en scène (p. 39), éclairagiste (p. 40), musicien (p. 40) et acteur (p. 40).
- **Jacques BOEDELS, *La Justice : les habits du pouvoir*, Paris, Éditions Antébi, 1992.**
- Ce livre illustre le symbolisme des costumes des empereurs jusqu'aux avocats et huissiers actuels. Un livre rempli de photographies et de croquis sur les habits portés par les acteurs judiciaires.
  - Ce texte est jugé non pertinent par Nicolas, puisqu'il s'intéresse à un rituel judiciaire (le port du «costume judiciaire») qui ne sera pas touché par un éventuel virage technologique
- **Esther COHEN, *The Crossroads of Justice : Law and Culture in Late Medieval France*, Leiden, Netherlands, E. J. Brill, 1993, 231 pages.**
- La seconde partie du livre aborde les rituels, et ce, dans le contexte judiciaire (IV. «Courthouse Rituals») comme culturel (V. «Folklore and Symbolic Functions in Medieval Legal Rituals»)
  - *IV. Courthouse Rituals in Transition*  
Le rituel judiciaire a évolué au Moyen Âge à l'image de la société dans son ensemble: “(...) nothing elucidates the intimate connection between contemporary culture and law better than the character and transformation of these rituals. In their original, high medieval form, the reflected attitudes towards physical gestures and spoken words, and towards the connection between the individual human and the surroundings cosmic forces. In transition, they reflected the growing reliance upon literacy and the written word. In their final stage, they epitomized the early modern breach between increasingly professional lawyers and progressively more sceptical laymen.” (p. 54)

L'auteur aborde les rituels de l'ordalie, du duel, et du serment en droit de la preuve. Leur longévité historique fait l'objet de différentes hypothèses

(p. 55). Selon l'auteure, elle est simplement due au fait que le rituel imprègne toute activité judiciaire à l'époque (p. 55). Qui plus est, «like other legal rituals, duels and ordeals were firmly grounded in contemporary extra-legal culture. Both relied upon a public religious ritual for legitimacy and verification.» (p. 55; nous soulignons)

L'utilisation du rituel est intrinsèque à la validité de la procédure (p. 61). Le rituel ne se limite pas au prononcé de la sentence, au droit criminel où aux questions de preuve; il « forms part also of the daily routine of the courthouse» (p. 61), et il imprègne aussi le droit civil (p. 61).

Au-delà des gestes et du drame, l'expression la plus évidente du formalisme à la cour est l'importance cruciale que prend la formule, le langage étant soumis à des règles strictes que l'on se doit de respecter si l'on ne veut pas perdre sa cause (p. 61 et ss.). Par exemple, si un témoin s'enfarge dans le prononcé de son serment, son témoignage entier perd sa validité, sa valeur (p. 64). L'importance prise par la parole en droit s'enracine dans «a much deeper cultural perception of the importance of the word as a commitment»; la société d'alors «equated a man's word with his honour» (p. 66). Puis, progressivement, l'écrit finit par l'emporter sur la parole (p. 67 et ss.). Cette évolution marque selon l'auteure le déclin du formalisme. [à noter par contre que l'auteure est d'avis que l'utilisation de formules consacrées ne tient pas nécessairement du rituel (voir le haut de la page 62).]

Selon l'auteure, les rituels judiciaires et le formalisme sont des symboles d'une certaine perception de la justice : « Judicial and theological authorities made the clear distinction between human and natural law. If one's cause could be vindicated by such 'objective' external pieces of evidence as the faultless recitation of an oath or the victory in a duel, justice was no longer a matter of purely human proof. The community of mutual consent was based upon a sense of all-pervasive justice that governed the human world, but stood above its pretty divisions and rivalries.» (p. 72-73)

- *V. Folklore and Symbolic Functions in Medieval Legal Rituals*  
Les rituels légaux reflètent de façon importante la culture du temps (p. 74). Ils sont décrétés par les juges (p. 74), sont mis en scène par les autorités publiques dans le but d'exposer le pouvoir et la majesté de la loi (p. 74), mais pour être efficaces, ils doivent aussi prendre en considération à la fois celui qui y participe, les «souffre», et le public qui y assiste (p. 74).

«As in the case of the law, the folklore integrated in legal rituals was twofold. On the one hand, there were relics of ancient beliefs preserved like fossils in the rock of usage. On the other, the living folklore of the

later middle ages played a central role in the formation of many legal rituals. (...) Thus, legal rituals in the middle ages were neither a tool of ‘authorities’, nor simply a relic of earlier ‘popular’ traditions. They were based upon a whole stratum of commonly-held cultural associations pertaining to the human body, human society, nature, and the universe. Hence, they could and were used to enunciate, in a visual, dramatic way, extra-legal norms and beliefs in all those fields.» (p. 75; nous soulignons)

L'auteure pose qu'une bonne partie du contenu culturel des rituels légaux naît de la rencontre entre les perceptions du peuple et de l'élite (p. 76), et que c'est justement cela qui rend ces rituels efficaces (p. 77). Plus précisément, les rituels légaux ont des fonctions socio-symboliques : «they were ejective, liminalizing forces (1.), and at the same time, integrative powers (2.).

**1. Liminalization :** La liminalité est «the central part of any rite of passage from one stage of life to another. It comes after the ritual subject has already been separated from society in his previous stage, and before his or her re-integration into the new role. Its an in-between stage (...)» (p. 79). La liminalité est partie prenante du processus de punition des criminels au Moyen Âge : «(...) the liminal status imposed upon offenders was a means of demarcating the boundaries between the normative community and those who has offended against it. Like any other mechanism of social control, legal processes could and did use imposed, coercive liminality. The purpose was twofold: the liminalization of an offender not only lessened his danger to normative society; it also drew by contrast the boundaries of the established community.» (p. 80) Cela fait ressortir la fonction symbolique du rituel (p. 80). La valeur punitive de la liminalité tient d'abord à son caractère public (p. 81). La liminalité apparaît également à travers l'utilisation symbolique de l'inversion de rôle dans le cadre du rituel punitif (voir une définition du procédé d'inversion ainsi que ses fonctions aux pages 81et 82).

**2. Intégration :** Les rituels légaux au Moyen-Âge sont d'abord et avant tout quasi-universels et immutables. Cela est dû au fait que la justice en entier est perçue comme universelle, i. e. qu'elle ne se limite pas aux humains, pas même au vivant (p. 83). Par exemple, les animaux ont, comme les humains, la personnalité juridique, qui fait qu'on les juge en cour selon la même procédure. Ce faisant, tout un pan des rituels visent justement « the incorporation of the human and the non-human within one community of justice.» (p. 83). Le conservatisme formaliste des rituels souligne cette fonctionnalité.

- François DESPREZ, *Rituel judicaire et procès pénal*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2009, 577 pages.

- Cette thèse porte sur le rituel judiciaire en droit pénal, dans une perspective sociologique (p. 4) et collective (par opposition au rite individuel) (p. 5). Elle contient une impressionnante bibliographie sur le sujet. Son intégralité nous semble pertinente aux fins de la présente bibliographie. Nous en reproduisons la table des matières ci-bas.
- «Le procès a pour mission de faire émerger la vérité et de reconstituer l'ordre social, éventuellement, en matière pénale, en sanctionnant celui qui enfreint les règles. Pour cela, outre un arsenal législatif, la justice dispose d'un atout fondamental : le rituel judiciaire. L'aspect le plus représentatif, le plus évocateur du procès, c'est son *décorum*. À côtés de règles souvent complexes, de textes techniques, le rituel judiciaire parle de lui-même. Si l'application du droit peut porter à discussion ou à débat, le *décorum* s'impose à tous. La justice se montre et s'affirme par ce rituel qui se matérialise notamment par des acteurs ayant une place assignée lors de l'audience, par un décor spécifique, par un costume particulier ou encore par des prestations de serment.» (p. 1)
- «Proximité du procès avec le jeu et le théâtre», p.1 et 2.
- «Intérêt d'une étude sur le rituel judiciaire», p. 2 : L'étude de la procédure renseigne sur une collectivité; le procès doit s'analyser sociologiquement (p. 2). «L'idée de justice se traduit, dans l'esprit des citoyens, par des éléments appartenant au domaine du rite : la robe des professionnels du droit ou la barre.» (p. 3)
- Selon l'auteur, le rituel judiciaire s'analyse comme un rituel séculier (**par. 1**, p. 3 et ss.). S'il s'exprime au travers du procès, notamment au pénal (**par. 2**, p. 11 et ss.), il dispose également de vertus évocatrices en amont (**par. 3**, page 23 et ss.).
- **Par. 1 : le rituel judiciaire, un rituel séculier** : dans cette section de l'introduction, l'auteur cerne la notion de rituel judiciaire séculier à travers plusieurs sous-sections ciblant chacune un élément de cette notion. Ces sous-sections sont les suivantes:
  - **Étymologie du terme «rite»**, p. 3
  - **Caractère pluridisciplinaire du rite**, p. 4
  - **Premiers jalons de la définition de rite**, p. 4
  - **Distinction entre les rites collectifs et individuels**, p. 5
  - **Universalité du rite**, p. 5
  - **Réurrence et immutabilité du rite**, p. 6
  - **Le rite selon Émile Durkheim**, p. 7
  - **Le rite selon Marcel Mauss**, p. 8
  - **Le symbole**, p. 8
  - **La notion de sacré**, p. 9

- **Le lien entre le sacré et le rite**, p. 10
- **Les rapports de l'homme avec le sacré par l'intermédiaire des rites**, p. 10
- **L'émancipation du sacré du domaine religieux**, p. 11
- **Définition du rite**, p. 11
- **Première application au procès des notions de sacré et de rite**, p. 12
  - «Les rapports entre ces deux sphères [rituelle et profane] sont régis par les rites qui permettent de transmuer la nature du sacré ou du profane selon les besoins de la société (rite positif) ou de les garder à distance l'un de l'autre pour qu'ils ne provoquent pas leur perte en entrant en contact (rite négatif). Le rite constitue un vecteur entre le sacré et le profane. Dans le cadre du procès, le rite serait ce qui permet de se rapprocher de la transcendance de l'acte de juger mais également ce qui tient à distance de l'institution. (...) » (p. 12, nous soulignons; référence omise)
- **Le rituel judiciaire**, p. 12
  - «Le procès et le sacré sont intimement liés, cela se matérialise par le rituel. (...) la justice conserve une proximité étroite avec le sacré qui se traduit et s'affirme à travers la récurrence de rites ou attitudes symboliques que la collectivité admet et reconnaît. (...) le rituel judiciaire se distingue des règles de procédures *stricto sensu* en ce que ses symboles sont évocateurs et qu'ils donnent une existence sensible au procès. Il permet au procès d'assoir sa légitimité par la référence faite au sacré. (...) Ainsi, le rituel judiciaire permet d'établir un contact entre le justiciable profane et l'institution judiciaire sacrée. De surcroît, le rituel judiciaire, par la manifestation du respect qu'il induit, met en exergue l'autorité et la supériorité de la justice.» (p. 13; nous soulignons; références omises)
- **Le sacré judiciaire**, p. 12
- **Intensité du rituel au sein de la justice** p. 16
  - «Le rituel n'a pas la même intensité au sein de l'institution judiciaire. Si le rituel judiciaire touche l'ensemble de l'institution, il dispose d'une utilité et d'un impact prépondérants dans le domaine pénal. Cela amène Antoine Garapon à distinguer le rite sacré du procès pénal et la ritualisation de l'échange du procès civil.» (p. 16; un développement sur la distinction du rituel judiciaire au civil et au pénal suit;)

- **La violence comme justification à l'intensité du rituel judiciaire au sein du procès pénal, p. 17**
  - «Le rituel au sein du procès pénal est plus affirmé que dans le procès civil, son enjeu pouvant être considéré comme plus important du fait de son objet (l'infraction) et de sa finalité (la sanction); (...) De même, cette référence supplémentaire au sacré que connaît le pénal est due à la violence qui se trouve à l'origine du conflit.» (p. 17)
- **Par. 2 : Le procès, socle d'expression du rituel judiciaire :** cette section aborde le rituel judiciaire tel qu'il s'exprime dans le cadre du procès (p. 18, «le procès, expression du sacré judiciaire», et sections suivantes). L'on y définit la procédure pénale (p. 19), et l'on expose les caractéristiques du procès pénal (p. 19). Sous la sous-section «les notions de rituel judiciaire et de procédure pénale», l'auteur tient les propos suivants :
  - «La forme du procès comprend, d'une part, un formalisme procédural consistant en des règles de procédure qui sont l'application de grands principes (...) et d'autre part, un formalisme ritualisé correspondant aux rites qui constituent le vecteur du sacré. Alors que le rituel judiciaire appartient au procès dans une acception sociologique, il n'en va pas absolument de même lorsque le procès est entendu juridiquement. (...) Le droit ne s'intéresse que partiellement aux rites de la justice. (...) Le rituel judiciaire dispose d'une dimension supérieure, d'un caractère immuable et d'un pouvoir évocateur qui empêchent de l'assimiler à des règles de procédure.»

L'auteur poursuit sa distinction entre rituel judiciaire et la procédure pénale aux pages 21, 22 et 23. Selon l'auteur, la procédure est imposée par les textes alors que le rituel est naturel à l'institution judiciaire (p. 21). Au-delà de la dimension évocatrice qui fait défaut à la procédure, celle-ci n'a pas davantage le caractère immuable du rituel (p. 22). À travers cette distinction, l'auteur plaide aussi pour la légitimité du rituel, son utilité :

- «(...) le justiciable reconnaît la justice dans un magistrat vêtu d'une robe, mais probablement moins dans le respect d'un certain délai pour préparer la défense de la personne mis en cause. De plus, le formalisme procédural ne permet pas à la justice de démontrer sa suprématie et son autorité ; pour ce faire, elle doit s'entourer de rites. Or, pour bénéficier d'une autorité véritable, la justice doit être reconnue par les justiciables comme une entité bénéficiant d'un caractère de supériorité. À la différence de la procédure, le rituel agit sur la conscience collective et constitue la principale représentation de la justice. Pour établir cette autorité de la justice, la légitimation par les pouvoirs publics est insuffisante, le rituel

s'avère un précieux outil pour que le justiciable prenne conscience de cette autorité. D'une part, le rituel marque un rapprochement avec le sacré; une fois dans la salle d'audience, le justiciable perçoit au plus près cette suprématie de la justice. D'autre part, le rituel sépare; il distingue ceux qui sont admis à revêtir le costume judiciaire, ceux qui peuvent prêter serment ou ceux qui peuvent prendre place sur une estrade, de ceux qui ne le peuvent pas.» (p. 23)

- **Par. 3 : Les manifestations du rituel judiciaire en amont du procès :** L'auteur aborde deux éléments qui à son sens «caractérisent une préfiguration du procès et constituent une étape initiale vers les rites entourant le procès.» (p. 23) Il aborde ainsi les deux premiers symboles de la justice : l'allégorie de la femme aux yeux bandés (p. 23 à 26), et le palais de justice (l'architecture judiciaire, p. 26 à 36).
- En conclusion de son introduction, l'auteur résume les justifications au rituel judiciaire (p. 36), pour ensuite en présenter l'atténuation (p. 36). Là-dessus, l'auteur avance ceci comme première explication de cette atténuation :
  - «(...) l'idée peut être avancée que les hommes poursuivent solennellement l'accomplissement de gestes rituels consacrés par la tradition mais dont la signification est oubliée et qui, de facto, disposent d'une utilité moindre ; or la plupart des institutions juridiques ont puisé leur force primitive dans la religion et la magie. Le rituel judiciaire paraît connaître une véritable perte de sens du fait de l'absence de connaissance de ses origines et de sa signification.» (p. 36; référence omise)

L'auteur synthétise ensuite aux pages 37 et 38 ce qu'il qualifie de désaffection du rituel au profit des règles de procédure («il y aurait donc un mouvement au sein de l'institution judiciaire qui consisterait en une mise en lumière accrue des principes directeurs du procès, qui tendent à une bonne administration de la justice, au détriment du sacré judiciaire, résidant dans la transcendance de l'acte de juger.»)

- À la page 38, l'auteur se demande pourquoi le rituel est quasi immuable et donc n'évolue pas: «Alors pourquoi, face aux évolutions de la société, à la modernisation, aux exigences de célérité, n'est-il pas opéré une économie de ces formes, sous certains aspects, secondaires du procès? Pourquoi le rituel n'est-il pas modifié? Une erreur dans la formule du serment remet-elle véritablement en cause la force des déclarations faites par le témoin? Quelle est l'utilité vraie ou supposée du rituel judiciaire et quel est son impact lors de l'audience pénale?» (nous soulignons)

- Selon l'auteur, la phase d'audience constitue le vecteur essentiel du rituel judiciaire (p. 38). «L'audience d'assises, par son objet, rend indispensable la présence d'un rituel fort et impressionnant qui démontre la suprématie de l'institution judiciaire et traduit la légitimité de l'acte de juger.» (p. 38)
- L'auteur pose la publicité et le débat contradictoire comme «l'architecture essentielle du procès», «la substance même du débat judiciaire» (p. 39). Ces deux éléments sont selon lui «indispensables à l'épanouissement du rituel judiciaire et à l'obtention du sacré judiciaire consistant en un idéal de justice». Pour l'auteur, le rituel judiciaire s'oriente autour de ces deux éléments.
- L'audience qui traduit le mieux le caractère rituel de l'institution judiciaire est celle l'audience d'assises, étant donné l'importance des causes que connaît la Cour d'assises, la gravité de l'infraction reprochée, la sévérité de la peine encourue, et le fait que le citoyen participe à la prise de décision; cela suppose un spectacle imposant permis par le rituel. La représentation que les citoyens se font du droit ne consiste pas en une référence à la loi, mais plutôt au prétoire, et en particulier à la salle d'assises. (p. 39)
- Extrait de l'introduction de la **Partie 1, Un rituel judiciaire nécessaire à l'audience pénale**: «En prenant appui sur l'audience d'assises, deux groupes de questions viennent à l'esprit quant au rituel judiciaire. Tout d'abord, quelles sont les constantes de ce rituel qui entoure l'audience? Quelles en sont les origines et les significations? Quelle est, ensuite, leur utilité? Quelle sanction le droit positif donne-t-il à leur non respect? De quel impact dispose le rituel judiciaire sur les citoyens? Certains éléments du rituel judiciaire sont clairement dirigés vers le justiciable, il s'agit du lieu et du temps de l'audience ainsi que du costume des officiants. D'autres éléments tendent à assurer l'existence d'un débat contradictoire, ce sont le positionnement des parties lors de l'audience, les actes de parole et l'exigence de prestation de serment qui incombe aux intervenants du procès. Le rituel judiciaire, nécessaire à l'audience pénale, s'oriente vers deux principaux objectifs que sont la publicité (**Titre 1**) et le débat contradictoire (**Titre 2**).» (p. 40)
- Quant au rituel judiciaire orienté vers la publicité (**Partie 1, Titre I**), l'auteur est d'avis que le rituel requiert un public, des témoins pour s'épanouir, qu'il ne s'impose qu'en présence d'une adhésion forte du public (p. 41). «Le cadre spatio-temporel rituel de la justice et le costume des officiants permettent à l'institution judiciaire de disposer d'une véritable légitimité aux yeux du public (**Chapitre 1**) et se trouvent justifiés par l'exigence de publicité qui encadre l'activité juridictionnelle (**Chapitre 2**).» (p. 41)

- En **conclusion** du **Titre I** de la **Partie 1**, l'auteur affirme que «le rituel retranscrit la légitimité de l'institution judiciaire et permet l'affirmation de son caractère sacré et de son autorité. Le citoyen comprend par l'intermédiaire de ce rituel l'importance de l'instant de justice ; il peut envisager l'idéal de justice et l'autorité inhérente à l'institution judiciaire. Initialement, en matière pénale, l'autorité de la justice se matérialisait lors de l'exécution ritualisée des peines. Le développement de la publicité de l'audience et la disparition parallèle de celle de l'exécution de la sanction pénale ont entraîné une convergence des regards vers le prétoire. Certes, le rituel qui entoure l'audience était préexistant à cette mutation, mais c'est à cet instant qu'il a pris sa dimension véritable en tant que représentation et symbole de l'institution judiciaire puisqu'il en devenait le seul élément extérieur de reconnaissance.» (p. 145)
- Quant au rituel au service du débat contradictoire (**Partie 1, Titre II**), l'auteur affirme que «Lors de l'audience, le rituel judiciaire est essentiel à l'émergence du débat contradictoire. Par la prestation de serment, le rituel institue une porte d'entrée morale au débat contradictoire. Par le positionnement de chaque intervenant au sein de la salle d'audience, il permet aux parties au procès de se faire face de manière à pouvoir pleinement échanger leurs arguments, et au magistrat de disposer d'une place qui matérialise son rôle et ses compétences. Par un langage inhérent à la matière juridique, le rituel judiciaire va constituer le vecteur privilégié de la parole lors du débat contradictoire. (...) Ainsi, non seulement le rituel judiciaire constitue le vecteur du débat contradictoire, mais au-delà, il permet l'accès à un tel débat. C'est selon ces deux orientations que le rituel judiciaire va permettre l'émergence du débat contradictoire. D'une part, il diligente le cadre tant matériel que moral du débat contradictoire (**Chapitre 1**) ; d'autre part, il y participe par l'intermédiaire du langage du droit (**Chapitre 2**).» (p. 147)

## TABLE DES MATIÈRES

### PREMIÈRE PARTIE : UN RITUEL JUDICIAIRE NÉCESSAIRE À L'AUDIENCE PÉNALE

TITRE I : UN RITUEL ORIENTÉ VERS LA PUBLICITÉ	p. 41
<b>Chapitre 1</b> - Un rituel judiciaire révélateur de la légitimité de la justice	p. 43
<b>Section 1</b> – Le cadre spatio-temporel de l'audience	p. 47
§ 1 - La salle d'audience	p. 47
A – Les canons architecturaux de la salle d'audience	p. 47
1 – <i>Un espace pour rétablir le lien social</i>	p. 48
2 – <i>L'influence divine dans l'architecture de la salle</i>	

<i>d'audience</i>	p. 49
B – Vers une atténuation de la sacralité d'un espace séparé	p. 53
1 – <i>Un espace séparé et orienté autour d'un centre</i>	p. 53
2 – <i>La mise en valeur relative de l'aspect sacré du lieu d'audience</i>	p. 59
§ 2 – Le temps judiciaire	p. 63
A – Le temps de l'audience	p. 63
1 – <i>Une séparation temporelle</i>	p. 64
2 – <i>Un temps sacré unique</i>	p. 65
B - Le temps dans l'audience	p. 68
1 – <i>Un temps géré par le président</i>	p. 68
2 – <i>Un temps subi par la personne mise en cause</i>	p. 72
<b>Section 2 – Le costume des acteurs de l'audience</b>	p. 74
§ 1 – Un costume intimement lié au pouvoir	p. 74
A – Les origines royales et sacerdotale du costume judiciaire	p. 74
B – La remise en cause des codes vestimentaires pendant La révolution	p. 79
C – L'arrêté du 2 Nivôse An XI, socle du costume des gens de justice	p. 81
§ 2 – La symbolique du costume judiciaire	p. 90
A – L'actualité du costume judiciaire	p. 91
1 – <i>Les règles relatives au costume judiciaire</i>	p. 91
2 – <i>Le comportement envers le costume judiciaire</i>	p. 94
B – Un costume réservé aux officiants	p. 95
1 – <i>Le costume judiciaire, un masque institutionnel</i>	p. 95
2 – <i>Le costume judiciaire, un élément de distinction</i>	p. 98
<b>Chapitre 2 – Un rituel judiciaire justifié par l'exigence de publicité</b>	p. 101
<b>Section 1 – La mise en lumière du rituel judiciaire lors de l'audience</b>	p. 101
§ 1 – L'exigence de publicité des peines	p. 105
A – Les manifestations historiques de la publicité des peines	p. 105
B – L'exécution publique et ritualisée des peines au soutien de l'autorité du pouvoir	p. 111
§ 2 – Le rituel de l'audience marqué par la constance de l'exigence de publicité	p. 113
A – Le développement de la mise en valeur du rituel de l'audience pénale comme corollaire à la disparition de la	

publicité de la sanction	p. 114
1 – <i>La désapprobation de la cruauté et de la publicité des supplices</i>	p. 114
2 – <i>Le rituel de l'audience comme nouvelle scène de la symbolique judiciaire</i>	p. 119
B – Le maintien d'un rôle central du public	p. 121
<b>Section 2 – La fonction représentative du rituel judiciaire atténuée par une défaillance de la compréhension de son symbolisme</b>	p. 126
§ 1 – Le caractère expressif du rituel judiciaire	p. 126
A – Le rituel comme expression de la représentation de l'institution judiciaire	p. 127
B – Le rituel comme expression de l'autorité de la justice	p. 129
§ 2 – La perception du rituel judiciaire lors de l'audience par le justiciable	p. 131
A – Le rituel judiciaire facteur d'ambivalences	p. 131
1 – Un rituel judiciaire créateur et inhibiteur de craintes	p. 131
2 – Un rituel judiciaire source d'émotion et d'apaisement	p. 139
3 – Un rituel judiciaire entre accessible et inaccessible	p. 140
B – La perte de sens du symbolisme judiciaire	p. 141
CONCLUSION DU TITRE I	p. 145
<b>TITRE II – UN RITUEL JUDICIAIRE AU SERVICE DU DÉBAT CONTRADICTOIRE</b>	p. 147
<b>Chapitre 1 – Le cadre rituel du débat contradictoire</b>	p. 149
<b>Section 1 – Le serment comme porte d'entrée morale du procès</b>	p. 149
§ 1 – Les conditions nécessaires au rituel du serment	p. 159
A – La formule du serment	p. 159
1 – <i>Le serment promissoire des jurés lors de l'audience pénale</i>	p. 159
a – L'intronisation du citoyen-juge par la prestation de serment	p. 161
b – Les droits et devoirs des jurés issus du serment	p. 168
2 – Le serment assertoire des témoins lors de l'audience pénale	p. 172

a – La qualité de partie et le statut de témoin	p. 172
b – la prestation de serment du témoin	p. 174
B – Le geste du serment	p. 178
§ 2 – Les effets du serment	p. 183
A – Un rituel du serment producteur d'engagements	p. 183
1 – Une solennité induite par une foi commune	p. 183
2 – La fonction et la force du serment judiciaire	p. 185
B – Un rituel du serment limité par la pratique et le droit positif	p. 187
<b>Section 2 – La position spatiale des intervenants à l'audience pénale comme détermination des rôles</b>	p. 190
§ 1 – La position surélevée de l'institution judiciaire	p. 191
A – La position dominante incontestable du juge de siège	p. 192
B – La position dominante contestable du représentant du parquet	p. 197
§ 2 – L'isolement spatial de la personne mise en cause	p. 201
A – La situation physique de la personne mise en cause en contradiction avec la présomption d'innocence	p. 201
B – La position d'infériorité de la personne mise en cause provoquée par son isolement	p. 206
<b>Chapitre 2 – Le contenu rituel du débat contradictoire</b>	p. 211
<b>Section 1 – L'existence d'un langage du droit</b>	p. 215
§ 1 – La parole judiciaire, nouvelle expression de la violence	p. 215
A – La substitution de l'agôn au polémôs	p. 215
B – La substitution des professionnels du droit aux justiciables	p. 218
§ 2 – La mise à distance du profane par le langage judiciaire	p. 222
A – Un effet distinctif du langage judiciaire à géométrie variable	p. 222
B – L'isolement de la personne mise en cause par l'emploi Du langage judiciaire	p. 224
<b>Section 2 – La manifestation du langage du droit lors de l'audience</b>	p. 230
§ 1 – Un échange verbal sous contrôle du président	p. 231
A – L'instruction à l'audience	p. 232

B – Le rôle du président	p. 237
§ 2 – Une joute verbale, la plaidoirie et le réquisitoire	p. 241
A – L'éloquence judiciaire	p. 242
B – Les règles du droit positif et la pratique de la plaidoirie et du réquisitoire	p. 245
§ 3 – Le jugement comme manifestation d'une autorité verbale	p. 254
A – Le caractère «performatif» de la décision de justice	p. 255
B – L'autorité du juge	p. 258
CONCLUSION DU TITRE II	p. 261
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	p. 263
<b>SECONDE PARTIE</b>	
<b>UN PROCÈS PÉNAL ÉMANCIPÉ DU RITUEL JUDICIAIRE</b>	
TITRE I – LE CONSTAT DE LA DÉSAFFECTATION DU RITUEL JUDICIAIRE DANS LE PROCÈS PÉNAL	p. 267
<b>Chapitre 1</b> – La «désolennisation» de l'audience pénale	p. 269
<b>Section 1</b> – L'audience «dans les murs» du prétoire traditionnel	p. 270
§ 1 – Le manque de solennité de la justice pénale quotidienne	p. 270
A – L'atténuation de la solennité des audiences pénales	p. 271
1 – <i>L'atténuation de la solennité de la justice du fait des justiciables</i>	p. 271
2 – <i>L'atténuation de la solennité de la justice du fait de l'institution</i>	p. 275
§ 2 – Le contournement du jury populaire et de ses rites	p. 283
A – La solennité atténuée par le mécanisme de la correctionnalisation	p. 284
B – Un rituel judiciaire atténué devant la cour d'assise sans jury	p. 287
<b>Section 2</b> – L'audience hors les murs du prétoire traditionnel	p. 290
§ 1 – Une «désolennisation» matérielle de l'audience	p. 291
A – L'établissement de salles d'audience spécifiques pour le maintien en zone d'attente et la rétention des étrangers	p. 292
B – Les procès de «masse» imposant une délocalisation de la justice	p. 296

§ 2 – Une «désolennisation» virtuelle de l’audience	p. 300
A – La médiatisation de la justice comme facteur «désolennisant»	p. 302
<i>1 – Le traitement médiatique d’une affaire pénale</i>	p. 302
<i>2 – Les répercussions du traitement médiatique d’une affaire sur l’audience</i>	p. 306
B – L’introduction de caméras dans le prétoire	p. 308
<b>Chapitre 2 – La «déritualisation» du procès pénal</b>	p. 317
<b>Section 1 – Une justice «déritualisée» dans le cadre du processus pénal classique</b>	p. 320
§ 1 – Le constat de la «déritualisation» lors de l’intervention du juge unique en dehors de la phase d’audience	p. 320
A – La «déritualisation» du procès pénal en amont de la phase d’audience	p. 321
<i>1 – L’absence de rite dans le cadre de l’intervention du juge d’instruction</i>	p. 321
a – Une histoire de l’établissement de la preuve marquée par la référence au sacré et aux rites	p. 321
b – La rationalisation de l’intervention du juge d’instruction par une enquête «déritualisée»	p. 327
B – La «déritualisation» du procès pénal en aval de la phase d’audience	p. 330
§ 2 – Les justifications au caractère «déritualisé» du procès pénal dans une acception élargie	p. 336
<b>Section 2 – Une justice «déritualisée» dans le cadre d’un processus pénal alternatif</b>	p. 337
§ 1 – L’absence de rituel judiciaire due à la volonté de faire primer l’éducatif sur le répressif dans le cadre de la prise de décision par le juge des enfants	p. 339
A – La spécificité de l’audience en chambre du conseil du juge des enfants	p. 339
<i>1 - La spécificité de l’action du juge des enfants</i>	p. 339
<i>2 – L’audience devant le juge des enfants</i>	p. 342
B – La recherche de l’adhésion du justiciable comme justification à l’absence de rituel lors de l’audience devant le juge des enfants	p. 344
<i>1 – L’inutilité du rituel judiciaire inhibiteur pour prononcer une mesure éducative</i>	p. 344

2 – Une volonté de promouvoir le dialogue	p. 347
§ 2 – L’absence de rituel judiciaire due à la reconnaissance des faits	p. 349
A – L’absence de garanties fondamentales dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité comme justification à une procédure non ritualisée	p. 360
1 – <i>La défaillance dans le respect effectif des garanties essentielles du procès</i>	p. 363
a – L’absence d’effectivité de la publicité	p. 363
b – L’absence de débat contradictoire	p. 363
c – La reconnaissance des procédures fondées sur l’aveu par la Cour européenne des droits de l’homme	p. 367
B – La mise en valeur de la parole dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité comme justification à une procédure non ritualisée	p. 370
1 – <i>Un échange en vue d’une meilleure acceptation de la peine</i>	p. 370
2 – Les atteintes au rituel judiciaire du fait de la mise en valeur de la parole	p. 374
CONCLUSION DU TITRE I	p. 379
TITRE II – LES JUSTIFICATIFS À LA DÉSAFFECTATION DU RITUEL JUDICIAIRE DANS LE PROCÈS PÉNAL	p. 381
<b>Chapitre 1 – Une politique criminelle conjoncturelle</b>	p. 385
<b>Section 1 – Une mise à distance du rituel judiciaire dans le procès pénal par une politique criminelle contemporaine privilégiant l’efficacité de la réponse pénale</b>	p. 385
§ 1 – Les justifications à l’instauration de procédures simplifiées	p. 386
A – Les attentes législatives envers l’institution judiciaire	p. 386
B – Les réponses à l’accroissement de l’activité judiciaire	p. 394
§ 2 – Le rituel judiciaire cantonné à un domaine d’intervention réduit	p. 399
<b>Section 2 – Une manipulation du rituel judiciaire dans le procès pénal par la politique criminelle contemporaine</b>	p. 401

§ 1 – Une manipulation du rituel judiciaire par une législation muée par une logique pragmatique	p. 403
A – Une défaillance de la compréhension de la justice par l’instauration de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité	p. 403
B – Une défaillance dans la lisibilité de la justice du fait de la participation d’un juge de proximité à la formation collégiale du tribunal correctionnel	p. 406
C – La primauté du signe sur le symbole dans le cadre de l’audience sur l’irresponsabilité pénale pour trouble mentale	p. 408
§ 2 – Une manipulation d’ordre sémantique du rituel judiciaire par le législateur	p. 412
A – Des questions d’ordre purement sémantique témoignant d’un désintérêt certain du législateur envers le rituel judiciaire	p. 413
1 – <i>L’appellation de témoin assisté au regard du rituel du serment</i>	p. 413
2 – <i>L’avertissement solennel révélateur de la perception du rituel par le législateur</i>	p. 415
B – La problématique des juridictions de proximité quant à la nécessité d’un rituel judiciaire	p. 416
<b>Chapitre 2 – Un mouvement d’européanisation du procès pénal</b>	p. 425
<b>Section 1 – L’atténuation de la mise en valeur du formalisme ritualisé au profit du formalisme procédural</b>	p. 427
§ 1 – La prépondérance du droit au procès équitable comme nouvel impératif au détriment du sacré judiciaire	p. 428
A – La mise en valeur atténuée de l’idéal de justice au profit d’une bonne administration de la justice	p. 428
1 – <i>L’atténuation de la prise en considération du «juger le bien»</i>	p. 429
2 – <i>Le développement de la prise en considération du «bien juger»</i>	p. 430
B – L’absence d’émergence d’une nouvelle sacralité ou ritualité	p. 436
§ 2 – De la prééminence d’un modèle de procès pénal diligenté par l’État à celle d’un modèle de procès pénal orienté vers les parties	p. 440
A – L’accroissement des prérogatives des parties privées	p. 441
1 – <i>Le formalisme procédural orienté vers la défense</i>	p. 441

2 – <i>Le formalisme procédural orienté vers la victime</i>	p. 446
B – Le déplacement du centre de gravité du procès pénal	p. 454
<b>Section 2 – La justice contemporaine au regard du formalisme dual</b>	<b>p. 457</b>
§ 1 – L’audience pénale contemporaine au regard du formalisme dual	p. 458
A – L’audience d’assises comme démonstration de la coexistence d’un formalisme procédural et d’un formalisme ritualisé	p. 458
1 – <i>L’influence de la Convention européenne sur l’audience d’assises</i>	p. 458
2 – <i>La mise en valeur accrue du formalisme procédural au détriment du formalisme ritualisé</i>	p. 460
B – La justice pénale quotidienne au regard des formalismes ritualisé et procédural, la nécessité de trouver une juste place aux rites	p. 461
1 – Les maux de la justice dus à la défaillance dans la mise en lumière des rites	p. 462
2 – Les apports envisageables pour la justice d’une mise en lumière accrue des rites	p. 463
§ 2 – La prédominance de la forme procédurale sur la forme ritualisée en amont et en aval du procès	p. 466
A – La légitimité de l’acte de juger	p. 467
B – L’autorité de chose jugée	p. 474
<b>CONCLUSION DU TITRE II</b>	<b>p. 481</b>
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE</b>	<b>p. 483</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b>	<b>p. 485</b>

- Katherine FISHER TAYLOR, *In the Theater of Criminal Justice – The Palais de Justice in Second Empire Paris*, Princeton University Press, 1993, 188 pages.

- Ouvrage cité par de nombreuses autres sources de la présente bibliographie
- « This essay is about what happened to the representation of French justice in the Second Empire, specifically in the new wing for the criminal courts, or Cour d’assises, opened in 1868 to much critical debate (fig. 56).» (page xviii)

- « In short, modern French justice instituted two kinds of publicity, one doctrinal – the text of the codes, available to a reading public – and one procedural – the oral trial open to the public. (...) [these modes] carried different implications for construing architecture as the framework for practice : the building as a neutral setting for the work of internal mediation prompted by texts, or as a theater for social activity in which architecture interacts with the institution to shape its meaning. » (pages xix and xx; nous soulignons)
- « The Second Empire's criminal courts presented a controversial departure from the persistent representation of justice as textual and abstract. (...) In procedural terms, textual justice traditionally meant secret, professional judgment, while the principle of publicity established by the Revolution was predicated on orality. To represent justice in the new criminal courts as live, ceremonial spectacle was to broach these problems, and in so doing, to take on the more general challenge of reviving iconicity when its traditional subject, the ruler, had been displaced by a diffuse new subject, the public.» (page xxi; nous soulignons)
- Plan de l'ouvrage page xxii : « This essay explores the social institution that the architecture of the Palais was supposed to represent : first, the system of criminal justice, which was one of the most popular spectacles of Paris, precisely because of its uneasy mix of the oral and the written, and secondly, the way architecture participated in that spectacle and crystallized debates about justice as a reflection of society. It focuses on conflicts over the locus of the authority to judge in post-Revolutionary France, on problems of legibility and meaning in interpreting physical evidence in court and in interpreting architecture, and on the way these debates were couched in visualizable but ambiguous terms such as gender and class which were extended both to trials and to the courthouse itself, and which help to clarify the interrelationship of architecture and its public. (...) » (page xxii; nous soulignons)
- « The architectural effect of oral procedure is to convert the courtroom to a stage, in which space, sight lines and acoustics are critical. (...) The layout of the courtroom has much to tell about this situation, and was stable enough in the Second Empire to justify generalization (...). The oral, agonistic courtroom is set up for viewing and hearing a seemingly balanced battle between prosecution and defense. The expert, inquisitorial courtroom is set up to enhance the authority of the judge or the system of justice he enforces; the furniture and decor define hierarchy and status which is reinforced by the ritual built into the proceedings. The French criminal courtroom of the mid-19th century looks symmetrical, for below the judges' bench lining the far end of the room, it is divided into equal halves equipped with similar boxes and benches (...). The way the

participants in the French trial occupy this setting, however, defies that construction of symmetry. » (pages 10 et 11, nous soulignons; la suite décrit la place de l'accusé et de son avocat, du jury, du procureur et des victimes (ou leurs représentants, aux pages 11 et 12)).

- « The social structure of the room has greater meaning when viewed in terms of state authority, for it is graded from the tribune for the magistrates (judges and prosecutors who are civil servants) at the far end of the long rectangle to the public at the opposite end. (...) » (page 12; l'auteur aborde ici les quatre zones et leur «importance» décroissante que sont la tribune des magistrats (juges et procureurs) le barreau, les bancs des témoins, et la zone réservée au public). « The hierarchy of the inquisitorial courtroom is physically patent; it expresses and reinforces the inquisitorial aspect coloring French criminal trials in which the presiding judge actually conducts the questioning of the defendant and witnesses and directs the oral proceedings as a whole. The French proceedings were thus physically constructed as a contest between two visibly unequal entities: the individual defendant versus society, represented by the magistrates and, temporarily, by the jury. » (page 12; nous soulignons)
- « The criminal courts at Old Bailey provide another example of a complex and delicate relationship between physical and social structuring, which in this case served to diffuse the theatrical potential or orality and publicity (...). » (page 13; l'auteur compare ensuite les salles de cour française et britannique (et leurs symboliques) aux pages 13 et 14).
- « (...) it was the tension between inquisitorial and accusatorial rationales in the French criminal system which escalated theatricality. The political importance of oral debate between the state and the individual was represented by the spacious *barreau*, which encouraged it; (...)” (page 14)
- L'auteur s'intéresse ensuite au public, la place qu'on lui accorde dans la salle de cour criminelle et le rôle qu'il y joue dans le contexte plus large «d'après Révolution»: « We begin (...) the 19th-century audience, because it made the trial and courtroom spectacular; my argument will be that the nature of that audience (...) has much to do with the construction of the architectural image of justice. » (pages 21 à 31)
- Une place spéciale est prévue pour la presse (pages 31 et 32)
- L'auteur s'intéresse ensuite aux acteurs du procès (pages 31 à 43). Sur le fait que le box des jurés fait face à l'accusé, et est à côté de la place du procureur: « In that accusatorial confrontation with the defendant, the jury was aligned with the prosecutor, whose chair on the judicial tribune above was observed to overhang the jury box; the foreman, who would direct the jury deliberation, took the seat closest to the prosecutor's. But if the

layout of the courtroom implied a certain alliance, even subordination, between jury and prosecutor, it also differentiated between the lay and professional judges by setting the jury at right angles to the bench. Similar to the location of American juries, this arrangement nonetheless underscored the difference considered so problematic in the 19th-century France between the prerogatives of juries, supposed to determine guilt without thought for the sentence, and judges, responsible for pronouncing the legal penalty. » (page 37)

- Sur le rôle joué par la lumière et le positionnement du jury: « The jury sat below large clerestory windows which illuminated the dock and highlighted the defendant's every movement; the jury itself remained in the shadow (fig. 56). Indeed, what differentiated the jury from the public was that the jury was required to assume the magistrates' ethos of impassivity. Any sigh of the jury's conclusions was grounds for nullifying the trial, let alone for dismissing the offending juror. Hence the value of the partition between jury and press boxes, helping to sequester the jurors from the view of the public, and above all, the significance of obscuring the jury in shadow, so that the defense could not tailor its comments to its audience. » (pages 38 et 39; références omises)
- L'auteur s'attarde ensuite aux débats en salle de cour, en trois phases: « an inquisitorial interrogation, oral witness testimony, and the speeches of prosecution and defense. The ceremonial forms of these phases betray the tensions between professional and lay authority and written and oral procedure (...). » (page 44)
- La place respectivement occupée par le procureur et l'avocat de la défense affecte leur style oratoire: « The prosecutor stood at his desk on the judges' tribune, to give his speech; (...) his plausibility depended on merely raising a finger to emphasize a point. But the defense counsel, confined to his bench by a high barrier designed to hold his papers, was compelled to use gesture to bridge the vast *barreau* between himself and the jury. (...) » (page 53)
- L'auteur aborde au dernier chapitre l'architecture du Palais («the new wing») et les débats d'interprétation qui ont suivi son inauguration: « The response of the critics raised two interrelated issues :not only the thematic and prescriptive question of what the architectural character of justice should be, but also the basis for judging character in architecture. Authority, represented above all through images of class and gender, was the central problem here: (...). » (page 75)
- Sur la symbolique de la décoration de la salle de cour: « (...) The courtroom embraced the public in a warmly colored environment, which nonetheless displayed an internal decorative hierarchy which helped to

create the hierarchical sequence of zones described earlier.» (page 92; référence omise; nous soulignons)

- «In this essay, I have looked at the criminal courts from the point of view of contemporaneous trial-participants and critics. What emerges is a debate about who the courtroom belonged to: the defendant *en blouse*, the juror and the public, or the magistrate.» (page 102; nous soulignons)
- **Antoine GARAPON, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion, 1985, 211 pages.**
  - Puisque cet ouvrage est bien connu des chercheurs prenant part au projet, Nicolas juge qu'il n'est pas nécessaire d'en faire un résumé.
- **Antoine GARAPON, «Le devenir du rituel judiciaire?», dans Christian BIET et Laurence SCHIFANO (dir.), *Représentations du procès, droit, théâtre, littérature, cinéma*, Nanterre, Université Paris 10 Nanterre, 2003, 483 pages, à la page 23.**
  - L'auteur s'efforce de «tracer (...) quelques pistes sur les évolutions du rituel judiciaire, et plus généralement sur les nouvelles formes de symbolisation contemporaines.» (p. 23)
  - «Tout se passe comme si nous assistions à un double mouvement paradoxal : à la fois un désinvestissement total à l'égard des rites de la justice [A.] et, en même temps, un surinvestissement [B.].» (p. 24)
  - A. L'auteur note que le rituel judiciaire a disparu et a été remplacé par «une justice proche, informelle et plus respectueuse des sujets» par le biais des «procédures de médiation et de tout le mouvement de la justice alternative» (p. 24). Ces dernières se caractérisent d'abord par une absence de publicité; dès lors, «Il manque une dimension essentielle du rituel qui est son spectacle. Les techniques de résolutions des conflits se présentent comme absolument rationnelles (par opposition à la pompe du droit) et opératoire (en se démarquant de toute dimension symbolique).» (p. 24; nous soulignons) L'auteur note aussi, quant à la médiation, l'importance de la parole (p. 24), «alors que les rites traditionnels privilégièrent plutôt la gestuelle», le «faire». (p. 25)
  - A. l'auteur note aussi dans la médiation «un effet du subjectivisme : on célèbre une personne (...)» (p. 25). Faisant un parallèle avec les rites des funérailles et du mariage, l'auteur constate une volonté de «rompre avec un rituel impersonnel et solennel» au profit d'une «personnalisation croissante de la cérémonie» (p. 25). Conséquemment, selon l'auteur, «il n'y a plus de procès en tant que tel : il ne subsiste qu'une cérémonie

sociale de contrôle social.» (p. 25) Cette cérémonie est distincte du rituel, puisqu'il lui manque l'aspect d'assignation de l'homme à un rôle, à une place dans l'univers (p. 26).

- **A.** L'auteur n'est pas pour autant d'avis que la disparition du rituel judiciaire «signifie la disparition de toute symbolisation de l'ordre du monde.» (p. 26). Ainsi, «la médiation et ces formes a-rituelles constituent une autre manière de symboliser la coexistence humaine (...)» (p. 26). Également, l'ordre symbolique «gagne en intériorité ce qu'il perd en généralité» (p. 27), ce qui permet «une meilleure appropriation des règles juridiques par les sujets de droit» (p. 27). L'on s'éloigne ainsi d'un «juridisme procédurier qui se révèle souvent fatal pour le droit.» (p. 27)
- **B.** «Inversement, on voit aussi se profiler un dérèglement du rituel judiciaire symétrique (...) : les rites ne sont plus contournés mais surinvestis» (p. 28). En témoigne l'importance que prennent les affaires de justice dans les informations télévisées. Les médias contribuent à inventer de nouveaux rituels, par et pour eux. Leur traitement de la violence se fait sous forme de faits divers, où l'on s'intéresse surtout à la souffrance des victimes, en s'éloignant du débat social (p. 28-29). L'auteur est d'avis qu'on assiste à deux déplacements majeurs :
  - (1) «Un détournement du rituel par les victimes» (p. 29) : le centre de gravité du rituel migre de la personne de l'accusé vers la victime. «Les victimes se sont emparées d'une enceinte judiciaire à des fins de mémoire, non sans risque, ni pour eux, ni pour la justice elle-même...» (p. 30). La victime, telle un prophète, parle avec émotion et n'est plus tenu à l'objectivité; elle en vient à présider le procès, la justice entière devenant l'auxiliaire de la mémoire (p. 30). Le prétoire leur offre une «enceinte symbolique pour publier leurs souffrances, au risque de détourner les rites du procès» (p. 31). La justice ne parvient plus à ne s'autoriser que d'elle-même et doit se justifier par le soulagement qu'elle apporte aux victimes (p. 32). «Le procès, en tant que tel, est donc en passe d'être détourné au profit d'une des parties, en l'occurrence les victimes, ce qui correspond à une perte du symbolique» (p. 32).
  - (2) C'est désormais le procès (autant, voire même plus que la peine) qui symbolise socialement la justice (p. 32). Il y a crise (au sens de transformation) de la pénalité classique, redéfinition de la symbolisation du mal, rendue claire par l'importance que prennent les victimes, si bien que «le rituel du procès ne s'oriente plus autour d'une confrontation d'un homme à son acte et à la Loi, mais autour d'un face à face avec la victime», cette dernière réclamant ce face à face (p. 32) comme elle réclame aussi le pardon (p. 33) et l'aveu public (p. 33). Le rituel donne de surcroît aux victimes l'occasion de publier leur souffrance (p. 33) et de comprendre pourquoi on leur a causé tant de peine (p. 34).

- **B.** «Les rites du procès – les mêmes rites qu'autrefois, ou presque – sont donc mobilisés pour servir un autre vocabulaire pénal. Ce face à face, cette relation sous contrôle, la force de ce regard public, constituent autant de signes sociaux qui permettent de symboliser le mal à travers la souffrance infligée à la victime mais sans s'y limiter. Dans ce sens-là, j'y vois l'émergence d'un nouveau rituel par la rénovation de l'ancien. (...) Ce face à face dépasse le profit psychologique que peut en retirer la victime : sa publicité et son intégration dans un rituel immuable et prescriptif en font un spectacle qui donne sens à la résolution du mal (...). (...) «Le rituel permet ce passage d'un vécu individuel d'une souffrance injuste à une expérience collective du dépassement de la violence» (p. 34). L'on assiste à une «symbolisation à partir du particulier vers le collectif et non l'inverse» (p. 35).
- **Claudine HAROCHE**, «Le gouvernement des gestes et des postures au fondement des institutions», dans Geneviève KOUBI et Isabelle MULLER-QUOY (dirs.), *Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 294 pages.
  - Ce texte s'appuie sur de nombreux auteurs ayant étudié le cérémonial et le symbolisme du pouvoir. Voir entre autre, sur le domaine judiciaire, HALBWACHS, «Conscience individuelle et esprit collectif», dans *Classes sociales et morphologie*, éd. de Minuit, 1972. Voir aussi HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Albin Michel, 1996, p. 224, 225, 226.
  - «La disposition des individus dans le cadre de l'espace judiciaire, ou parlementaire, permet de saisir certains des fonctionnements matériels et symboliques des institutions : elle constituerait un exemple particulier de ces représentations fondamentales et de ces attitudes rituelles qui, dans l'espace institutionnel, relèvent de formes élémentaires.» (p. 207) (voir aussi p. 212 et p. 216)
  - Sur les rituels dans l'espace judiciaire, l'auteure s'appuie largement sur Antoine Garapon dans A. GARAPON et R. JACOB, «Pour une anthropologie de l'espace judiciaire», dans *La justice en ses temples*, Association Française pour l'histoire de la justice, co-éd. Errance, Paris / Brissaud, Poitiers, 1992; A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, Opus, 1997.
- **Jérôme JULIEN**, «Histoires de robe...», *Gazette du Palais*, 16 mars 2004 no 76, p. 2 (tel que cité sur Lextenso).
  - Cet article porte sur l'histoire et surtout les fondements du port de la robe d'avocat en France.

- «Il sent alors sur ses épaules tout le poids du symbole et sa signification : le prestige qui l'accompagnera durant sa vie professionnelle sera doublé d'exigences importantes. Parce que l'homme de robe est investi d'un crédit particulier, il ne peut pas tout se permettre. L'homme se retranche ainsi derrière la fonction dès qu'il revêt sa robe, et cette distance qu'il prend, en se distinguant des autres, marque pour lui les limites d'une dignité et d'une conduite qu'il ne pourra franchir.» (p. 1)
- La robe est la «transcription presque charnelle du serment prêté : chaque fois qu'il revêtira sa robe, l'avocat devra se rappeler la foi sur laquelle il est entré dans l'Ordre.» (p. 1)
- Sur la fonction de tout cérémonial judiciaire: «le cérémonial judiciaire lui-même est pénétré de signes et de rites qui ont pour vocation d'extraire l'enceinte de justice du reste de la société, qu'il s'agisse, outre des costumes, des lieux - des Palais de justice, empreints de dignité, où se rencontrent maintes figures allégoriques et mythologiques - ou encore de la langue elle-même (...)» (nous soulignons, p. 1; référence omise)
- Le respect dû à la justice commence par celui du costume; derrière la dignité de la robe réside celle de l'État (p. 2); L'on préserve l'autorité de la justice elle-même en protégeant le «signe visible, presque ostentatoire», le «signe distinctif»; (p. 3). Le but du port de la robe est donc d'«assurer la primauté de la justice, son indépendance, son respect.» (p. 4)
- La robe sert aussi à rappeler au client l'habileté de son avocat à le représenter : «(...) la confiance du client repose sur la croyance qu'il a des vertus de l'avocat, et cette confiance prend naissance dans le port de la robe : il y voit le signe visible de l'appartenance de celui qui la porte à une communauté et de sa soumission à un certain nombre de règles et de principes qui assureront une bonne défense. Dès lors, interdire le port de la robe à celui qui n'en réunit pas les conditions sauvegarde tout à la fois les intérêts d'une communauté qui doit légitimement se prémunir d'immixtions intempestives et ceux d'un client qui pourrait être abusé par l'apparence et placer sa confiance en une personne qui ne serait pas digne de la recevoir.» (p. 3; nous soulignons)
- Le noir de la robe symbolise l'humilité de la profession (p. 4)
- Autres accessoires de l'avocat aussi abordés, p. 4 et 5 (rabat, toque,...)
- Ce texte est jugé non pertinent par Nicolas, puisqu'il s'intéresse à un rituel judiciaire (le port du «costume judiciaire») qui ne sera pas touché par un éventuel virage technologique.

- Xavier LAMEYRE, «Actualité et acte de juger : éthique d'une poétique du procès», *Petites affiches*, 13 juillet 2005 no 138, p. 17 (tel que cité sur Lextenso).
  - o Aborde la dimension poétique du procès, du droit : «C'est au sein de l'ordonnancement ritualisé du procès que se crée l'oeuvre de justice. Cette création originale \_ qui peut connaître à l'avance l'issue d'un procès ? \_, comporte une dimension éminemment **poiétique** ou poétique (au sens premier de la **poièsis** grecque) qui contribue à la civilisation du temps par l'homme, lorsque celui-ci rappelle avec solennité, dans l'enceinte d'où est dit le droit (**iuris dictio**), les valeurs fondamentales du vivre ensemble» (p. 1)
  - o Le droit (et plus précisément le temps judiciaire) contribue à l'institution du monde social; le symbole, le rituel judiciaire permet à la société de «participer à la re-création de l'ordre social par le procès» (p. 2); il est aussi «éthiquement signifiant» (p. 3)
  - o Mise en garde contre la trop grande célérité des procédures (l'accélération du temps de la justice), et le danger que pose une justice trop efficace pour la respect des droits des parties. Voir entre autre le passage suivant : «Les gens de justice qui dénoncent la contraction ou l'accélération du temps judiciaire, la généralisation des procédures d'urgence et la systématisation du traitement rapide des affaires pénales, le font rarement par simple conservatisme professionnel, par complet désintérêt pour la gestion des flux processuels ou par pure prévention idéologique. Plus profondément, et plus sourdement aussi, c'est parce qu'ils savent d'expérience que le respect des droits fondamentaux des personnes et les garanties d'un procès de qualité, respectueux de principes directeurs reconnus, exigent l'octroi d'une distance fonctionnelle et temporelle minimale, une durée raisonnable, afin de pouvoir instruire et juger de façon digne et loyale, équitable et impartiale.» (références omises)
- Bruno LATOUR, *La fabrique du droit : Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, Paris, 2002, 319 pages.
- Dominique LEFEVBRE, «L'esprit de la culture juridique française», causerie prononcée à la Conférence Mignault, jeudi le 13 décembre 1962.
  - o Survol de l'histoire du droit français, synthétisé en trois phases :
    - Phase primitive, où la justice est imprégnée au plus haut point de magie et de religion; droit a un caractère rituel, magique, sacramental; geste, le rite, la formule l'emporte sur la volonté de l'homme;

- Phase formaliste, qui «tient de la phase précédente le goût des formes, des solennités», mais ces formes sont dépourvues de leur rôle magique et religieux; le droit se sécularise, devient laïque, mais le formalisme conserve un caractère essentiel; l'action en justice est antérieure au droit lui-même;
  - Phase intellectuelle et humaine : on rompt avec les formules, les gestes et les prestations concrètes qui limitaient l'autonomie volontaire; formes ne sont qu'un masque derrière lequel se cache le fond du droit qui lui importe dorénavant; formalisme ravalé au rang de moyen de preuve, procédure = mise en œuvre nécessaire, mais non essentielle aux droits fondamentaux;
- **Arnaud LUCIEN, *La justice mise en scène : approche communicationnelle de l'institution judiciaire*, Paris, L'Harmattan, 2008, 291 pages.**
- Disponible à l'Université d'Ottawa ou encore l'Université Laval
  - aperçu sur Google books :  
«La justice peut-elle se passer de mise en scène ? Et quels sont les effets de sa représentation sur d'autres scènes ? Au XXème siècle l'institution judiciaire est passée d'une forme classique à sa forme moderne. Désormais émancipée de son apparat traditionnel, elle découvre sa nouvelle "condition médiatique". Devenue actrice de l'espace public, l'institution judiciaire est confrontée à la suprématie de la transparence et de la proximité au détriment de son système symbolique et culturel, intemporel. Ces valeurs postmodernes évoquent en effet les promesses de l'immédiateté d'une justice sans scène, dans laquelle les barrières symboliques s'effondrent. Ce phénomène est accentué par la médiatisation et par les promesses de l'image. Cette question de société est considérée dans cet ouvrage à travers le cadre conceptuel de la sémiotique politique au sein des sciences de l'information et de la communication. Celles-ci permettent ici, une fois de plus, de contribuer aux questionnements contemporains relatifs à la crise de la médiation et de la sociabilité.»
  - table des matières également visible sur Google books;
- **Arnaud LUCIEN, «La médiation institutionnelle : l'institution judiciaire comme terrain d'étude», en ligne, Société française des sciences de l'information et des communications :**  
[http://www.sfsic.org/congres\\_2008/spip.php?article62](http://www.sfsic.org/congres_2008/spip.php?article62)
- **Note** : Il semble s'agir d'une communication tirée du livre du même auteur (ci-dessus cité) à l'occasion du 16ème Congrès de la Société française des sciences de l'information et des communications.

- Pour l'auteur, l'institution judiciaire est entendue comme un «réseau de significations à l'origine de sa propre représentation dans le social [créant un espace aménagé, des significations cachées, des règles sociotechniques, des rituels, un appareil, une scansion du temps, un langage et utilisant des symboles].» (p. 2)
- L'institution judiciaire «opère une médiation symbolique et bénéficie d'une légitimité, elle-même, source d'autorité. Cette dernière est soutenue par une « mise en scène » esthétique qui dispose d'un caractère performatif.» (p. 3)

▪ Quant à l'idée de médiation symbolique :

«Médiat entre l'individu et les hommes, l'institution rend alors saisissable l'insaisissable : c'est-à-dire la société. L'institution est donc une instance de médiation symbolique qui met en scène, à la fois, le pourquoi ? et la promesse fondatrice qui unit les hommes. (...) Le discours judiciaire dispose ainsi d'une portée symbolique qui dépasse les relations entre les parties et concerne la société toute entière s'offrant parfois à la discussion de l'espace public. Cette médiation symbolique est alors soutenue par une « mise en scène esthétique ».» (p. 3)

▪ Quant à la mise en scène esthétique :

«Apparat et décorum délimitent un espace esthétique et temporel dans lequel se réalise pleinement le discours judiciaire. (...) Les éléments qui composent ce dernier s'organisent autour d'un rituel qui organise : un espace, matérialisé par le Palais de Justice [dont l'architecture n'est pas idoine] et la salle d'audience et, un temps, le temps judiciaire, qui dispose d'une scansion particulière.» (p. 3)

«La décision du juge doit être prise rationnellement, cependant pour disposer d'une véritable force performatrice, l'activité doit être accompagnée d'un cérémonial, de rituels, de rites entrepris dans le cadre d'une chaîne signifiante, permettant la constitution de représentations communes, de significations partagées, imaginaires et instituantes... Le rituel et la mise en scène ne sont donc pas seulement des règles de procédure. La position des magistrats à l'audience est chargée d'une signification qui n'est jamais neutre et l'architecture des palais de Justice met en avant des valeurs... Ainsi, les signes propres à l'institution, « réseau symbolique, socialement sanctionné, où se combinent en proportions et relations variables une composante fonctionnelle et une composante imaginaire » (Castoriadis, 1975 : p.193), participent d'un langage, au regard de son rôle, de ses valeurs et de sa

normativité. L'institution judiciaire n'est donc pas seulement l'un des éléments raisonnable d'un système politique, juridique et social, elle apparaît comme un élément enchanté d'un système imaginaire, psychosocial, symbolique, sémiotique et communicationnel.

(...)

En créant un espace sacré, elle engendre les conditions d'une communication dogmatique permettant l'exercice d'un pouvoir.

(...)

la « mise en scène » participe de l'exercice d'un pouvoir en organisant les interactions symboliques.» (p. 4) (nous soulignons)

- L'auteur dénonce ensuite ce qu'il qualifie de «démantèlement de la scène et des rapports symboliques» (p. 2), de «déritualisation de l'institution judiciaire» (p. 6). La figure du juge change («Le juge : d'Hermès à Jupiter»), l'architecture des palais également («Non lieu pour la justice»). Or, derrière ces changements, ce sont les valeurs véhiculées qui ne sont plus les mêmes :
    - «En ce sens, selon Henri Mendras (1996 : p.101), porter atteinte au rite, c'est porter atteinte au social. « Refuser un rite, c'est rejeter la société dans ce qu'elle a de plus profond de plus évident : mettre en question ce qui va sans dire, aboutit à exprimer explicitement ce qui était tacite et à en montrer le côté conventionnel et donc discutable. Les normes et valeurs s'en trouvent ébranlées et par conséquent tout l'édifice social et son système de régulation ». (...) Dorénavant, la justice est rendue en dehors de la dramatisation de la scène et de la médiation, entendue comme passage de l'individuel au collectif, en dehors de la construction d'un sens partagé et au profit de solutions intersubjectives sans réelle signification dans le social. L'institution perd ainsi sa légitimité en même temps que s'effondre sa figure totémique. L'intensité du discours est affaiblie. L'abandon du rituel judiciaire par le passage à une justice sans scène conduit au partage de l'espace judiciaire.» (nous soulignons, p. 5 ; référence omise)
  - En deux mots, l'auteur soutient que «la « mise en scène » en matérialisant une distance symbolique, une relation médiatisée, organise des interactions symboliques qui seules peuvent assurer l'autorité d'une institution.» (p. 8)
- Arnaud LUCIEN, «Les attributs symboliques de l'autorité du juge dans le documentaire judiciaire», (2007) 28 *Recherches en communication* 123.
- «L'autorité de l'institution judiciaire n'est pas sans lien avec la mise en scène qui l'accompagne. Même sécularisée, la Justice dans sa forme

classique, conserve les ornements de pratiques ancrées dans le passé. Elle s'appuie sur un rituel fondé dans des mythes d'origines cosmogonique et religieuse qui nourrissent l'imaginaire de l'institution. Celui-ci trouve ses racines dans les grands procès de l'Histoire, de l'Antiquité et notamment d'épisodes bibliques tels que le jugement du Roi Salomon (Ost, 2004). Selon l'analyse de l'illustre anthropologue René Girard (1972), l'audience s'affirmerait comme la reproduction d'un sacrifice ; La sentence portant la signification de la vengeance collective. Par la répétition d'un rituel ancestral, le palais de Justice est donc un temple et l'audience une cérémonie. Cette présence du sacré dans les pratiques actuelles dispose d'un pouvoir performatif. En ce sens, le procès est une scène sur laquelle les interactions obéissent à des règles précises tant dans le respect des garanties procédurales que dans la répétition d'un rituel quasi-religieux. Le rituel, respecté, s'intègre dès lors dans un système symbolique à l'origine d'un invisible structurant et, derrière la mise en scène esthétique de la Justice, ce sont les symboles qui communiquent.» (p. 123-124; nous soulignons)

- L'auteur s'intéresse aux dangers que représente le fait de filmer les procès, aux effets insoupçonnés de ce qu'il appelle la «médiatisation de l'institution judiciaire»: «La dramatisation théâtrale, l'apparat de la salle d'audience, les costumes, l'organisation de l'espace et du temps participent d'un discours presque ésotérique. Dès lors, il est aisément de comprendre la pudeur de l'institution face à l'intrusion des caméras.» (p. 124) (...) En effet, la représentation médiatique emporte avec elle le risque d'atteinte à l'intégrité de la mise en scène qui accompagne l'acte juridictionnel. La première page du *rapport Linden* fait explicitement référence à ce danger en évoquant Marshall Mc Luhan, « [...] le medium est le message [...] la télévision crée son propre univers, fonde et affirme sa propre légitimité [...] elle produit sa propre vision du monde prise en compte par tous ». Il est dès lors justifié de s'interroger sur les effets de la médiatisation de l'institution judiciaire?» (p. 125)
- **Partie 1 : La concurrence des récits :**

«(...) la narration du documentaire a vocation à entrer en concurrence avec ce récit. (p. 125) (...) En ce sens, le *rapport Linden* (p. 8) envisage l'intrusion de la caméra comme l'immixtion d'un tiers, susceptible de modifier les comportements des acteurs de l'audience : (...)»(p. 125).

«En effet, la caméra instaure une autre scène, susceptible d'influencer la narration et les jeux d'acteurs. Elle se substitue à toutes les fonctions du cadre symbolique comme celle d'attribuer à chacun sa place.» (p. 126)

«La caméra peut ainsi porter atteinte à la sérénité des débats à la fois dans la mesure où la médiation du discours de l'institution judiciaire entre en

concurrence avec la médiatisation de la caméra mais aussi car elle modifie les comportements des acteurs de l'audience. On peut dès lors imaginer un magistrat plus sévère ou plus complaisant face à la caméra. (...) la vérité judiciaire n'est pas nécessairement la vérité recherchée par le documentaire.» (p. 126)

«Ainsi, la représentation médiatique ne peut s'émanciper d'une mise en scène, d'une narration et dans le récit, la fonction symbolique du juge est appréhendée d'une manière contingente. Si le documentaire offre régulièrement au public un regard sur ce que veut être l'institution judiciaire dans sa forme classique, certains documents adoptent une approche différente et même concurrente au récit judiciaire, par la réincarnation du juge. C'est-à-dire en le dépouillant de sa fonction symbolique pour le saisir dans sa réalité sociale.» (p. 128)

- **Partie 2 : le juge réincarné :**

«(...) l'immédiateté de l'image et l'angle adopté, peuvent représenter un danger pour l'autorité des institutions. La caméra est susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la justice dès lors qu'elle affaiblit la fonction symbolique de ses représentants. Ainsi, dépouillé de sa robe et de l'apparat de l'audience, le magistrat est sorti de son rôle. Il y a crise de la représentation. (...) En effet, là où la scène judiciaire organise une mise à distance, une coupure sémiotique, entretient une *differ(a)nce* par un langage, par un dispositif, par les signes, par le symbole, les médias cassent cette frontière confortable pour faire réapparaître l'homme en dehors de sa fonction symbolique. C'est-à-dire en le privant de son rôle social. L'institutionnalité est mise de côté pour saisir les coulisses d'une mise en scène destinée à porter des valeurs.» (p. 128)

«Le juge réincarné, personnifié et starifié, joue un autre rôle que celui qui est exigé de sa fonction. (...) À travers la médiatisation et la personnification du juge, l'objectif du metteur en scène semble être de provoquer une empathie, d'entrainer une identification ou un rejet. La frontière symbolique s'effondre.» (p. 129)

- **Conclusion de l'auteur :** L'autorité de l'institution judiciaire repose sur une mise en scène classique qui accompagne l'acte juridictionnel et qui porte des valeurs : Force, impartialité, indépendance etc. Le récit judiciaire ne peut dès lors être séparé de son contexte d'énonciation. En ce sens, la narration organisée par la représentation médiatique a vocation à entrer en concurrence avec le discours institutionnel. Le documentaire s'affirme ainsi souvent comme un danger. La fonction symbolique du juge y est représentée de façon contingente. Si certains documents placent l'emphase sur les attributs symboliques de la fonction comme le cérémonial et l'apparat du palais, d'autres cherchent à saisir la réalité de l'homme ou de la femme, incarnée sous la robe, c'est-à-dire à briser la distance séparant le

juge du justiciable. La réincarnation du magistrat expose dès lors ses faiblesses et fragilise l'institution. La représentation médiatique de l'acte juridictionnel implique donc nécessairement une démarche éthique qui prenne en considération l'importance de la fonction symbolique du juge pour le lien social. Selon Pierre Legendre, (2000, p.9-10) «Il est question du radeau institutionnel qui permet à l'humain, dans toute culture, de traverser la vie.» » (p. 131)

## E. IRLANDE

- "Court Traditions", en ligne, Courts Service:  
<http://www.courts.ie/Courts.ie/library3.nsf/pagecurrent/00B1B713EAB1BB2180256DF80049B0B5?opendocument>

- Sur le "judicial attire": "What is the history behind the attire worn by judges and barristers? We have discovered two explanations - one associated with the death of an English king; the other concerning clerics. You can decide for yourself which one you think is more likely:

### 1. The death of King Charles II

Judicial attire in its present form dates from about 1660, the time of the Restoration of the English monarchy. Upon the return of Charles II from France, the fashion of the Court of Louis XIV for powdered wigs became de rigueur for the smart members of English society. The judicial robe and barrister's gown developed much earlier. By the time of Edward III (1327-77), fur and silk-lined robes were well established as a mark of high judicial office. Judicial costume changed with the seasons, generally green in the summer and violet in the winter, with red reserved for special occasions.

The plain black gown was adopted by most barristers in 1685 when the bar went into mourning at the death of King Charles II. By the late sixteenth century, however, all members of the legal profession wore round black skullcaps to court, with the white edges of the coif sticking out underneath. When wigs were introduced, judicial wigs had a small version of the skullcap and coif sewn into them. Law students, not yet entitled to wear wigs, continued to wear the legal skullcap for some time after the introduction of wigs, but by the early eighteenth century, it had disappeared completely. Therefore judges and barristers began wearing wigs and robes because everybody in polite society was wearing wigs and robes in those days and the custom has continued ever since!

### 2. Clerics assist to spread the law

The use of wigs and gowns, whilst traditional, also has a more practical and dual role - although neither may be immediately obvious. The

tradition dates back, long before the legal 'breakaway' from Britain in 1922 when the two court systems went their separate ways, to the days when the King (of England) toured the country with his entourage dispensing justice in the market towns which were usually located one day's horse ride apart.

Clerics formed part of this entourage and were the only people who could read and write. Their purpose was to record the King's judgments in writing so that wherever possible, similar judgments could be given in similar cases all over the whole country. This was the basis of the "common law", justice was "common" to the whole country.

These clerics were in great demand due to their knowledge of the decisions that the King was likely to make, but because they had taken vows of poverty, they were unable to charge for their services. In order to overcome this problem, they adopted the practice of wearing wigs to hide their "tell-tale" shaven heads, and gowns to cover their ecclesiastical dress. They could be approached by clients (inside Westminister Abbey; the most senior, and expensive cleric by the pillar nearest the door, to the juniors and least expensive by the pillars nearer the back). After they had given their advice, payment would be slipped into a pocket sewn onto the back of the gown, (which is still there to this day) in the pretence that they did not know that they had been paid."

- Voir également un historique des palais de justice d'Irlande (dans une perspective architecturale) à la page suivante :  
<http://www.courts.ie/courts.ie/library3.nsf/pagecurrent/4C8FF4A985443B3780256F27005167E5?opendocument&l=en>

## F. ROYAUME-UNI

- «**Traditions of the courts», en ligne, Judiciary of England and Wales:**  
<http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/introduction-to-justice-system/court-traditions>
- Sur la présence d'armoiries en salle de cour: «The Royal Coat of Arms came into being in 1399 under King Henry IV. It is used by the reigning monarch. The Royal Arms appear in every courtroom in England and Wales (with the exception of the magistrates' court in the City of London), demonstrating that justice comes from the monarch, and a law court is part of the Royal Court (hence its name). Judges and magistrates are therefore officially representatives of the Crown. The presence of the Royal Arms explains why lawyers and court officials bow to the judge or magistrates' bench when they enter the room. They aren't bowing to the judge - they are bowing to the coat of arms, to show respect for the Queen's justice.»

- Sur le port de la cape noire: « The black cap - based on court headgear in Tudor times - was traditionally put on by judges passing sentence of death. Since the permanent abolition of capital punishment in 1969, there has been no need for the cap to be worn. High Court judges still carry the black cap, but only on an occasion where they are wearing full ceremonial dress.»
  - Sur l'utilisation de rubans rouges: « Red or 'pink' tape was once used to tie up official papers - indeed, that's where the term "red tape" to describe excessive bureaucracy comes from. The tape is still used by the legal profession for briefs (the documents outlining a case) from private citizens. White tape is used for briefs from the Crown.»
  - Sur le serment: « Judges, magistrates and tribunal members take two oaths when they are sworn in. The first is the oath of allegiance to the reigning monarch, and the second the judicial oath; these are collectively referred to as the judicial oath. Witnesses giving evidence in court also take an oath, which can be religious (different versions exist for members of different faiths) or secular – where the witness simply affirms that they will tell the truth. Oaths were used at least as far back as Anglo-Saxon and Roman times.»
- Shaeda ISANI, «Visual Semiotics of Court Dress in England and Wales : Failed or Successful Vector of Professional Identity?», dans Anne WAGNER et William PENCAK, *Images in law*, Aldershot, Ashgate Publishing Limited, 2006, en ligne:  
<http://books.google.ca/books?id=GnWDNhzuBXgC&lpg=PA51&ots=Jk8finDoMi&dq=Shaeda%20ISANI%20Visual%20semiotics%20of%20Court%20Dress%20in%20England%20and%20Wales%20%3A%20failed%20or%20successful%20Vector%20of%20professional%20Identity%3F%2C&hl=fr&pg=PA52#v=onepage&q=Shaeda%20ISANI,%20Visual%20semiotics%20of%20Court%20Dress%20in%20England%20and%20Wales%20:%20failed%20or%20successful%20Vector%20of%20professional%20Identity?,&f=false>
- «This study proposes to explore contemporary **English legal court dress** as a vector of professional identity, the representations sought and the perceptions generated through an analysis of the triadic interactive dynamics involved between : the sign (legal court dress), the addressers or encoders (professionals who wear court dress), the addressees or decoders (the target public)» (p. 52)
  - Ce texte est jugé non pertinent par Nicolas, puisqu'il s'intéresse à un rituel judiciaire (le port du «costume judiciaire») qui ne sera pas touché par un éventuel virage technologique

- Peter MEIJES TIERSMA, “Rites of passage: Legal ritual in Roman law and anthropological analogues”, (1998) 9-1 *The Journal of Legal History* 3.

- La partie I de cet article présente certains rituels romains, tandis que la partie II présente et applique la position d’Arnold van Gennep selon laquelle le rituel est essentiellement un rite de passage, qu’il accompagne un changement de statut, surtout institutionnel: « often legal ritual accompanies a change in status, when a person enters or leaves a legal or cultural institution» (p. 16). Selon l’auteur donc, le rituel est « an unambiguous means of effectuating and communicating important institutional changes.» (p. 23) Nous nous intéresserons surtout à la partie III, «ritual as communication».
- Sur le pourquoi du lien que constate l’auteur entre rituel et changement de statut institutionnel (p. 15), l’auteur tient les propos suivants: «In his important article, *Consideration and Form*, Fuller pointed out three functions of legal formalities. One of these is *evidentiary*, in that the formality, through the presence of witnesses or by being in writing, provides evidence in the event of a later dispute. A formality also has a cautionary function in acting as a check on inconsiderate action. Finally, there is the *channeling* function, which refers to the fact that the formality serves as a simple marker of enforceability. Legal ritual has a further function, however, related to the channeling function but broader. Ritual not only marks enforceable acts, but in fact provides *meaning* to acts by separating them from the ordinary.» (p. 15, nous soulignons; référence omise)
- Comme exemple à l’appui du fait que le rituel sépare l’ordinaire de l’extraordinaire, l’auteur cite le rituel religieux, qu’il compare ensuite au rituel légal :

«The most obvious area in which ritual separates the unusual from the ordinary is religion, where ritual separates the sacred from the profane. (...) One might extend this analysis to legal ritual by suggesting that it is derived from religious ritual. (...) As with religious ceremonies, legal ceremonies are often characterized by the wearing of distinctive clothing (wigs, coifs, robes), ritual actions (standing when the judge enters), and archaic language.

Yet although it may originally have been closely tied to religion, I believe one does legal ritual an injustice by viewing it as little more than an extension of the sacred. Rather than considering one to be derived from the other, it may be better to regard both sacred and legal ritual as part of a more general scheme of separating the ordinary from the special.»

- Sur le lien entre rituel et magie: «It is not surprising that legal ritual is sometimes identified with magic, since the simple utterance of words by the proper person or the performance of a prescribed ceremony can bring about major changes in status, often resulting in significant consequences.»
  - En conclusion, l'auteur tient les propos suivants : «Ritual still plays a role in our law, often to impress people with the solemnity of what they are about to undertake and to make explicit that their actions will have legal effect. For example, ritualistic words ('I, John Doe, being of sound mind and body do hereby will and bequeath . . .' ) often indicate that something is a will rather than simply words of intent. And the most ritualistic of all legal processes - judging - is only slightly less formal today than it was in Roman times. Here the judge, the representative of the community, presides over a ceremony in which the parties act in accordance with prescribed procedures. At the end of this ceremony he declares by ritualistic words and deeds that a particular person is to be accorded the status of criminal or that a thing belongs to one person and not the other.» (p. 23; nous soulignons)
- Linda MULCAHY, “Architects of Justice : the Politics of Courtroom Design”, (2007) 16 *Social and Legal Studies* 383.
- “This article looks at the interface between the design of courtrooms and the notion of participatory justice. In contrast to a vision of judicial space as neutral, this article argues that understanding the factors which determine the internal design of the courtroom is crucial to a broader and more nuanced understanding of judgecraft.” (p. 383; nous soulignons)
  - “The environment in which the trial takes place can be seen as a physical expression of our relationship with the ideals of justice and reflects the troubled history of this term.” (p. 383) L’architecture en soi « project on the ground the dominant images of social institutions.» (p. 389)
  - L’auteure soutient que l’analyse du design des salles de cour à travers les âges en Grande-Bretagne révèle que le rôle du public a été progressivement marginalisé, ce qui s’est traduit par l’érosion des principes de justice participative et de publicité des procès («public trial») (et ce, alors même que l’architecture extérieure des palais de justice induit au contraire cette justice participative, transparente; voir l’exemple de l’utilisation du verre pour suggérer métaphoriquement la transparence de l’institution judiciaire (p. 384)). Cette marginalisation tient au fait, selon l’auteure, que le public a peu à peu été perçu comme dangereux, et donc qu’il était nécessaire de le contenir et de le surveiller (p. 385 et 392 et ss).

- Une séparation, une barre suggère un intérieur et un extérieur, et donc une opposition, une ségrégation, une inéquité (p. 385). Un plancher surélevé devient la manifestation physique du pouvoir et de la hiérarchie (p. 385). Conséquemment, « (...) the space in a courtroom becomes a particular articulation of social, cultural and legal relations.» (p. 386)
- L'utilisation de l'espace et la désignation des places attribuées à chaque acteur affectent la dynamique même des procédures judiciaires (p. 386). Qui plus est, cela peut même nuire au «due process» (voir l'affaire *V. v. United Kingdom* [1999], où le “physical layout of the courtroom was found to have contributed to the abuse of human rights.” (p 386)).
- Selon l'auteure, « (...) socio-legal research on how the trial is experienced has demonstrated that the space–time ritual of English proceedings combines to inhibit participation and understanding.», ce qui va à l'encontre de la prétention que les cours sont ouvertes au public (p. 386-387)
- Il existe en Grande-Bretagne un manuel à l'intention des architectes de palais de justice («Court Standards and Design Guide»), dictant les principes à observer dans le design de l'intérieur des salles de cour (p. 387), toute discréption artistique ou tentative d'amélioration étant sur ce point évacuée (p. 390). Ce guide «makes it clear that the expectation is that architects will design courts with an eye to tradition and prescribed order.» (p. 389) Le Guide identifie 8 caractéristiques (ou attributs) génériques de l'intérieur d'une salle d'audience, dont la position précise est imposée : «the judges or magistrates bench, clerk's desk, witness box, jury benches, press desk, exhibits table, advocates bench and secure dock.» (p. 390) Or, la position des sièges destinés au public et aux médias n'est pas strictement prescrite par le Guide, « the expectation appearing to be that they will be fitted in where there is appropriate space.» (p. 392)
- Selon l'auteur, les principes contenus dans ce Guide “can be seen as imposing a form of order on the courtroom which limits the extent to which the courtroom can be designated as a public space. The distribution of bodies, walls, lights and gazes into particular arrangements reveals conceptualizations of the relationship between the spectator and the judicial system which are better characterized by the notions of segregation and surveillance than they are ideas about participatory justice.” (p. 392)
  - Quant à la ségrégation:  
- « (...) The changing use of space in the courtroom reflects how roles in the trial have transformed over time as ideas about due process and the value of lay knowledge have changed.» (p. 392)

- Alors qu'autrefois le public pouvait se mouvoir et parler librement au sein de salles de cour, il a progressivement été perçu comme un irritant (p. 393), et on lui a peu à peu limité l'accès à la justice (p. 393). L'espace dévolu au public dans la salle d'audience a également été réduit (p. 394). Le rôle des médias et la place qu'on leur a accordée au sein des salles de cour semblent au contraire avoir gagné en importance au fil des ans (p. 394). Les médias ont en effet aujourd'hui un bureau désigné. (p. 395)

▪ Quant à la surveillance :

- Le principe est à la visibilité des spectateurs au lieu de la visibilité des procédures (p. 396). Depuis le Moyen Âge, le juge domine la salle en hauteur pour lui permettre de garder le «contrôle visuel» de la salle, de la surveiller. Quant au champ de vision du public: "Significantly, spectators are expected to have a clear view of the judge but are destined to get no more than a 'general view' of the proceedings. Indeed they are the only parties at the trial who, it is specified, should have their field of vision restricted." Conséquemment, "it would seem to be the case that the observation of justice is now limited to observation of the adjudicator rather than evaluation of evidence and the weight which should be afforded it. It is process rather than substantive argument that the public are encouraged to observe. In this way observation has become distinct from participation and viewing from accountability." (p. 396)

- En conclusion, l'auteure soutient que «Contrary to the rhetoric employed by policy makers, the architectural apparatus imposed by the *Guide* can just as easily be read as a vehicle for creating and sustaining power relations. The sophisticated forms of segregation and surveillance employed allow things to be arranged in such a way that the exercise of power is not added on from the outside but is subtly present in ways which increase its efficiency and transform spectators into docile bodies.» (p. 399)

- **Joel SAMAHA, *Law and Order in Historical Perspective. The Case of Elizabethan Essex*, New York, Academic Press, Inc., 1974.**

- Selon son descriptif, ce livre est "an in-depth study of the Elizabethan system of criminal justice as it operated in Essex County during the last half of the sixteenth century". Il est retenu pour son Chapitre IV, "The Emergence of Modern Courts", qui comporte certains passages d'intérêt pour nos fins:
  - "The Assizes, Quarter Sessions, and leet courts were not simply quaint vestiges of a medieval past, though to be sure they had some of that flavor. They were, as has been noted, sources of social

entertainment and engines of retributive justice for crimes already committed, but in the largest sense they were something more than these. In essence they were attempts to deter crime through periodic and dramatic reminders that social misbehaviour might result in anything from minor fines to public humiliation and even death.» (p. 97)

- «Age alone did not make courts effective instruments of law enforcement. It was the heavy emphasis laid on pageantry and the rigid adherence paid to form that heightened their potency in a period when gaudy ostentation and lavish display were important attributes of government. From start to finish court days were exploited to publicize the mystical authority of the law and to dramatize the salient value of keeping the Queen's peace. (...) All of these exercises were not doubt meant to inspire, but more important they aimed at intimidating and terrifying subjects of the Crown into a fearful obedience to, if not a warm affection for, the law and the authority of magistrates.» (p. 99; référence omise)
- «Love of spectacle and devotion to ritual was one part of what is simplistically called the Elizabethan mind – it was a part that looked back in time for its source. Another part, the love of detail, the urge to record and to preserve for posterity, is equally simplistically referred to as part of the modern mind. But both the use of spectacle and enhanced detailed record keeping served a critical purpose. They reflected the growing demands placed upon the law as an instrument of social control (...). As the law was used to preserve social order, the machinery became larger and had to be formalized. In becoming formalized, it became both more public and more effective, which in turn enhanced its respect and its use.» (p. 107-108)
- **Abigail SELLEN, Yvonne ROGERS, Richard HARPER and Tom RODDEN,**  
**«Reflecting Human Values in the Digital Age», (2009) 52-3 *Communications of the ACM* 58.**
  - ABSTRACT: «The field of human-computer interaction (HCI) came into being more than 25 years ago with the mission of understanding the relationship between humans and computers, often with an eye toward improving the technology's design. But that relationship has since been altered so radically— changes in the sociotechnical landscape have been so great—that many in the community of HCI researchers and practitioners are questioning where the field is headed. Computer systems now intrude on our lives as well as disappear into the world around us, they monitor as well as guide us, and they coerce as well as aid us. Thus

there are debates about such fundamentals as what HCI's goals should be, how it should do its work, and whether its methods remain relevant.»

- «While the researchers agreed as well on the need to keep human values at (HCI) Human Computer Interaction's core, they highlighted the fact that our changing relationship with computers means that determining what these values might be and coming to understand them require greater finesse than ever before. If in the past HCI was in the business of understanding how people could become more efficient through the use of computers, the challenge confronting the field now is to deal with issues that are much more complex and subtle.» (p. 60)

## G. AUTRE

### - William KNAPP M.A., Dip. Crim., “Symbolism in the Criminal Trial Ritual”, 10 *B.L.J.* 17 1977.

- «It is the point of this paper to suggest that the relative status of the different parties in the courtroom is symbolized in their interaction, spatial positioning and attire, that the key element represented in the structural oppositions of the parties is the relationship, in great part of conflict, between the individual and the group, and that the court proceedings constitute *inter alia* a moral drama with symbolically asserts the superiority of the group over the individual» (p. 17)
- Le juge a le statut le plus élevé et le plus respecté (p.17). Il est «a semi-sacred person symbolising an institution.» (p. 18) En témoigne, par exemple, son entrée, tous devant se lever et garder le silence; le fait qu'il domine physiquement la salle d'audience (son siège, au centre, est le plus élevé); son costume, «the most flamboyant, (...), signifying his separation from mundane» (p. 18), son titre, etc. «The 'bar' is a palpable barrier separating him from the less sacred.» (p. 18) Par contraste, l'accusé est, malgré la présomption d'innocence, isolé, emprisonné dans le «dock», et ne peut parler que sous permission (p. 18). L'on ne lui doit aucun respect, une illustration en étant qu'on ne l'appelle pas «Monsieur», et donc qu'on lui nie même le statut de citoyen (p. 18). «Physically furthest from the judge, he is ritually and spiritually furthest.» (p. 18) On exige aussi de lui qu'il accepte sans rechigner sa subordination à l'autorité et la légitimité du juge, sous peine d'outrage au tribunal et donc d'emprisonnement (p. 18). L'auteur dresse, toujours à la page 18, un tableau des oppositions observables entre juge et défendeur qui rend clairement ce contraste.
- L'auteur explique ainsi la ségrégation de l'accusé: «Fear of contamination from the ritually impure, fear of contact with the personification of anti-social values, may be expressed in the accused segregation. (...) For [P. Reiwald], the inflexible ritual of the criminal trial, its formal language,

rigid procedure, robes, wigs and majesty, and “the juridical casuistry and dogmatism of the criminal law” are all mechanisms to avoid any real contact or involvement with the criminal. Moreover for the purpose of a “successful status degradation ceremony”, the defendant and his act must be ritually separated from the everyday realm to stand as out of the ordinary, outside and opposed to the legitimate order, which is epitomised by the judge.» (p. 19; références omises)

- Si la relation juge-accusé est asymétrique, celle des avocats (Couronne et défense) est symétrique et réciproque quant aux leurs obligations et attentes. Les deux sont à un niveau inférieur du juge, et à égale distance de ce dernier, symbolisant l'égale importance de leur statut et de leur rôle.  
«The equality of counsel symbolises the equality of all individuals and the equal power of individual and State before the law.» (p. 20) (l'auteur cite ici un passage de Thurman Arnold dans *The Symbols of Government*, traité dans la présente bibliographie).
  - «The procedural rules, then, are themselves a moral order of the rights of the individual against the demands of the society, embodied in the State.» (p. 21); «(...) the court ritual may be seen to mystically protect, purify and reaffirm the moral and social order.» (p. 21)
- Collectif d'auteurs, *Justice et espaces publics en Occident de l'Antiquité à nos jours*, colloque international organisé par le Centre interuniversitaire d'études québécoises (CIEQ) et le Centre d'histoire des régulations sociales (CHRS), Grand Plaza Montréal Centre-Ville, Montréal, 7 et 8 mai 2009. Actes de colloque à paraître (selon Arnaud Decroix qui y a prononcé une conférence).

Le programme, en ligne : [http://colloquejustice2009.cieq.ca/\\_doc/Programme.pdf](http://colloquejustice2009.cieq.ca/_doc/Programme.pdf) révèle qu'il y était question de rituels judiciaires.

## II. VIDÉOCONFÉRENCE

### A. AUSTRALIE

- Thomas RYMILL, “A country practice: the pros and cons of teleconference”, (notice absente).
- “Studies have been undertaken at Glasgow University as to the efficacy of video conferencing, and have identified a number of interesting points:
    1. If the speaker can see the listener, then the number of words needed to solve a joint task is about one-fifth compared to that needed if you cannot see your listener.

2. If the audio and video signals are delayed (out of phase) by 0.5 of one second or more, then the parties will have severe difficulty completing the task.
  3. Having a large image of the person may be counterproductive because you tend to look at that image, and that interferes with your ability to plan your next sentence.
  4. At the moment technology relies upon having "talking heads" whereas often it is shared visual contact that facilitates dialogue."
- Quant aux désavantages pratiques, l'auteur souligne que les situations suivantes peuvent poser problème :
    - "a party or witness who is confused by the technology."
    - "where there is an adversarial situation, and one party is present in the same room as the adjudicator, then that party has a distinct advantage by being able to read the visual cues;"
    - "the obvious problem of presenting evidence, especially documents."

## B. CANADA

- Jacqueline CASTEL, «**The Use of Screens and Closed-Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases : Necessary Protection for Children or a Violation of the Rights of the Accused?**», (1992) 10 *Can. J. Fam. L.* 283.
  - «ABSTRACT : Dans les affaires d'abus sexuel de l'enfant, le témoignage de l'enfant victime est crucial. Dans ces procès, souvent il n'y a qu'un témoin du crime: la victime. En plus, la preuve physique du crime n'est guère disponible. Pourtant, le fait de témoigner devant l'accusé reprend l'enfant comme victime et risque dénigrer son témoignage. L'article 486(2.1) du code criminel autorise l'usage d'un écran ou de la télévision en circuit fermé dans ces procès quand on juge que cela est "nécessaire pour obtenir du plaignant qu'il donne un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation." Dans cet article, l'auteure demande si, et jusqu'à quel point, l'usage de la télévision en circuit fermé arrive en fait à réduire le trauma qu'éprouve la victime dans ces affaires, tout en maintenant la sûreté de son témoignage. Elle soutient qu'il faut interpréter de façon libérale le terme "nécessaire" dans l'article 486(2.1). En plus, elle analyse d'autres moyens de réduire le trauma éprouvé par la victime au cours de ces procès. Ensuite, elle réfléchit à la constitutionnalité de l'article 486(2.1) empiété sur les droits de l'accusé à la justice fondamentale et aux mesures légales et justes, selon les articles 7 et 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés.» (p. 1-2)

- **Paragraphe 7:** The intimidating environment of the courtroom and the physical proximity to the accused may further predispose child sexual abuse victims to recant by the time they get to court. Thus, the revictimization of the child sexual abuse victim can inhibit the court's fact finding function and defeat the purpose of using the child as a witness in the first place.<sup>14</sup> When the child testifies from behind a screen, the testimony will still occur in the courtroom. Thus, although the child will not have to face the accused, the child may still become frightened, intimidated and distracted by the accused's physical presence, by other persons in the courtroom, and by the formal courtroom environment.
- **Paragraphe 8:** When closed-circuit television is used, the child will testify in a location other than a courtroom, while the child and her testimony are seen and heard on monitors situated in the courtroom. The child is less likely to be intimidated by the defendant and other participants in the courtroom. Interruptions, such as objections and motions by counsel, can also be tuned out of the child's awareness by turning off the monitor.<sup>15</sup> However, the child may become distracted and increasingly nervous if the monitor is frequently turned on and off. Some child witnesses will prefer to know what is going on in the courtroom.
- **Paragraphe 23:** The screen or closed-circuit television would prevent the accused from having the full opportunity to confront the complainant, a right which, or so it is argued, would include not only the right to cross-examine the complainant but also the right to face-to-face contact between complainant and accused. The use of these devices might also create an inference of guilt which offends the presumption of innocence.
- **Paragraphe 24:** The right of the accused to confrontation is deeply entrenched in our adversary system. This right is considered to be essential to fairness and the avoidance of duplicity in the giving of testimony. In *R. v. Potvin*, which dealt with the admissibility of testimony under s. 643(1) of the Criminal Code, the Supreme Court of Canada held, "It is ... a principle of fundamental justice that the accused have had a full opportunity to cross-examine the adverse witness."<sup>39</sup> However, the *Potvin* case did not address whether face-to-face confrontation is inherent in the right to a full cross-examination.
- **Paragraphe 25:** At common law, the right to confrontation has not been interpreted literally to require face-to-face confrontation. In *R. v. Smellie*, for instance, where the accused was charged with assaulting, ill-treating and neglecting his 11 year old daughter, he was ordered to sit out of her sight when she testified. In *R. v. Lee Kun* the Lord Chief Justice stated the rationale for the right to confrontation was expressed as follows:

The reason why the accused should be present at the trial is that he may hear the case made against him, and have the opportunity, having heard it, of answering it. The presence of the accused means not merely that he must be physically in attendance, but also that he must be capable of understanding the nature of the proceedings.<sup>41</sup>

Thus, the purpose of the right to be physically present is to ensure that the accused can hear the case being brought against him and to ensure that he is able to respond to it.

- **Paragraphe 26:** In the United States the right to confrontation is explicitly entrenched in the Sixth Amendment of the constitution.

- **Ronald ELLIS, *UTILISATION DE LA VIDÉOCONFÉRENCE LORS DES AUDIENCES SUR LES DEMANDES D'ASILE*. Rapport Ellis présenté à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (21 octobre 2004), en ligne, Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada,** <http://www.irb.gc.ca/fra/disdiv/proeva/revs/video/pages/index.aspx>

- Le passage suivant, tiré de l'étude de Frank et Edward M. WALSH, discutée ci-bas, a porté à notre connaissance le présent rapport, de même que celui de Mark FEDERMAN, dont le résumé suit: "While the United States, Australia, and Canada all currently use VTC [video teleconferencing] to process refugee claims, only Canada has commissioned a formal evaluation of VTC. In 2004, Ottawa asked Ronald Ellis to assess the effects of VTC on Canada's Immigration and Refugee Board's asylum hearings. The Ellis Report recommended further studies into the use of VTC, and acting on that recommendation the Canadian government contacted Mark Federman to analyze the psychological effect of VTC on an Immigration Judge's perception of testimony." (p. 267; références omises)
- Le rapport prend appui sur les observations personnelles de l'auteur, sur des entrevues confidentielles menées auprès d'avocats représentant des demandeurs d'asile, ainsi que sur les résultats de sondages confidentiels en ligne menés auprès de commissaires de la CISR, d'agents de protection des réfugiés (APR) et d'interprètes. A également été examiné le point de vue des organisations de défense des réfugiés ainsi que celui de trois spécialistes du domaine des communications, Mark Federman, Martine Lagacé, et Liora Salter (p. 12). A finalement été effectué un sondage sur l'utilisation de la vidéoconférence lors des audiences sur les demandes d'asile dans d'autres pays.
- Quant aux avocats représentant des demandeurs d'asile (voir les questions auxquelles ils ont eu à répondre aux pages 14 et 15), ceux-ci soulignent que les audiences de demandes d'asile tenues par vidéoconférence

présentent les désavantages et points faibles suivants (que l'auteur regroupent par thèmes) :

- Problème quant à l'évaluation de la crédibilité du demandeur (p. 17 et 18) dû aux différences de culture et de langage, mais aussi à la difficulté d'observer adéquatement le demandeur à l'écran
  - Caractère mécanique et impersonnel des procédures par vidéoconférence (p. 18)
  - L'interprète ne se trouve pas avec le demandeur, mais est plutôt aux côtés du commissaire (p. 18-19)
  - Répercussions défavorables de la vidéoconférence sur l'interaction du demandeur et de son avocat avec le président d'audience (impossibilité de voir les yeux, ou même les traits du commissaire, et donc d'évaluer sa réaction au témoignage, et absences d'interactions informelles avec ce dernier) (p. 19-20)
  - Stress et anxiété chez le demandeur, causés par la vidéoconférence
  - Problèmes techniques réguliers (p. 20)
  - Problème de gestion des documents pendant l'audience (p. 21)
  - Complication accrue de l'administration de la pratique de l'avocat (p. 21)
  - Problèmes logistiques et administratifs liés au décalage horaire (p. 21)
  - Absence de contrôle de la salle où se trouve le demandeur d'asile par le commissaire, qui se trouve à distance (p. 21)
  - Absence de toute présence officielle de la Commission dans la salle où témoigne le demandeur (personne ne le reçoit, ne le guide) (p. 21)
  - Possibilité de problèmes de sécurité (captation possible de témoignage parfois très privé et dangereux par des personnes non autorisées) (p. 22)
- Sur 14 avocats interviewés, 12 se sont dit plus confiants envers la justesse d'une décision rendue dans le cadre d'une audience en personne, et donc moins confiants lorsque l'audition se tient par vidéoconférence (p. 22)
  - Quant à l'information dégagée des sondages confidentiels menés auprès des commissaires, Ellis souligne qu'«en termes généraux, les différences entre les perceptions des conseils, décrites dans mon rapport sur les entrevues de ces derniers, et les perceptions des répondants de ces trois groupes sont très marquées. Il serait à peine exagéré de dire que la perception des conseils est dans la plupart des cas défavorable, tandis que chez les commissaires, les APR et les interprètes, au moins la majorité ont une perception favorable à l'égard des audiences par vidéoconférence.» (p. 25 ; nous soulignons)
  - Une grande majorité des commissaires comme des APR (agents de protection des réfugiés) ont exprimé l'avis qu'il n'existe aucune

différence quant à leur niveau de confiance envers la justesse de leur décision selon le type d'audience (en personne ou par vidéoconférence). L'opinion des interprètes varie ici davantage (p. 26). Les commissaires, APR et interprètes ont tous soulevé des avantages de gestion des ressources comme point positif de la vidéoconférence, alors que les principaux désavantages soulevés, par ordre d'importance, sont les suivants :

- Problèmes de gestion des documents (p. 27)
  - Problème quant à l'évaluation de la crédibilité (p. 27)
  - Nature impersonnelle et potentiellement aliénante de l'audience (p. 27)
  - Interprètes pas dans la même salle que le demandeur (p. 27),
  - Voir autres problèmes plus mineurs soulevés à la page 27 (pépins techniques, demandeurs non représentés, témoignages complexifiés pour les victimes d'abus physique ou sexuel ou de torture, audiences plus longues et fatigantes, etc.)
- Quant aux opinions des experts en communication, nous omettrons celle de Mark FEDERMAN dont nous résumons le rapport ci-bas. Concernant Martine LAGACÉ, les passages suivants, reproduits dans le rapport Ellis, nous semblent dignes de mention (à noter que la documentation sur laquelle Mme Lagacé prend appui concerne surtout les domaines des soins de santé, de l'éducation et du travail) :
- «Les résultats tirés des articles identifiés reflètent une preuve mitigée des répercussions psychologiques de la communication assistée (y compris la vidéoconférence), comparativement à la communication en personne. Certains chercheurs font valoir qu'il existe une interaction favorable et plus efficace dans le cas de la vidéoconférence, tandis que d'autres estiment que la communication assistée ne comporte pas tous les avantages observés dans le cas des interactions en personne (en particulier les signes non verbaux, comme l'expression du visage, le regard, la posture, etc.). À cet égard, il est intéressant de souligner que de nombreux chercheurs en communication et en psychologie considèrent que ces signes non verbaux constituent le fondement et la partie la plus révélatrice de la communication interpersonnelle.

Les résultats contradictoires ci-dessus peuvent s'expliquer en partie par le fait ***qu'il n'existe peut-être pas de relation directe*** entre le type de canal de communication et les répercussions psychologiques. Les études semblent suggérer que des variables importantes entrent en jeu dans cette relation. ***La nature de la communication pendant laquelle on a recours à la vidéoconférence et les facteurs liés à la personnalité*** pourraient être des variables médiatrices. En d'autres termes, les études montrent que la vidéoconférence ne semble pas exercer un impact psychologique *direct* (qu'il soit favorable ou défavorable) - son impact est davantage examiné

par le biais des variables *médiatrices.*» (p. 35 ; voir p. 36 pour un développement sur ces variables)

- Martine LAGACÉ (p. 36) comme Liora SALTER (p. 37) font valoir que lorsqu'une personne témoigne sur de l'information de nature délicate, traumatisante ou émotive, ou lorsque le témoin présente un fardeau psychologique, la vidéoconférence ne serait pas adéquate.
- L'expérience et la pratique de la vidéoconférence en matière de demande d'asile dans d'autres pays fait l'objet de la page 38 du rapport Ellis (on y traite surtout de l'expérience américaine et australienne).
- Ellis fait mention de la nécessité de prendre en compte, dans l'analyse du recours à la vidéoconférence, trois «réalités fondamentales» : 1) du point de vue de la gestion des ressources, la vidéoconférence est indéniablement très utile, voire indispensable; 2) la prise de décision dans les demandes d'asile est grave et difficile; et surtout, pour nos fins, 3) l'évaluation de la crédibilité dépend dans une large mesure de l'évaluation du comportement du demandeur d'asile par le commissaire (p. 39).
- L'auteur nuance ce dernier constat dans le passage suivant : «Bien entendu, les juges modernes font désormais beaucoup moins confiance à la fiabilité de leur « lecture » du comportement d'un témoin pour évaluer sa crédibilité. En effet, des études empiriques portant sur la fonction de juge ont récemment révélé que ce sont les décideurs qui ont le plus confiance en leur capacité d'évaluer la crédibilité du comportement d'un témoin et qui sont les moins susceptibles de l'évaluer correctement.» (référence omise ; p. 42)
- Toujours quant à l'évaluation du comportement dans une audience par vidéoconférence, l'auteur note l'importante divergence de perception entre les avocats (qui jugent que cette évaluation est rendue plus difficile) et les commissaires (qui jugent que cette évaluation n'est pas entravée du tout, voire est améliorée). Toutefois, aux pages 46 et 47, il nuance cette impression première de totale divergence en rapprochant les points de vue de ces deux acteurs.
- Pour l'auteur, le problème le plus épineux que pose la vidéoconférence tient à la qualité du témoignage : «À mon avis, la question la plus épineuse est sans doute l'incidence d'un environnement impersonnel et mécanique, où la technologie prédomine, sur les demandeurs d'asile et leur capacité d'être à l'aise avec les procédures leur permettant de raconter leur récit de manière naturelle et efficace - leur permettant de se présenter à ces procédures tels qu'ils sont vraiment.» (p. 48)

- Nous renvoyons le lecteur aux pages 48 à 55 pour la liste des conclusions et recommandations finales de Ronald Ellis. À noter que la conclusion principale de l'auteur est qu'il est nécessaire de faire des enquêtes et études plus poussées sur la question avant de trancher quant à la pertinence de l'utilisation de la vidéoconférence lors d'audiences de demandes d'asile.
  - À noter que la CISR répond au rapport de Ronald Ellis dans sa *Réponse de la CISR au rapport sur l'utilisation de la vidéoconférence lors des audiences sur les demandes d'asile*, en ligne, Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada :  
<http://www.irb.gc.ca/fra/disdiv/proeva/revs/video/pages/response.aspx>
- **Mark FEDERMAN, *On the Media Effects of Immigration and Refugee Board Hearings via Videoconference*, (2006) 19-4 *Journal of Refugee Studies* 433.**
- L'auteur analyse l'usage de la vidéoconférence en droit des réfugiés sous l'angle des communications («media theory») et des enseignements de Marshall McLuhan. Plus précisément, l'on tente de répondre aux trois questions suivantes (p. 437):
    - 1) How does the process of communication change when face-to-face encounters are mediated by videoconferencing technology? Are there aspects that are diminished or enhanced such that unfair bias is introduced compared to a face-to-face interaction?
    - 2) In particular, does the use of videoconferencing technology affect the ability to either perpetrate or detect deception, or alter the reception of conveyed emotion?
    - 3) Do different cultures ‘read’ mediated interchanges differently?
  - Quant à la question 1, en résumé, l'auteur constate que “[t]he research consistently shows that participants experience more difficulty in achieving mutual understanding in video-mediated environments than face-to-face encounters. A number of factors have been cited that contribute to this difficulty, including lagged synchrony (Straus et al. 2001), attenuation of important visual cues that convey non-verbal meaning (O'Donnell 1997; Doherty-Sneddon et al. 1997), reduced spontaneity and interactivity due to the differences in reciprocity and feedback (Sellen 1995), and over/under-correction/compensation, and projection on the part of interviewers (Chapman and Rowe 2001, 2002). Chapman and Rowe do point out, however, that videoconferencing might prove beneficial in a more structured, direct question-and-answer style of interview, while face-to-face encounters are more efficacious for unstructured interviews.” (p. 442; nous soulignons; voir développement sur ces études p. 438-442)

- Quant à la question 2, l'on pose que la vidéoconférence “may reduce adjudicators' ability to detect deception by imposing a greater mental workload that interferes with this ability. Further, the increased mental workload imposed by the medium itself may deleteriously affect the ultimate judgement, especially when compared to a face-to-face environment.” (p. 442). L'on soutient plus loin que “videoconferencing would tend to enable and favour deception on the part of the applicant, while it both technically and cognitively decreases the adjudicator's ability to form trust. Knowing this, in light of Wegener and Petty's (1995) results regarding unconscious bias correction, it would seem almost impossible for adjudicators to accurately, consistently and fairly assess veracity on the part of applicants during videoconference hearings. This is particularly true when judged against the standard of face-to-face hearings.” (p. 444; nous soulignons)
- Quant à la question 3, l'auteur fait état d'une étude démontrant qu'un individu issu d'une culture donnée détecte les mensonges d'un autre individu que si celui-ci est issu de sa propre culture; il est donc incapable de détecter les mensonges d'une personne issue d'une culture différente de la sienne (p. 444). Il existe également des différences importantes entre les cultures quant à la façon de décoder les expressions faciales et donc les émotions communiquées non-verbalement (p. 445). Il devient donc important, selon l'auteur, “to train adjudicators, first, that there are variations in nonverbal emotional expressions among different cultures, and second, how to interpret the semantics among these variations in emotional expressions.”, bien que l'auteur souligne ensuite que cette formation puisse en elle-même ne pas suffire (p. 445).
- L'auteur met en garde quant aux conséquences d'une possible acclimatation des juges à la vidéoconférence : “Is there an acclimatization that occurs through repeated exposure to videoconferencing? If so, it would create a de facto experiential imbalance between adjudicator and applicant that could change the outcome of a hearing, compared to a face-to-face encounter. Recall that one of the findings of Chapman and Rowe (2001) was that an initial power balance between interviewer and applicant was a direct result of mutual unfamiliarity with the medium. Over time, this balance tips in favour of the adjudicator.” (p. 446; nous soulignons)
- L'auteur fait finalement état des conclusions du rapport Ellis (ci-dessus discuté) (p. 446-447), et reproduit le témoignage très parlant d'une avocate en droit de l'immigration dans lequel elle fait état des différences «extraordinaires» entre une audition tenue en personne versus par vidéoconférence (p. 447-448). La conclusion générale de

l'auteur est que la vidéoconférence “introduces the significant possibility of inconsistency, inaccuracy, and altered judgement.” (p. 450)

- **Lisa-Marie NOËL, « La visioconférence... avec modération », (2006) 38-10 *Journal du Barreau* 13.**

- Cet article relate la mise sur pied d'un comité sur l'utilisation de la visioconférence en matière judiciaire. Ce comité est venu poser des principes de base pour encadrer l'utilisation de la vidéoconférence dans les sections de la Côte-Nord et du Bas-Saint-Laurent – Gaspésie – Îles-de-la-Madeleine, les avocats de ces sections ayant eu à se plaindre de la vidéoconférence. L'auteure résume ainsi les critiques de ces derniers :
  - «Elle [La visioconférence] éprouve les avocats avec ses nombreuses difficultés techniques, son côté froid et inhumain et son incapacité à capter les réactions des parties. Trop souvent employée, notamment en protection de la jeunesse et dans des cas de remise en liberté, cette nouvelle technologie implantée en 2004 inquiète les avocats. « Ils ont tous une impression de dégradation de la justice », signale la **bâtonnière Louise Levasseur**, confirmant ainsi un mécontentement général dans sa section.» (nous soulignons; p. 13)
- Le comité a posé que la vidéoconférence ne devait pas être utilisée dans les cas suivants : «lorsque la liberté et les droits fondamentaux d'un individu sont en jeu, pour l'audition d'un témoin ou la tenue d'audition et à l'égard d'une partie vulnérable (par exemple en jeunesse ou dans des cas de santé mentale), sauf s'il y a consentement.» (p. 13)
- Selon l'auteure de l'article, les avocats de ces sections sont «inquiets et préoccupés» parce qu'ils estiment que la vidéoconférence «a trop souvent pris le relais au détriment de la justice» (p. 13). L'on craint que l'audition en présence physique des parties, des avocats et des juges ne devienne l'exception en région, où la vidéoconférence est particulièrement indiquée et utilisée (à ce propos, on reconnaît quand même les avantages qu'elle présente pour les grands territoires (p. 13)).
- L'on souligne également que les parties consentant à procéder par visioconférence ne le font pas nécessairement en toute connaissance de cause, surtout lorsqu'elles ne sont pas représentées par avocat (p. 13).

## C. ÉTATS-UNIS

- **“Access to Courts and Videoconferencing in Immigration Proceedings”, dans *Developments in the Law. Access to Courts*, (2008-2009) 122 *Harvard Law Review* 1151, aux pages 1181 à 1191.**

- Ce chapitre soulève sensiblement les mêmes craintes quant à l'utilisation de la vidéoconférence en droit de l'immigration que celles soulevées par Mark FEDERMAN (ci-haut), Aaron HAAS (ci-bas), et Frank et Edward M. WALSH (ci-bas).
- Ce chapitre dénonce le fait que l'utilisation de la vidéoconférence semble être devenue le principe en droit de l'immigration (elle remplace les auditions en personne), alors que cet usage est beaucoup plus encadré et beaucoup moins fréquent dans d'autres domaines du droit. (p. 1181)
- En résumé, l'on soutient que ce recours à la vidéoconference en immigration "fails to provide access for immigrant respondents because it obstructs the factfinding process and prevents immigration courts from fulfilling the adjudicative functions for which they were designed." En effet, "[t]he factfinding process is consistently defined to include evaluations of credibility and demeanor. Research on video-mediated communications strongly suggests that videoconferencing prevents the accurate assessment of customary indices of these characteristics. Therefore, videoconferencing fails as a factfinding method in contexts such as immigration courts where determinations rely heavily on observational assessments of credibility." (p. 1182; nous soulignons)
- L'on prend appui sur les études de Mark FEDERMAN, d'Aaron HAAS et de Frank et Edward M. WALSH (études discutées ci-bas), entre autre, pour affirmer que les recherches ayant porté sur les auditions par vidéoconférence vont à l'encontre de la conclusion de l'EOIR [Executive Office for Immigration Review] selon lequel la vidéoconférence « does not change adjudicative quality or ... decisional outcomes. » (p. 1184; référence omise; voir développement p. 1184-1188)
- Entre autres problèmes pratiques liés à l'audition par vidéoconférence, l'on souligne ceux inhérents à la présentation de la preuve : "Evidence review is also complicated by videoconferencing because it relies on equipment to transfer documents between locations, and when such technology is present it is not always functional, leaving participants to "just hold documents up to the camera" for others to review. There is no verification that the content of these documents is actually discerned, and examining the evidence even in this manner may be impossible. Moreover, some forms of evidence, such as injuries inflicted through torture in an asylum-seeker's home country, may not be transmitted at all." (p. 1187-1188; références omises)
- L'on soutient que parce que la vidéoconference "exclud[es] or distor[ts] [demeanor evidence and credibility determinations]" (p. 1188-1189), "its use as a factfinding method is a violation of immigrants' due process rights." (p. 1189). Or, l'on souligne sur ce point que les "reviewing courts

have failed to recognize the use of videoconferencing by immigration courts as fundamentally incompatible with the factfinding process." (p. 1189). L'on discute ainsi l'affaire *Rusu v. INS* [296 F.3d 316 (4 th Cir. 2002)], qui appliquerait erronément le test développé dans l'affaire *Mathews v. Eldridge* [424 U.S. 319].

- En conclusion, l'on remet en question les gains en efficacité et les économies liés à l'utilisation de la vidéoconférence (p. 1192). L'on propose les solutions suivantes pour ne pas abolir complètement la vidéoconférence : "Improving the technology used, limiting use to preliminary hearings, and requiring the respondent's consent could help balance the efficiency videoconferencing purportedly provides with the substantive requirements of the immigration court system." (p. 1192; références omises)
- **AUTEUR, "Videoconferencing Links Federal Courts and Public", (1998) 30 Third Branch 6.**
  - La vidéoconférence représente des économies de temps, d'argent, et de sécurité (déplacements des prisonniers dangereux évités) et "increase scheduling flexibility" (p. 6)
  - p. 6 et 7 : en matière de sentencing aux États-Unis, dans certains comtés où l'on traitait un nombre élevé de dossiers de manière expéditive et impersonnelle, l'économie de temps que représente la vidéoconférence a permis d'humaniser la procédure, selon le juge Fred Biery : "We do them individually and we give them the attention I think they deserve. The majority of the defendants don't speak English, so we use a translator. I think with the videoconferencing the defendant has a better perspective on what is happening. With the cameras, it's like they are sitting six feet away. There is a one-on-one relationship that just wasn't possible before." (p. 7)
  - Particulièrement utile pour les domaines requérant de nombreuses audiences, comme sous la *federal bankruptcy law* américaine (p. 7)
  - Il est possible d'utiliser la vidéoconférence en maintenant le "traditional courtroom feel" le plus possible, en filmant le banc, la porte lorsqu'entre le juge, etc. (p. 13)
  - En matière de crédibilité du témoin, selon le juge Lee Jackwig, interrogé (p. 13): "I feel I'm almost better able to assess the credibility of the witnesses on the videoconferencing screen," said Jackwig, "because in at least one of the trial courts, the judge has a partial view of the witness. When they're on the screen, I see them face to face."

- Eric T. BELLONE, «Courts and Hard Technology: Applying Technology Solutions to Legal Issues», dans James M. BYRNE et Donald J. REBOVICH (eds), *The New Technology of Crime, Law and Social Control*, Monsey, Criminal Justice Press, 2007, à la page 185.
  - This chapter discusses new developments in hard technology being applied to the courts. It focuses on the “nuts and bolts” of hard technology operations as they relate to legal issues. Because change comes slower to the court system than other segments of the criminal justice system, there are only fledgling studies of assessing hard technology in the courts. Further, until recently such studies have been largely informal, looking more empirically at hard technology in the courts while assessing if such technologies can successfully be introduced and integrated and have the court conduct its business. This chapter focuses on some of the major initiates of introducing hard technology into the courts and the more prevalent legal issues that hard technology alleviates and challenges. AND Courtroom 21 and Courtroom 23+.
- Samuel L. DAVIS, “A practical guide to videoconferencing”, (2000) *TRIAL* 48.
  - La vidéoconférence est particulièrement intéressante quant vient le temps de faire témoigner des gens gravement blessés ou malades dont le déplacement à la Cour est conséquemment presque impensable (p. 48 et 49); renforce du même coup l'accès à la Cour aux personnes lourdement handicapées (p. 49)
  - La vidéoconférence peut servir à la préparation des témoins, en évitant conflits d'horaire et distance (p. 48)
  - Avantages du témoignage d'expert par vidéoconférence par rapport à un témoignage enregistrée à l'avance : « Videoconferencing keeps the witness's trial testimony live and responsive. Both the expert and the fact witness can react to new facts and answer newly framed questions. The admissibility and value of the expert's opinion is preserved. The fact witness's responses to new questions may support a new case theory.» (p. 49)
  - Avantage du témoignage par vidéoconférence de clients gravement blessés ou malade par rapport à un témoignage enregistrée à l'avance : «Videotaped depositions or ‘day in the life’ films may not reflect the plaintiff agonizing condition at the trial date. An extremely debilitated plaintiff becomes a powerful witness when presented as live video image in the courtroom.» (p. 49); ce témoignage autrefois impossible pourrait

même inciter la partie adverse à négocier un règlement, comme cela fut le cas dans la cause gagnée par l'auteur (p. 49)

- Selon l'auteur, l'usage de la vidéoconférence en salle d'audience permet un plus grand contrôle de la présentation du cas (p. 49);
  - Cela permet d'éviter le dilemme du client absent (p. 49) (dont on ne peut alors présumer du désintérêt. p. 50);
  - Cela peut aussi servir, dans certains cas, à «limit the jury's exposure to a horrifically injured plaintiff. In some case, the appearance of a severely injured client may overwhelm the jurors and interfere with their ability to focus on the issues.» (p. 50)
  - Au chapitre des désavantages, l'auteur note les possibles ratés technologiques (p. 50), la préparation accrue (ainsi que des coûts additionnels, parfois) que des procédures par vidéoconférence nécessitent (p. 50), le changement de dynamique dans la conduite de l'interrogatoire («you may experience frustrating tactical difficulties, such as inability to quickly stop unresponsive or damaging testimony. Using videoconferencing will require you to develop new techniques for directing and cutting the remote witness.») (p. 50)
  - Selon l'auteur, l'usage adéquat d'images présentées sur grand écran sont «dramatic», et lorsque bien incorporées à une présentation, «particularly persuasive». (p. 50 et 51)
- **Meghan DUNN et Rebecca NORWICK, *Report of a Survey of Videoconferencing in the Courts of Appeals*, Federal Judicial Center, 2006.**
- «Several courts of appeals have established programs by which oral arguments are heard via videoconferencing. Fourteen federal appellate judges with varying degrees of experience with videoconferencing were interviewed for this project. The judges spoke about advantages and disadvantages of using videoconferencing for oral arguments and other court business, the extent to which videoconferencing altered the dynamic between judge and attorney during oral arguments, and any problems they had encountered in using the technology.» (p. 1)
- **Paul EKMAN, Maureen O'SULLIVAN, «Who Can Catch a Liar?», (1991) 46-9 *American Psychologist* 913.**
- Texte intéressant à lire étant donné que plusieurs auteurs affirment que l'utilisation de la vidéoconférence rend plus difficile la détection d'un mensonge. L'étude entreprise n'a pas été prodiguée dans un

environnement juridique, toutefois, 110 juges ont été testés quant à leur habileté à détecter un mensonge. Les juges ne se démarquent pas quant à leur pourcentage de réussite. En fait, pas vraiment plus que le groupe d'étudiants universitaires...

Dix personnes ont été interviewées à la suite du visionnement d'un film et devaient décrire leur impression sur celui-ci. Des observateurs de plusieurs milieux, notamment des juges, devaient indiquer s'ils croyaient que les personnes interviewées disaient la vérité ou non.

Page 917 : Les auteurs précisent qu'aucun des observateurs n'étaient familier avec ce scénario afin de déterminer si un mensonge avait été dit ou non. *The professional experience of judges, however, occurs in far more ritualized surrounding, either the stylized administration of the mannered choreography of the courtroom.* Page 920: *Judges told us that they usually are seated in a position that prevents them from seeing the faces of those who testify, and are often focused on taking notes rather than attending the nuances of behaviour. They tend to pay most attention to the words the witnesses say, rather than to their behaviour.*

- **Harold GERMAN**, “**The Use of Video Conferencing to Enhance Courtroom Technology**”, (2005) *44 Judges’ Journal* 34.
  - La vidéoconférence permet d'accroître la sécurité en salle d'audience (au pénal) puisque les criminels dangereux n'auraient plus à être physiquement présents à la Cour (p. 34)
  - La vidéoconférence représente aussi des avantages logistiques et surtout économiques (évite les frais de déplacements des témoins; encourage le témoignage de témoins autrement trop occupés pour se déplacer) (p. 34 et 35)
  - En réponse aux craintes de violation du «right to confrontation», l'auteur est d'avis que la haute résolution aujourd'hui possible enrôle ces craintes : «(...) concerns over the visual integrity of a defendant’s presence over video versus in person have been significantly lessened. » (p. 34)
- **Helen W. GUNNARSSON**, “**New law expands video appearances by prisoners**”, (2007) *95 Illinois Bar Journal* 515.
  - **Chapeau:** “Public defenders opposed the law’s passage, arguing that it gives inmates second-class justice”
  - La loi dont il est question pose que les prisonniers peuvent comparaître à la Cour via « close circuit television» ou vidéoconférence dans certaines audiences requérant leur présence physique;

- Selon le “Cook County Public Defender” Constance A. Howard, la vidéoconférence “may improve the ease of processing cases, but at a price of diminishing the quality of justice” (nous soulignons; p. 515). Sa critique est rapportée dans les propos suivants:
  - “(...) Videoconference may have a negative impact on the defendant’s attorney-client relationship as well as the attorney’s ability to adequately represent the defendant. The defender argued that video appearances dehumanize the defendant and may alter both the defendant’s demeanor and court perceptions of the defendant’s demeanor, potentially resulting in higher bonds and coerced pleas; that video appearances will affect the defendant’s ability to absorb and understand exhibits and paperwork that the defendant and counsel must examine or fill out; and that videoconferencing may compromise defense counsel’s participation in the court proceedings where counsel is at the jail with the defendant.”
  - “Further, in the defender’s view, video appearances will contribute to an already pervasive problem: defendants’ lack of trust in court appointed counsel.”
- Aaron HAAS, “Videoconferencing in Immigration Proceedings”, (2006-2007) **5 Pierce Law Review 59.**
  - Cet article se veut un exposé des limites de la vidéoconférence, dont on dit qu’elle est presque devenue la norme en droit de l’immigration américain, ses avantages masquant ses effets indésirables. À noter que cette critique n’est pas qu’appllicable au droit de l’immigration.
  - “Proceedings conducted by videoconference raise a number of concerns that have not yet been fully explored, particularly in light of a growing body of scientific evidence that shows video-mediated personal interactions are perceived as significantly different by the participants and observers than in-person interactions. Recent behavioral and psychological studies have found that key differences between the two forms of communication – the lack of eye contact and the difficulty of detecting nonverbal cues – have profound impacts on the cognitive and emotional response of the listener and the perception of the speaker’s credibility and guilt” (p. 61).
  - Quant aux “court administrators” favorables à la vidéoconférence, ils soulignent qu’elle “benefit the efficient administration of justice (...), saves travel time for immigration judges, promotes effective case management, lightens heavy case loads, provides for more expedient hearings, reduces travel costs, and improves safety and security.” (référence omise, p. 63)

- L'auteur fait également mention d'un rapport de l'*Institute for Court Management du National Center for State Courts*, rapport qui soutient que la vidéoconférence "would make law enforcement personnel more useful, improve court security, reduce witness and interpreter costs, improve productivity of judges and the court system, improve access to courts, and have other collateral benefits." (référence omise; p. 63).
- Prenant appui sur la théorie de Marshall McLuhan à l'effet que le média prend le pas sur le message, l'auteur décrit ainsi le rapport entre l'image vidéo et le spectateur: "recent research indicates that the interaction between the viewer and the screen image is so intense that viewers cognitively respond to screen images as though they are real and unconsciously and unknowingly equate media images with real life." (référence omise; nous soulignons; p. 67)
- "This equation of mediated images with real life has profound consequences for the present study. If nonverbal cues are crucial to successful communication, as is shown below, and if video-mediated communication (VMC) distorts or diminishes these cues, as is shown below, the inability of the audience to distinguish between what they are seeing and real life will lead them to draw different and more negative conclusions about the individual that they would if he was actually present." (nous soulignons; p. 67; voir l'exemple du contact visuel à la suite de ce passage).
- L'auteur explore ensuite de quelle façon, avec la vidéoconférence, le média domine effectivement le message. Il résume ceci en ces termes: "the medium fundamentally alters the nonverbal behavioral cues that are a crucial element of successful communication. These distortions make it harder for respondents to establish trust and credibility, connect emotionally with the judge, develop positive impressions, and ultimately, convince the judge of the validity of their arguments." (p. 68, nous soulignons; nous renvoyons la lecteur aux pages 68 à 78, dans lesquelles l'auteur fait la démonstration de cette thèse en s'appuyant sur de nombreuses études de communication et de psychologie, dont il serait trop long d'exposer ici les conclusions.)
- L'auteur note, à la page 77, que ces effets indésirables ne sont qu'exacerbés par les ratés techniques que connaît encore la vidéoconférence.
- L'auteur poursuit en soutenant que ces effets négatifs (et largement insoupçonnés) de la vidéoconférence violent trois droits fondamentaux : « the right to presence; the right to confront one's accusers; and the right

to counsel ». (p. 79; voir p. 79 à 86 pour le développement à l'appui de cette allégation)

- Quant au « right to presence », l'auteur cite un certain nombre de jugements posant (bien que souvent indirectement) que ce droit, partie du «due process», est applicable au civil lorsqu'il en va de la vie ou de la liberté d'un individu, ce qui est le cas en droit de l'immigration (p. 79). Or, cette présence s'entend plus probablement d'une présence physique (p. 80, 81 et 82), la vidéoconférence ne permettant dès lors pas de respecter ce droit.
- Quant au “right to confrontation”, il s’agit d’un droit applicable en droit de l’immigration (p. 83), et “there are numerous precedents establishing the proposition that the right to confrontation demands a face-to-face meeting with the judge and witness.” (référence omise; p. 83)
- Quant au droit à l'avocat, on le reconnaît à la personne étrangère (p. 85). Or, lors des auditions par vidéoconférence en immigration, d'habitude, l'étranger et son avocat ne sont pas en présence l'un de l'autre (l'avocat n'ayant pas les moyens de se trouver autre part que dans la salle d'audience, et son client n'y étant pas). Ceci rend les communications avocat-client très difficiles, surtout en terme de confidentialité (p. 85-86).
- L'auteur propose des moyens de mitiger les effets négatifs de la vidéoconférence : « use videoconferencing technology exclusively for procedural hearing, while conducting substantive hearings live » (p. 86); « provide a reliable, confidential means of communication between the respondent and his attorney when separated» (p. 86); «do further study on the use of videoconferencing in the courtroom» (p. 87); «pay attention to how the system is set up» (p. 87). L'on convient également d'un certain nombre d'avantages de la vidéoconférence en droit de l'immigration (p. 87-88).
- Il est intéressant de noter que la conclusion de l'auteur pourrait se retrouver dans la section de la présente bibliographie sur les rituels judiciaires, à en juger par les passages suivants :
  - “By abandoning the process of the traditional trial in the name of efficiency, we may imperceptibly be losing something of great value. The elaborate and seemingly outdated safeguards afforded the accused – to look his accuser in the eye, to be physically present in the courtroom – may serve important, inarticulable purposes not only for the accused but for society as well, in affirming our values and our notions of justice. The trial process

itself, with its ritualistic airs, may impose a certain discipline and education on all its participants. (...) It is in this intuitive sense that, in the name of efficiency, we are imperceptibly but decisively departing from long-held beliefs and traditions, - beliefs and traditions that may have subtle but important effects on our legal system and society – (...)" (nous soulignons; p. 88-89)

- “While videoconference hearings may bring certain efficiencies, we could lose these moral benefits of process [i.e. ceux décrits par le professeur Laurence Tribe dans un article figurant dans la partie I. de la présente bibliographie] that bring humanity and dignity to our justice system.” (nous soulignons; p. 89)
- L'auteur s'appuie aussi sur la thèse de Thurman Arnold, selon lequel “the complicated and seemingly inefficient nature of trials were necessary in order to embody our sense of justice and (...) attempts to find short cuts around them would slowly undermine the core values of our society.” (p. 90) (à noter que l'article de ce dernier figure aussi dans la partie I de la présente bibliographie)
- “The complications and inconveniences of our trials, though seemingly relics of antiquated traditions, embody our values in ways that would be lost in the search for quicker and easier ways of doing things.” (p. 90)

- **Carrie HERSCHEMAN, “Videoconferencing: Is It in Your Future?”, (1999) 16 GP Solo & Small Firm 22.**

- La vidéoconférence ne coûte plus aussi cher qu'avant, en plus de permettre l'économie des frais de transport, logement, etc. des témoins appelés à se déplacer (p. 23)
- La vidéoconférence est aujourd'hui une demande des clients (p. 23)
- La vidéoconférence permet également une économie de temps importante (p. 23); elle permet d'accroître la productivité (p. 23)
- La vidéoconférence s'impose dans le domaine judiciaire, et on ne peut que l'accepter, car il s'agit de la voie du futur (p. 24)
- Selon une étude menée par le «Courtroom 21 Project», au civil, “ ‘there is virtually no differences’ in damages awarded, Lederer reports, and litigants save on travel and lost income costs” (p. 24)
- Malgré le fait que l'image vidéo ne remplacera jamais le «face-to-face», selon Lederer, la vidéoconférence pourrait se traduire par une plus grande civilité des avocats: « "Harassing a witness by leaning in six inches away [from the witness] is inappropriate conduct. The use of videoconferencing may add civility and propriety to the process," he says." (p. 24)

- Zachary M. HILLMAN, « Pleading Guilty and Video Teleconference: Is the Defendant Constitutionally “Present” When Pleading Guilty by Video Teleconference? », (2007) 7 *J. High Tech. L.* 41.
  - o «This note discusses the nature of **the right to be physically present in the courtroom** when entering a guilty plea and analyzes the consequences that arise when a criminal defendant pleads guilty through the medium of **video teleconference**.» (p. 41-42)
  - o **Page 1:** *Courtrooms throughout the country are generally not perceived as fertile grounds for the implementation of new technology. Nevertheless, for over twenty years, judicial systems across the nation have employed video technology to connect an out of court defendant with the court. Jurisdictions that have utilized video technology find multiple benefits, including improved efficiency, security, and monetary savings. While the benefits of such technology sound impressive, serious concerns exist regarding the effects of the technology on the constitutional rights of criminal defendants.*

*One particularly troubling use of video technology occurs when a criminal defendant enters his or her **guilty plea by video teleconference**. Every criminal defendant has a constitutional due process right under the Fifth and Fourteenth Amendments to be physically present at all critical stages of their criminal proceeding, including the entry of a guilty plea. A guilty plea entered via video teleconference may negatively affect the defendant in a manner that ultimately impacts the overall fairness of the defendant's hearing. Therefore, unless a criminal defendant voluntarily and intelligently waives their right to be physically present when pleading guilty, a defendant appearing by video teleconference to enter a guilty plea should not be considered “present” in accordance with the constitutional meaning of that word.*

- o **Benefits and concerns of video teleconference in the courtroom:**

#### **Benefits**

**Page 47 :** *One of the most substantial benefits of such a system is the enhanced **safety of the courtroom**. When defendants are broadcast to the courtroom from the jail by video technology, the need to transport the defendants is obviated. Therefore, corrections and court personnel are spared the security concerns of transporting defendants through open parking lots and hallways in the court building.(...) The use of video technology may also relieve the concerns of a victim who fears the sight of a defendant. Less police and court officers are needed at the courthouse, allowing more patrol time in the streets.*

**Page 48 : Monetary savings for the government (reducing transportation from courthouse to the jail).**

### Concerns

**Page 49 : Due process rights of the defendant involved in the video teleconference. These concerns include problems caused by the equipment, ineffectual counsel, a poor environment from which to enter a plea, and negative effects upon the defendant**

*Technology can introduce **distortion** and **delete some of the non-verbal and visual cues** which are so often relied upon in the courtroom. When a camera focuses on the defendant or the judge in the courtroom, a full vision of the room is not available unless the camera is moved to take in all the viewer wants to see. Therefore a defendant, judge, or member of the viewing public cannot see all the action at one time unless multiple cameras are set up, which as one commentator noted, is not likely because the court rarely employs the latest or most expensive technology.*

**Page 50 : The use of such technology may lessen the ceremonial and formal atmosphere of the courtroom, which may lead the defendant to not take the proceeding as seriously as they should.**

- The author concludes that the defendant **should not** be considered “present” in fulfillment of their constitutional right if they plead guilty by video because such a process does not afford them a fair and just hearing unless the judge accepting the plea is fully satisfied that the defendant has voluntarily and intelligently waived his right to appear physically in court, opting instead to do so by video teleconference.
- **Frederic LEDERER, «The Legality and Practicality of Remote Witness Testimony», (Sept. 2009) *The Practical Litigator* 19.**
  - **Page 19 :** Videoconferencing can be employed for :
    - Law firm administration;
    - Law firm hiring (students may be interviewed by legal employers for summer and permanent positions)
    - Alternative dispute resolution and settlement;
    - Remote appearances at pretrial matters, trials, administrative hearings and appeals
    - Education and training

*Modern video conferencing uses either ISDN (Integrated Services Digital Network, which can be thought of as high bandwidth telephone lines), or IP (Internet Protocol) data connections.*

- **Page 22 :** *Even if the William & Mary results are confirmed in other experiments, however, there are questions for which we have no answer. Likely the most important of these concern the willingness of remote witnesses to lie when testifying remotely.*

*We do not know whether the psychological separation from the courtroom that unavoidably accompanies remote testimony affects the willingness to lie. One of the reasons used to justify remote testimony by abused young children is the need to insulate them from the fear that can accompany being in the same courtroom with the defendant. Does the same removal affect other witnesses, and if so, how? Note that although physical absence from the courtroom might make it easier psychologically to lie, such an ease does not necessarily mean that a witness would lie.*

*Most civil and criminal trial courtroom use of videoconferencing to date has involved remote witnesses, or in appellate cases, remote judges or counsel. Administrative hearings such as Social Security disability hearings have used video conferencing for both remote judges and remote claimants and their representatives*

- **Page 23 :** The author gives the example of the 2003 Courtroom 21 Laboratory Trial (United States v. Stanhope) where the defendant's lawyers was from Australia, but present in United kingdom. The following question was asked: which law applies when the lawyer claim the attorney-client privilege?
- **Tom McNICHOL, “Are You Ready for Your Close-up?”, (May 2009) California Lawyer.**
  - La vidéoconférence est sécuritaire dans la mesure où elle n'équivaut pas à un enregistrement : “Security shouldn't be an issue: Unlike most digital technology, a standard videoconferencing system doesn't retain the data. That is, once your video meeting is over, both the picture and the audio are gone forever. And because most video meetings last only an hour or so, sharing the equipment shouldn't be difficult.”
  - Représente aussi des “intangible savings”: “In addition to the money saved on travel, videoconferencing offers some intangible savings. Putting someone on the red-eye to attend a meeting across the country extracts human costs—the attorney usually arrives frazzled and not in top form.”
  - La vidéoconference est aussi écologique: “Videoconferencing is also decidedly green. That quick, 50-minute flight from L.A. to San Francisco to meet a client happens to consume 6,243 pounds of jet fuel on a round

trip and spew 354 pounds of CO<sub>2</sub> into the atmosphere. And that's not counting the carbon from ground transportation.”

- **Gregory C. MOSIER, *Confrontation of Witnesses in U.S. Criminal Actions: Limits on Technology Enable Interaction*, BILETA (British and Irish Law, Education and Technology Association), 2007 Annual Conference, Hertfordshire, 16-17 Avril 2007.**

- Introduction : «As technology allows new and enhanced ways of interaction and communication, its application in a legal context presents complex issues for evaluating established principles of rights guaranteed to individuals accused of crimes. In the global reach of internet based interaction, crimes are often committed by and against the interests of people and organizations with domiciles or situs in different countries. At a recent conference “Cybercrime: A Global Challenge, A Global Response” held in Madrid on December 12 and 13, 2005, The Council of Europe, the Organization of American States and the Spain Ministry of Justice) recognized and noted that most cyber crime is international cyber crime.

The availability of witnesses to prosecute such crimes of global nature may not be guaranteed, because often those witnesses are beyond the jurisdictional ability of a national court’s subpoena power. Utilizing technology that is pervasive in personal communication, business and private legal actions, such as two way video and conferencing, would seem to provide a valuable tool for furthering the interests of national governments in prosecuting cyber crimes. Reconciling the law with those technologies is a potential problem. This paper reviews a number of legal principles that apply to the use of technology for witness testimony and considers the factors in favor and against the use of such technologies in the framework of current law in the United States.» (p. 1; références omises)

- Sous-sections :
    - Right to Confront Witnesses (p. 1)
    - Two Way Video and Confrontation (p. 2)
    - Why Support Two Way Video Witness Testimony? (p. 3)
    - Problems With Two Way Video Testimony (p. 4)
    - Conclusion (p. 6)

- **Anne Bowen POULIN, «Criminal Justice and Videoconferencing Technology : The Remote Defendant», (2003-2004) 78 *Tul. L. Rev.* 1089.**

- ABSTRACT: «This article addresses the increasing use of videoconferencing to avoid bringing criminal defendants to court for certain proceedings. The use of technology to replace in-person

appearances raises concerns on several levels. Unfortunately, courts use videoconferencing to bring criminal defendants to court without carefully evaluating the impact of that practice on the quality of justice.

This Article evaluates the implications of using technology to have defendants appear through videoconferencing and argues against the practice. It brings to bear the literature from other fields, particularly communications and social psychology. That body of literature suggests that videoconferencing may have a negative impact on the way the defendant is perceived by those in court as well as the representation the defendant receives and the way in which the defendant experiences the criminal justice system. The author argues that courts should not extend their reliance on videoconferencing further and instead must undertake studies to explore the impact of the technology in criminal proceedings. In addition, the author advocates that the courts take steps to ameliorate the negative impact of videoconferencing through design of videoconferencing systems and training of those who participate in videoconference proceedings. Finally, the author suggests that courts with videoconferencing equipment make it available for communication between incarcerated defendants and their attorneys, fostering better representation.»

- TABLE DES MATIÈRES

- I. Introduction (p. 1091)
- II. The Use of Technology in Criminal Cases (p. 1094)
  - A. The Context (p. 1095)
  - B. The Perceived Benefits (p. 1098)
  - C. The Legal Arguments (p. 1102)
  - D. The Challenge (p. 1104)
- III. The Limitations of Technology (p. 1104)
  - A. The Quality of the Equipment (p. 1105)
  - B. Technological Constraints (p. 1106)
    - 1. Camera Shots (p. 1108)
    - 2. Nonverbal Cues (p. 1110)
    - 3. Eye Contact (p. 1111)
  - C. Location of Defense Counsel (p. 1111)
  - D. Exhibits, Forms, and Documents (p. 1112)
  - E. Viewer Expectations (p. 1112)
- IV. The Impact of the Defendant (p. 1113)
  - A. How is the Defendant Perceived? (p. 1114)
    - 1. Technology and Perception (p. 1118)
    - 2. The Defendant's Demeanor (p. 1124)

- 3. Viewer Expectations (p. 1127)
  - B. Defendant-Counsel Relationship (p. 1128)
    - 1. Attorney in Court, Defendant in Jail (p. 1129)
    - 2. Attorney at Remote Location with Defendant (p. 1130)
    - 3. One Attorney in Court and Another in the Remote Location (p. 1132)
  - C. The Defendant's Experience (p. 1133)
    - 1. The Defendant's Context (p. 1134)
    - 2. The Defendant's Visual Experience (p. 1135)
    - 3. The Defendant's Auditory Experience (p. 1138)
    - 4. The Defendant's Participation (p. 1140)
    - 5. The Defendant's Contact with Support Systems (p. 1141)
  - V. The Stages of the Criminal Case (p. 1142)
    - A. First Appearance (p. 1142)
    - B. Bail Setting (p. 1147)
    - C. Probable Cause Hearing (p. 1148)
    - D. Guilty Pleas (p. 1150)
      - 1. Represented Defendants (p. 1151)
      - 2. Unrepresented Defendants (p. 1153)
    - E. Sentencing (p. 1154)
  - VI. Proposal (p. 1156)
    - A. Research and Evaluation (p. 1156)
    - B. Ameliorating the Negative Impact of Videoconferencing (p. 1161)
    - C. A Positive Use (p. 1164)
  - Conclusion (p. 1166)
- **Mary R. ROSE and Shari SEIDMAN DIAMOND, “Offstage Behavior: Real Jurors’ Scrutiny of Non-Testimonial Conduct”, (2008-2009) *DePaul Law Review* 311.**
- Cet article mesure l'impact que pourrait avoir l'arrivée du “virtual trial” (filmé ou encore “live”, par vidéoconférence) sur le jury, dans la mesure où ce dernier n'aurait pas accès, pour rendre son verdict (au civil ici), à tout un pan d'informations accessible seulement au jury assistant à un procès en salle, c'est-à-dire tout ce qui est, selon le terme des auteurs, «offstage» (comportements des parties et de leur avocat quand elles n'ont pas la parole, par exemple; comportement du juge lorsque l'attention n'est pas sur lui, etc.):

- “ (...) both modern day courts and scholars like Wigmore have suggested that the trial offers legitimate forms of information not encompassed by admitted evidence in the trial record.” (p. 315)
- « We defined "offstage" to include (...) how a party behaves when listening to others' testimony, as well as activities that in all likelihood no court would regard as acceptable material for an evidentiary discussion (e.g., how someone looked while he or she was riding in the elevator with a juror).” (p. 322)
- Pour mesurer l'impact de cette perte (et si perte il y a), l'on s'est donc intéressé à ce que les jurés font concrètement de ces informations, et si elles interviennent vraiment dans leur prise de décision:
  - “In this Article, we consider what jurors and judges do when they observe trial participants' behavior that is not part of the official court record and does not come from the witness stand, the judge's bench, or the attorney's podium.” (p. 313)
- Certaines sources citées par les auteurs (i.e. Laurie LEVENSON (citée dans la bibliographie d'Astrid) et Nancy GERTNER (citée dans la bibliographie de Kevin Bianchini)) sont d'avis qu'un jury qui n'aurait pas accès à ces informations «offstage» subirait une perte et serait donc moins en mesure de rendre un jugement éclairé (p. 318-319)
- Les auteurs soulignent que cette «théorie de la perte» suppose que les jurés prennent effectivement appui sur ces informations «offstage» pour rendre leur verdict, alors même que « To date, no systematic data exist to examine how often and in what ways jurors use the offstage region. » (p. 320). Les auteurs se proposent donc, par leur étude, de combler cette lacune.
- p. 323 : “An absence of offstage information would constitute a substantial loss of information, legitimate or not, if jurors were found to devote significant amounts of time and attention to discussing the offstage [partie 1: The frequency of Offstage Observations], and if such information significantly affected how they talked about other pieces of (“front-stage”) evidence or affected jurors' views of the overall persuasiveness of one party of the other. [partie 2: How do jurors treat offstage information?] ” (nous soulignons; références omises)
- Partie 1. The frequency of Offstage Observations: p. 325-236 : “In summary, across a number of cases, jurors talked about activity occurring in the offstage, and, especially during deliberations, they typically offered these comments to make a point that favored one party or the other. At the same time, the total frequency of valenced offstage remarks—especially those offered as part of deliberations was exceedingly small. This suggests that the offstage either did not frequently draw the attention of jurors or, if

the jurors did attend to offstage behavior, they often chose not to share what they had seen with their fellow jurors. Thus, in these civil cases, we find little evidence for the proposition that individual jurors' access to the offstage of a trial takes a jury's discussions and deliberations away from focusing on and considering the case that was formally presented to it.” (nous soulignons)

- Partie 2: How do jurors treat offstage information? : p. 326-327: “We found that juries devoted very little time in deliberation to offstage discussions, with just 1.5% of all conversation turns in deliberation spent on offering or commenting on offstage observations. Thus, not only was the absolute number of remarks low, but in addition, talk about the observations did not dominate the floor of the jury room.” (...)  
“We found no indication that the offstage observation affected the jurors' (or jury's) ultimate positions.” (p. 327)  
(références omises)
- p. 328: “In sum, offstage remarks consumed little of the jurors' deliberation time, the remarks were typically consistent with positions jurors had already expressed, and the presence of an offstage remark about the plaintiff during deliberations did not predict jury verdicts. Thus, by these measures, offstage observations played only a small role in deliberations, and remarks typically supplemented and bolstered positions jurors had already expressed. We found no evidence that juries gave undue weight to offstage observation during deliberations.”
- En dernière partie (IV.), les auteurs examinent s'il y a vraiment lieu de parler de perte, pour conclure par la négative : “With only the area around the witness stand, the judge, and perhaps an attorney lectern visible to decision makers, all of these sources-other than perhaps information about who is sitting at a party's table-are vulnerable to being inaccessible in a taped trial. Is this a substantial loss? Judging only from the observable indicators we had about the groups' attention to offstage material in the discussions and deliberations (i.e., frequency of comments, time spent on deliberation, the consistency between offstage remarks and other valenced comments, and verdicts), our best guess is no. Although most jury trials included some commentary about the offstage, there was not very much of it, and it had very little observable effect. At the *group level*, there seems little to lose by omitting offstage access because offstage activity plays such a small role in the group decisionmaking process.” (p. 339; nous soulignons)
- Les auteurs conviennent tout de même de ce qui suit : “Thus, it may be that live trials and the opportunity to view offstage behavior in the courtroom reassures jurors that they have been provided with appropriate input for reaching reasonable decisions. Moreover, and importantly, we do

not know from these data if, for example, a filmed trial with a far more restricted view of a courtroom would alter the attentiveness of jurors to the trial or jurors' sense of certainty about their positions and the perceived coherence of their beliefs. We do not know if being a juror in a filmed trial would reduce a sense of satisfaction compared to being a juror in a live trial [les auteurs réfèrent ici, comme rare étude sur cette question, celle de Gerard R. MILLER et Norman E. FONTES, "Videotape on Trial: A View from the Jury Box" (1979)]. Other studies are necessary to answer these questions." (p. 340-341)

- **Michael D. ROTH, «Laissez-Faire Videoconferencing : Remote Witness Testimony and Adversarial Truth», (2000) 48 *UCLA L. Rev.* 185.**
  - o ABSTRACT: «With increasing frequency, witnesses who formerly could only appear in court via deposition transcripts and videotapes now testify live from remote locations via videoconferencing. For many people, the idea of filming testimony evokes concerns about attorneys manipulating a witness's appearance to affect the witness's credibility. For others, the thought of a witness appearing "live via satellite" poses a threat to the very sanctity of the courtroom.

In this Comment, Michael Roth examines issues of law and policy raised by introducing videoconferencing technology to trial proceedings. Roth provides a background of the technology and an overview of its current uses in the judicial system. He then looks at the concept of demeanor testimony and examines how media theorists suggest both the technology itself and production techniques can affect perceptions of a witness's demeanor. Roth argues that in light of empirical studies refuting the efficacy of demeanor as an indicator of truthfulness and current trial practices that distort witnesses' credibility, remote witness testimony should not be separately regulated. He concludes that videoconferencing should either be considered an additional tool in the advocate's repertoire of trial tactics, or it should invite a reevaluation of the advocates's role in our adversarial system.»

- o TABLE DES MATIÈRES
  - Introduction (p. 186)
  - I. Background (p. 189)
    - A. Videoconferencing – an Introduction to the Technology (p. 189)
    - B. Benefits of Videoconferencing in the Courts (p. 190)
    - C. Current Uses of Videoconferencing in the Courts (p. 192)
  - II. The Effects of Videoconferencing on the Trier of Fact (p. 197)
    - A. Media Theory (p. 197)
    - B. Demeanor Evidence (p. 199)

- C. The Concern About Videoconferencing (p. 201)
    - 1. Shot Size (p. 202)
    - 2. Camera Location (p. 203)
    - 3. Other Effects on Demeanor (p. 204)
  - D. Reactions to the Concerns About Videoconferencing (p. 204)
  - III. An Argument For Laissez-Faire Videoconferencing (p. 206)
    - A. Social Sciences and Demeanor Testimony (p. 207)
    - B. Truth, Adversarialism, and Credibility (p. 208)
    - C. Truth-Seeking Impediments (p. 210)
      - 1. Witness Coaching: Improving Credibility (p. 211)
      - 2. Cross-Examination: Undermining Credibility (p. 214)
    - D. Conclusions Regarding the Message from Videoconferencing (p. 215)
  - Conclusion (p. 218)
- **Frank M. WALSH et Edward M. WALSH, “Effective Processing or Assembly-Line Justice? The Use of Teleconferencing in Asylum Removal Hearings”, (2007-2008) 22 *Georgetown Immigration Law Journal* 259.**
- “(...) (1) as a matter of policy, the use of VTC [video teleconferencing] does not result in “fair and efficient immigration hearings” because VTC alters the way that a judge perceives an asylum applicant’s testimony and influences the outcome of a hearing, and (2) as a matter of law, VTC does not have a coherent rationale and it tests the limits of the Due Process Clause.” (p. 261; références omises)
  - “(...) it is important to recognize that the use of VTC challenges fundamental American jurisprudence on the importance of face-to-face observation of testimony. One of the basic underpinnings of American jurisprudence is that observers of testimony while in the presence of a defendant are in the best position to determine its validity.” (p. 264; référence omise)
  - “VTC (...) conveys less information to the trial judge in the same way court transcripts convey less information to the appellate judges; in both cases, only parts of the testimony reach the decision-maker.” (p. 265)
  - Partie IV A. *The Adjudicative Quality of VTC Hearings*: “VTC changes the “adjudicative quality” of the Immigration Judge’s decision by fundamentally altering the perception of the testimony” (p. 266):
    - L’auteur prend appui en cela sur le rapport du canadien Mark FEDERMAN dans lequel ce dernier « analyze the psychological

effect of VTC on an Immigration Judge's perception of testimony.» (p. 267) (rapport résumé ci-haut): “Federman, in his seminal work on the effect of VTC in immigration hearings, concluded that VTC inherently results in a loss of nonverbal cues and a more strained communication relationship between the speaker and the observer. This article will analyze these findings and will then conclude by arguing that these effects result in skewed perception of an asylum applicant.” (p. 267; référence omise; nous soulignons):

*1. VTC Fails to Capture the Vital Nonverbal Components of Oral Communication:*

- “ (...) [VTC] could not sufficiently convey a number of the nuanced nonverbal cues that are inherent in oral communication.” (p. 268; référence omise)
- It “fails to adequately capture subtle changes in tone of voice and it often misrepresents body language, skewing ninety-three percent of the testimony's meaning.” (p. 268)
- “The expressions, gaze, posture, and gestures that provide important insight into an asylum applicant's credibility or level of understanding are skewed when viewed via VTC.” Ces anomalies “impair the fact finder's ability to assess the veracity of the applicant's story.” (p. 268)
- “(...) multiple studies have found that VTC communication is not as rich as face-to-face communications and diminishes the ability to generate positive feelings among participants.”
- Voir l'exemple de l'importance du contact visuel (absent des communications via vidéoconférence) aux pages 268 et 269

*2. VTC Undermines the Applicant's Ability to Build an Emotional Connection with the Judge:*

- Il est particulièrement important pour un demandeur d'asile de « connecter émotionnellement » avec le juge. Or, “VTC undermines the applicant's ability to make that emotional connection because the observer feels an artificial distance from the applicant. This distance is often described as the "dehumanizing" effect of VTC: the applicant appears to be more of a character on a television set than an actual person telling his or her story of persecution and escape.” (p. 269; références omises)
- L'effet de cette impression de distance est que le demandeur sera perçu comme moins digne de foi, moins crédible. L'auteur parle de « subconscious skepticism »

induit chez le juge du fait de cette distance. (p. 269; référence omise)

*3. Immigration Judges Will Equate the Skewed Testimony Delivered via VTC with Reality, Fundamentally Altering the Adjudicative Process:*

- “The proponents of VTC argue that these effects can be controlled because most Immigration Judges are sophisticated enough to recognize that they are viewing a VTC image and will consciously note the limitations of the system [l'auteur note qu'il s'agit de la position de Frederic Lederer, p. 270, note 75]. The real danger of the latent cognitive externalities, however, is subconscious in nature. An Immigration Judge will, without making a conscious decision, attribute the factors he sees on the VTC display to the applicant.” (p. 270; l'auteur appuie cette dernière affirmation sur l'étude d'Aaron HAAS, “Videoconferencing in Immigration Proceedings”, résumée ci-haut).
  - “Recent studies have shown that interaction between the viewer and the image that viewer is observing is so intense that a viewer cannot cognitively differentiate between the screen images and reality-humans tend to equate media images and reality. This "media equation" means that viewers will respond to screen images as if they are real and will attribute the attributes of the image onto real life.” (p. 270; référence au texte de Aaron HAAS, à la page 67).
  - Conséquemment, “if the image on the screen appears untrustworthy or unemotional, then the Judge will unconsciously think of the applicant as untrustworthy or unemotional.” (p. 270)
- Partie IV B. The *Use of VTC Doubles the Likelihood that an Asylum Applicant Will Be Denied Asylum*: selon une étude commandée par les auteurs, “the grant rate for asylum applicants whose cases were heard in-person is roughly double the grant rate for the applicants whose cases were heard via VTC.” Cet état de fait “refutes EOIR [Executive Office for Immigration Review] 's contention that the use of VTC "does not change... the decisional outcomes." ”(271; références omises) (à noter que selon le chapitre “Access to Courts and Videoconferencing in Immigration Proceedings”, résumé ci-haut, il s'agit de la seule étude à s'être intéressée à ces disparités).
  - Dans la Partie V C., les auteurs, appliquant le test en trois temps développé par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Mathews v.*

*Eldridge* [424 U.S. 319 (1976)], concluent que l'utilisation de la vidéoconférence pour les auditions de demandes d'asiles viole la « Due Process Clause » (p. 275 à 277). Ils en viennent à la même conclusion au regard de nombreuses décisions émanant de cours d'appel. Ces cours ont jugé qu'il est erroné de croire que le témoignage en personne et par vidéoconférence s'équivalent (p. 277), et ont été d'avis que le témoignage via téléconférence ne garantie pas au demandeur d'asile une présence réelle à l'audition, cette dernière s'entendant d'une présence physique (p. 278).

- Dans la Partie VI, les auteurs, reconnaissant l'énorme potentiel de la vidéoconférence en matière d'efficacité, propose de limiter l'usage de la vidéoconférence aux « master calendar hearings » auxquelles tout demandeur d'asile doit se soumettre, puisque, dans le cadre de ces auditions, “nuanced, nonverbal cues are not critical to the hearing's purpose” (p. 275), ces auditions ne requérant pas d'évaluation de la crédibilité du demandeur (p. 278). Ceci serait conforme à l'avis de la Cour suprême des États-Unis, selon laquelle “substantive hearings demand more than the fractured testimony produced by VTC.” (p. 279; référence omise)

\*\*\* À noter que les articles suivants abordent la vidéoconférence dans une perspective proprement américaine, et donc que leur contenu n'est pas forcément pertinent au regard de notre droit. Par exemple, la plupart d'entre eux abordent la constitutionnalité du témoignage par vidéoconférence au regard de la «confrontation clause» du 6<sup>e</sup> Amendement. Conséquemment, comme nous doutions de leur pertinence au regard de la présente bilbiographie, nous ne nous sommes pas attardées à en résumer le contenu. Nous les listons néanmoins ci-dessous :

- **Judge Herbert B. DIXON JR.**, « *Remote Witness Testimony in Criminal Trials: Technologically Inevitable or Constitutionally Doomed?* », (2008) 47 *Judges' Journal* 46.
- **Richard D. FRIEDMAN**, « *Remote Testimony* », (2001-2002) 35 *U. Mich. J. L. Reform* 695.
- **Lynn HELLAND**, « *Remote Testimony – A Prosecutor's Perspective* », (2001-2002) 35 *U. Mich. J. L. Reform* 719.
- **Frank R. HERRMANN, S. J., and Brownlow M. SPEER**, « *Facing the Accuser : Ancient and Medieval Precursors of the Confrontation Clause* », (1993-1994) 34 *Virginia Journal of International Law* 481.

- N'aborde pas la vidéoconférence, mais l'histoire de la «confrontation clause» américaine, d'où son insertion ici.
- **Richard L. MARCUS**, «**Virtually Face-to-Face : The Confrontation Clause and the Use of Two-Way Video Testimony**», (2008) 13 *Roger Williams U. L. Rev.* 565.
- **Christine L. OLSON**, «**Accusations from Abroad : Testimony of Unavailable Witnesses via Live Two-Way Videoconferencing Does Not Violate the Confrontation Clause of the Sixth Amendment**», (2007-2008) 41 *U.C. Davis L. Rev.* 1671.
- **Matthew J. TOKSON**, «**Virtual Confrontation : Is Videoconference Testimony by an Unavailable Witness Constitutional?**», (2007) 74 *U. Chi. L. Rev.* 1581.

#### **D. FRANCE**

- **Laurence DUMOULIN et Christian LICOPPE**, *Justice et visioconférence : les audiences à distance, Genèse et institutionnalisation d'une innovation*, Synthèse du rapport de recherche, Janvier 2009, en ligne, Archive ouverte HAL-SHS :[http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/43/38/80/PDF/Synthese\\_du\\_rapport\\_Dumoulin\\_Licoppe\\_6\\_definitive.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/43/38/80/PDF/Synthese_du_rapport_Dumoulin_Licoppe_6_definitive.pdf)
  - Introduction : «L'institution judiciaire est traditionnellement pensée comme plutôt rétive au changement et peu ouverte à la modernité. C'est ainsi que bon nombre de praticiens se représentent le milieu auquel ils appartiennent et c'est également en ces termes que les analyses inspirées par la sociologie critique présentent la Justice (Bourdieu, 1986 et 1991). La culture institutionnelle, les habitus et les ethos professionnels ne prédisposeraient pas les praticiens à faire la part belle aux innovations (Bancaud, 1989 et 1993).

Pour autant, force est de reconnaître que la Justice d'aujourd'hui n'est pas exactement celle d'hier et que l'introduction de technologies d'information et de communication n'est pas pour rien dans la transformation des conditions d'exercice de l'activité judiciaire. Le cas de la visioconférence, sur lequel porte cette recherche, en témoigne parfaitement. D'abord utilisée pour des cas localisés et bien précis comme celui du manque de magistrats à Saint-Pierre-et-Miquelon à la fin des années 1990, cette technologie ne cesse de gagner de nouveaux espaces juridiques et

judiciaires, s'appliquant à des configurations de plus en plus nombreuses et diverses.» (p. 2; nous soulignons)

- Problématique de recherche : «L'utilisation de la visioconférence pour rendre justice tend aujourd'hui à s'institutionnaliser, donnant naissance à un nouveau format de l'action judiciaire : l'audience à distance que les notions de co-présence et d'unité de lieu et de temps propres au procès ne parviennent plus à qualifier. En outre, la possibilité d'équiper une activité judiciaire par la visioconférence constitue désormais un instrument de plus dans la boîte à outils de l'action publique. Solution à la solidité éprouvée, elle est susceptible d'être mobilisée à grande échelle pour régler de nouveaux « problèmes publics » comme celui du transfèrement des détenus.

Comment expliquer le ‘succès’ de la visioconférence dans le contexte judiciaire où l’audience est une pièce maîtresse des dispositifs formels, symboliques et pratiques de production de la justice ? Comment la justice à distance parvient-elle à s'imposer comme une alternative à la justice en présence ?

Ce sont les questions auxquelles cette recherche entreprend de répondre, en procédant à l'analyse des dynamiques de genèse, de développement et d'institutionnalisation de cette innovation dans l'institution judiciaire. Il s'agit de montrer – à travers le retour sur la genèse de la visioconférence et l'analyse de situations d'usage de cette technologie – la façon dont un acteur-réseau fort est progressivement constitué, comment il se structure, autour de quels acteurs, comment il enrôle de nouveaux alliés, devient de plus en plus robuste et de moins en moins contestable.» (p. 2 et 3; nous soulignons)

- Laurence DUMOULIN et Christian LICOPPE, « Logiques d'innovation en contexte judiciaire : les cas des audiences par visioconférence », Congrès de la SQSP, Ottawa : France (2009), en ligne, Archive ouverte HAL-SHS : [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/43/40/36/PDF/Texte\\_dumoulin\\_licoppe.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/43/40/36/PDF/Texte_dumoulin_licoppe.pdf)

- «L'institution judiciaire est traditionnellement pensée comme plutôt rétive au changement et peu ouverte à la modernité. C'est ainsi que bon nombre de praticiens se représentent le milieu auquel ils appartiennent et c'est également dans ces termes que la sociologie du droit inspirée par le cadre d'analyse bourdieusien présente la justice (voir notamment Bourdieu, 1986 et 1991 ; Bancaud, 1989 et 1993). La justice serait tournée vers le passé, celui des grands juristes, des grandes décisions et des hauts lieux de la justice. Elle valoriseraient la permanence et la continuité dans les pratiques décisionnelles – avec le culte du précédent et de la

jurisprudence. Plus largement, dans le vocabulaire employé, dans les objets utilisés (les urnes pour le tirage au sort des jurés), dans les architectures habitées (les salles d'audience et les Palais), dans les procédures instituées, dans les traditions et rituels conservés (la vente 'à la bougie'), la marque du passé resterait omniprésente et rappellerait aux individus, outre le poids d'une noble histoire, une forme d'insignifiance individuelle et un devoir implicite d'effacement.

En somme, l'institution ne valoriserait pas le changement et n'inciterait pas non plus les initiatives individuelles, ce qui constituerait un double obstacle à la 'modernisation' de la justice et pour ce qui nous intéresse ici au développement des nouvelles technologies. La culture institutionnelle, les habitus et les ethos professionnels ne prédisposeraient pas les praticiens à faire la part belle aux nouvelles technologies dans l'exercice de la justice. Dès lors que l'on peut constater aujourd'hui qu'une politique des technologies existe bel et bien dans la justice, comment peut-on l'expliquer ? Comment a-t-elle pu être développée dans ce contexte et surtout comment l'analyser, dans quels termes et à partir de quel cadre théorique ?» (p. 1; nous soulignons)

- Christian LICOPPE, « Ouvrir, suspendre et lever une audience à distance tenue par visioconférence : Effets performatifs des actes de langage et situations équipées », (2006) 29 *Études de communication* 95.

- Il s'agit d'un texte qui décrit les différences entre les audiences à distance tenue par visioconférence et celles tenue en présence des parties.
- **Quant à l'ouverture d'une audience au palais de justice**

**Page 3 :** « *L'audience est ouverte* », « *l'audience est levée* », « *l'audience est suspendue* » sont les formules conventionnelles utilisées par les magistrats pour ouvrir une audience judiciaire.

**Paragraphe 10 :** *La première est inaugurée par une sommation, une sonnerie qui retentit, ou un officier de justice qui annonce à forte et haute voix l'arrivée de la cour (« Mesdames et Messieurs, la Cour »). Cette sommation est configurée de manière à projeter comme réponse pertinente un comportement commun (interrompre ses activités en cours et se lever). D'une part les coprésents s'attendent à ce qu'un événement de ce type arrive, d'autre part il est perceptivement assez notable (par son volume sonore) pour manifester son caractère interruptif par rapport aux activités en cours, et enfin les participants moins familiers avec les audiences peuvent s'aligner sur le comportement des avocats, des officiers de police ou des membres du public les plus expérimentés pour produire une réponse pertinente (Drew et Atkinson, 1979).*

**Paragraphe 11 :** *L'ouverture de l'audience est alors accomplie par une nouvelle paire d'actions. Dans un même mouvement, le ou les magistrats rentrent, s'assoient, et celui qui préside l'audience déclare usuellement « l'audience est ouverte, vous pouvez vous asseoir ». L'énonciation d'une telle formule performative constitue une manière particulièrement efficace d'ouvrir la situation de parole publique, en rendant l'activité dans laquelle elle s'inscrit immédiatement intelligible pour un public qui peut être nombreux et très hétérogène quant à son degré de familiarité avec ce type de situation*

Ce déroulement des débuts d'audience en prétoire est quasi-rituel (Garapon, 2001). Il est reproduit à l'identique dans la grande majorité des audiences.

- **Page 5 : Quant à l'ouverture d'une audience en visio-conférence :**

*L'ouverture de l'audience se fait selon une séquence du type :*

1. *Connexion mutuelle et apparition de l'image et du son des sites distants.*
2. *Interruption éventuelle des activités en cours et orientation attentionnelle des participants vers les écrans respectifs.*
3. *le magistrat déclare l'audience ouverte.*
4. *les participants finissent de se positionner et d'arranger leur posture, puis le magistrat reprend la parole pour annoncer l'affaire.*

La comparaison avec l'audience en prétoire montre que dans ce cas, c'est l'apparition instantanée de l'image et du son à la connexion qui joue le rôle de la sommation inaugurale, et invite à l'alignement des participants.

- **Julien SIMON-DELCROS, « Visioconférence : moderniser sans déshumaniser », *Gazette du Palais*, 11 mai 2010 no 131, p. 8 (tel que cité sur Lextenso).**

- Après avoir fait état des avantages de la vidéoconférence, l'auteur tient les propos suivants : « Cependant, il faut avouer que l'organisation de tels actes ou débats prend également nécessairement plus de temps, notamment pour le greffier, avec au surplus l'établissement du procès-verbal de constatations techniques en matière pénale. Pour beaucoup, il reste à franchir le pas, dépasser certains *a priori* légitimes, pour se mettre à utiliser cette technologie. Elle suppose également beaucoup de pédagogie de la part de l'utilisateur car la personne qui se trouve en face d'elle, par écrans interposés, parfois même certains avocats qui expérimentent le procédé, peuvent être décontenancés. Il est aussi essentiel que l'avocat, qui ne se trouve pas à côté de son client, puisse bénéficier d'un entretien en toute confidentialité. Ce temps préalable à un interrogatoire ou un débat sur éventuelle prolongation de la détention, doit

être prévu et assuré. Cela suppose une surveillance du détenu à l'extérieur du local de visioconférence. La dotation des maisons d'arrêt en matériel de visioconférence devient une priorité mais il importe que ces « audiences » en détention se déroulent dans un cadre acceptable et respectueux de la confidentialité. » (nous soulignons; référence omise)

- L'auteur met en garde contre une certaine déshumanisation du processus judiciaire qui miserait trop sur la vidéoconférence (ici en droit pénal) : «À l'image de la modernisation des prisons, il ne faudrait pas que le recours accru à la visioconférence, notamment pour des raisons financières, conduise à une deshumanisation dont certains détenus ou surveillants ont pu se plaindre.» (référence omise)
- Plaidoyer pour la présence physique de l'accusé ou du prévenu :
  - «En matière judiciaire, nous croyons profondément que l'on ne peut juger et *a fortiori* condamner, « *de façon contradictoire* », une personne qui ne comparaîtrait pas physiquement. Si un témoin, un interprète, un expert, éventuellement une victime peuvent-être (sic) entendus à l'audience par ce biais, le prévenu ou l'accusé méritent d'être entendus et vus en personne... Et ce même si l'avenir devait nous permettre de le faire en 3D !»
  - «Se trouver devant son ou ses juge(s) sans avoir à se préoccuper de désynchronisation des gestes avec la parole, d'éventuelles interruptions techniques du son ou de l'image, est nécessaire pour être réellement entendu, puis comprendre la décision qui sera prise, c'est-à-dire tout simplement prendre part à son jugement : il s'agit d'un élément essentiel du droit d'accès à un tribunal mais aussi des droits de la défense qui ne peuvent être virtuels.»
- L'auteur souligne qu'en Italie, les jugements d'accusés entendus en vidéoconférence ont été admis sous certaines conditions « vérifiées *in concreto* par la Cour européenne : légitimité des buts poursuivis et respect des droits de la défense. » [CEDH, 5 oct. 2006, n° 45106/06, *Marcello Viola c/ Italie* ; CEDH 27 nov. 2007, n° 35795/02 , *Asciutto c/ Italie*]

## E. ITALIE

- **Mario CHIAVARIO, «La vidéoconférence comme moyen de participation aux audiences pénales», *Rev. trim. dr. h.* (73/2008) 223.**
  - L'auteur commente l'affaire *Marcello Viola c. Italie*, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée, pour la première fois, sur l'emploi de la vidéoconférence, ici comme substitutif de la présence physique de l'accusé en cour (p. 222 et 225).

- Le recours à la vidéoconférence comme substitutif à la présence physique de l'accusé a d'abord été validé par la Cour constitutionnelle italienne, qui a jugé que le droit à la défense tel que reconnu dans la constitution italienne n'implique pas forcément une présence physique sur les lieux du procès, et peut donc être assuré par le biais d'une participation à distance, pourvu que «les moyens techniques [...] soient tout à fait aptes à réaliser l'effective participation personnelle et consciente de l'accusé aux débats» (p. 226). La Cour appuie également son jugement sur l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme* garantissant le droit à un procès équitable. L'on juge cette garantie respectée parce que la loi italienne permettant la présence via vidéoconférence de l'accusé assure la participation effective de ce dernier à son procès, en plus de permettre la célérité des procédures, conformément aux exigences de l'article 6 (p. 226-227).
- Quant au jugement de la Cour européenne des droits de l'homme (p. 227 et ss.), celle-ci se dit d'abord d'avis que l'emploi de la vidéoconférence poursuivait des buts légitimes. Pour se faire, elle «prend dûment en considération les exigences qu'implique la lutte contre les organisations criminelles et en particulier contre la mafia» (p. 231) (par exemple, transfert de détenu soumis à des mesures de sûreté très lourdes, sans compter le risque de fuite ou d'attentats, risque de reprise des contacts du détenu avec l'association criminelle à laquelle on le soupçonne d'appartenir, pressions indues lors du procès sur les autres parties, et notamment les victimes et témoins repentis, etc.) (p. 230). L'on prend également acte d'un autre aspect du procès équitable, soit celui de la «volonté de réduire les délais liés aux transferts des détenus et à la nécessité d'une accélération des procès pénaux» (p. 232).
- Dans un deuxième temps, afin de décider s'il y a eu ou non violation de l'article 6 de la Convention, la Cour vérifie si «les modalités de participation du requérant à l'audience d'appel par vidéoconférence ont respecté les droits de la défense» (p. 233). Après une analyse des «garanties compensatoires» de l'absence du prévenu dans la salle d'audience, la Cour répond par l'affirmative (p. 233). La Cour estime cependant que des problèmes techniques de transmission de la voix ou de l'image pourraient poser problème quant au respect des garanties du procès équitable (p. 233).
- Quant au dispositif, «La Cour conclut à la non-violation de l'article 6 de la Convention au motif que, dans les conditions de l'espèce, la participation du requérant à l'audience d'appel par vidéoconférence «n'a pas placé la défense dans une position de désavantage substantiel par rapport aux autres parties au procès, et que l'intéressé a eu la possibilité d'exercer les droits et facultés inhérents à la notion de procès équitable, telle que résultant de l'article 6 de la Convention» (§76).» (p. 234)

- L'auteur conclut par une mise en garde : «On relèvera surtout que, même si le recours aux techniques de vidéoconférence est accueillie positivement dans son principe, la Cour met l'accent sur les «buts légitimes» ainsi que sur les «modalités» de l'emploi de ces techniques; on ne peut donc exclure que des réponses différentes de celle contenue dans l'arrêt Marcello Viola soient données à l'avenir.» (p. 235)

## F. SLOVÉNIE

- **Benjamin LESJAK, “Perception and willingness of the Slovenian legal profession to use videoconference”, (2010) 24-1 *International Review of Law, Computer and Technology* 93.**

- Il s'agit d'une étude sur l'opinion des professionnels du droit slovènes quant à l'usage de la vidéoconférence en droit, comme étape préalable à son implantation: “The aim was to investigate general opinions on videoconferencing concerning the reasons for and knowledge about its use, knowledge of videoconferencing equipment, and general use of information technology and the Internet. (...) Nevertheless, willingness of court personnel is the basis for a successful implementation of the project and further use of videoconferencing.” (p. 93)
- Résume le cadre légal de la vidéoconférence en droit européen (p. 94)
- L'auteur dénonce une certaine résistance au changement au sein des juristes slovènes : “Overcoming the conservative attitude and creating a willingness to use videoconferencing is another problem to be overcome because most parties involved in court procedures tend to be very autonomous, independent and not readily agreeable to change.” (p. 95)
- L'auteur résume en ces termes les résultats de l'étude: “The main conclusions from the survey were that Slovenian lawyers are not reluctant to use video conferencing and would like to obtain more knowledge and skills, because they said that the new technology represents a particular challenge for them.” (p. 95) (voir résultats plus détaillés aux pages 96-97)
- L'auteur convient de la nécessité de se pencher sur la question de l'impact de la vidéoconférence sur les défendeurs et témoins : “It has to be researched if defendants and witnesses during hearings involving videoconferencing behave differently than in traditional hearings and whether and to what extent the judges take this into account when assessing the credibility and testimony.” (p. 99)

- Selon l'auteur, les critiques qu'appellent la vidéoconférence ne sont que le résultat des défaillances techniques que l'on parviendra à surmonter: "Critics of videoconferencing in courts emphasise that the use of this technology undermines the principle of a fair trial. They argue that there it is much easier to breach the fundamental rights of the accused when videoconferencing is involved in the procedure. These arguments are based in particular on the practical limitations of videoconferencing equipment, but we can expect a constant development and improvement." (p. 96)

## G. AUTRE

**Exemples de l'utilisation de la vidéoconférence dans les tribunaux à travers le monde :**

**HER MAJESTY'S COURTS SERVICE (UK Ministry of Justice),** *Video conferencing in courts*, en ligne: [http://www.hmcourts-service.gov.uk/infoabout/video\\_conferencing/index.htm](http://www.hmcourts-service.gov.uk/infoabout/video_conferencing/index.htm)

**BRITISH COLUMBIA,** *Videoconferencing*, en ligne:  
<http://www.ag.gov.bc.ca/courts/faq/info/videoconferencing.htm>

**FEDERAL COURT OF AUSTRALIA,** *Guide to videoconferencing in court proceedings*, en ligne: <http://www.fedcourt.gov.au/how/videoconferencing.html>

**NEW JERSEY JUDICIARY,** *Video conferencing*, en ligne:  
<http://www.judiciary.state.nj.us/services/video.htm>

**John GRAMLICH,** *Stateline, States expand videoconferencing in prisons*, en ligne:  
<http://www.stateline.org/live/details/story?contentId=399298>

## III. RÔLE DU TÉMOIN

\*\*\* À noter que la présence physique du témoin en salle de cour est également abordée dans de nombreux articles cités dans la section II. de la présente bibliographie portant sur la vidéoconférence, souvent pour comparer les deux procédés (témoignage en personne versus par visioconférence) (voir par exemple Jacqueline CASTEL, Mario CHIARARIO, Ronald ELLIS, Mark FEDERMAN, Aaron HAAS, Zachary HILLMAN, Christian LICOPPE, Gregory C. MOSIER, Anne Bowen POULIN, Michael D. ROTH, Julien SIMON-DELCROS, Frank et

**Edward WALSH, et le chapitre intitulé «Access to Courts and Videoconferencing in Immigration Proceedings») \*\*\***

**A. AUSTRALIE**

- **Julius STONE et Wan WELLS, *Evidence : Its History and Policies*, Butterworths, Australie, 1991.**
  - Cet ouvrage est retenu surtout pour son historique de la «rational proof», afin de retracer les origines du témoignage en common law. Il aborde également la preuve par témoignage sous différents aspects.

**B. CANADA**

- **Claude FABIEN, «La valeur du témoignage en droit civil québécois», dans *Droit contemporain : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Athènes, 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, à la page 334.**
  - L'auteur pose que le principe de droit de la preuve requérant la présence physique du témoin en salle de cour nous vient du droit anglais : «Le droit civil de la preuve, au Québec, est un droit mixte d'inspiration française par son Code civil et d'inspiration anglaise par son Code de procédure civile. Comme le droit français, il accorde un statut privilégié à la preuve écrite en matière d'actes juridiques et regarde la preuve testimoniale avec méfiance. Comme le droit anglais, il exige, dans les cas où la preuve testimoniale est recevable, que le témoin comparaisse en personne devant le tribunal. Il répudie en principe tout autre substitut, comme le témoignage écrit ou la preuve par oui-dire, donnant ainsi lieu à des procès où l'oralité domine.» (nous soulignons; p. 335)
  - L'auteur affirme que «(...), le sort réservé à la preuve testimoniale a été modifié dans le sens d'une atténuation des rigueurs et influences qu'il avait subies. (...) Le droit civil québécois délaisse ainsi les dogmes établis par le droit anglais, en matière de oui-dire, au moment où la common law canadienne, sous l'impulsion de la Cour suprême du Canada, est en train de libéraliser dans un sens relativement convergent.» (p. 335)
  - Selon l'auteur, les deux caractéristiques fondamentales de la preuve testimoniale sont «son incontournable nécessité et son extrême fragilité.» (p. 336)
  - Sur la nécessité du témoignage, et plus précisément sur celle du témoignage en personne, l'auteur affirme ceci: «Le procès civil juge rétrospectivement des faits passés. Ils n'ont généralement laissé que peu de traces permanentes que le juge peut observer directement. Pour

connaître les faits du litige, le juge dépend de la narration, orale ou écrite, que lui en feront les témoins. Sa connaissance des faits est généralement indirecte. À cette difficulté, s'ajoute celle de l'accès du juge au récit des témoins. Si le témoin compareait devant lui, le juge peut au moins être le témoin direct du témoignage. Si le témoin ne compareait pas devant lui, comme c'est souvent le cas si le témoin a déjà donné, en dehors du procès, un récit oral ou écrit des faits, le juge acquiert une connaissance indirecte du témoignage et ainsi doublement indirecte des faits.» (p. 336)

- Voir également plus loin, à la page 337 : «C'est à titre exceptionnel, seulement, que le juge pourra avoir une connaissance directe des faits, notamment lorsqu'un fait tombe dans le champ de sa connaissance d'office (...), ou lorsque la preuve est constituée de la présentation d'un élément matériel (...). Outre ces maigres exceptions, le témoignage est pour le juge la voie d'accès obligée vers la connaissance des faits.»
- L'auteur pose l'importance de la preuve testimoniale en affirmant qu'au procès, «presque toute la preuve n'est que témoignage» (p. 336), donnant un certain nombre d'exemples, dont ceux-ci: «L'aveu n'est qu'une qualification particulière que la loi donne au témoignage de la partie adverse. L'écrit, s'il constate un acte juridique, est une déclaration de son auteur sur l'état de sa volonté. (...)» (autres exemples omis) (p.336)
- Toujours quant à la nécessité du témoignage, l'auteur pose que «La preuve testimoniale est nécessaire à titre subsidiaire pour prouver l'authenticité des autres moyens de preuve : écrits sous seing privé, documents de toutes sortes, objets ou enregistrements sonores ou visuels produits en preuve, inscriptions informatisées. Même l'écrit dit «authentique» dépend de la preuve testimoniale pour résister à l'assaut de la contestation dans le cadre de la procédure d'inscription de faux.» (p. 336)
- La présence physique du témoin à l'instance est une des caractéristiques essentielles du témoignage, au même titre que la connaissance personnelle des faits dont le témoin dépose: «Dans un premier temps, ce fut le *Code de procédure civile* (articles 281, 294, 295) qui imposa les deux caractéristiques essentielles du témoignage : le témoin doit comparaître à l'instance et ne parler de ce qu'il connaît personnellement.» (...) (p. 338)
- L'on exige que le témoin comparaisse en personne à l'instance pour garantir la fiabilité de son témoignage, cette règle nous venant du droit anglais: «Pour garantir la fiabilité du témoignage, le droit québécois a adopté un système très simple : le témoin doit comparaître à l'instance et déposer selon les règles prévues au Code de procédure civile. Ce système est fortement inspiré du droit anglais. Si le Bas-Canada avait pu conserver le droit civil comme droit privé et adopter en 1866 un Code civil calqué sur le Code civil français, il n'en était pas moins une colonie britannique

forcément soumise aux influences du droit anglais, notamment en droit public et en matières juridictionnelles. Il était inévitable que le Code de procédure civile, adopté dans la foulée du Code civil du Bas-Canada, porte la marque du droit judiciaire anglais.

Selon ce système, le témoin doit comparaître à l'instance, prêter serment, déposer exclusivement de ce qu'il connaît personnellement et enfin se soumettre au contre-interrogatoire de la partie adverse. Le témoin ne peut pas rapporter les paroles de quelqu'un d'autre. Cette prohibition de la preuve par ouï-dire s'étend non seulement au témoignage par personne interposée mais aussi à toute autre forme de témoignage extra-judiciaire oral ou écrit. Une déclaration écrite, fut-elle assermentée, ne peut pas remplacer le témoignage en justice. La déclaration antérieure incompatible d'un témoin peut servir à miner sa crédibilité : elle ne peut pas acquérir valeur de témoignage. Un témoin ou une partie ne peut pas rapporter ses propres paroles, comme élément de corroboration par exemple.» (p. 348; référence omise; nous soulignons)

- Selon l'auteur, l'environnement de cour incite le témoin à dire la vérité, d'où l'obligation qu'il témoigne en personne: « L'obligation faite au témoin de comparaître en justice (art. 294 C.p.c.) est en elle-même un facteur de fiabilité. Le cadre solennel du palais de justice, le décorum du procès, la présence du juge peuvent impressionner le témoin et l'inciter à dire la vérité.» (p. 349) L'auteur ajoute par contre que «Les vertus de ce cadre ont des limites. On peut penser que ces facteurs ont une influence négligeable sur le témoin professionnel ou le menteur pathologique.» (p.349)
- Sur l'importance de la présence physique pour permettre le contre-interrogatoire, l'auteur note que: «Certains praticiens accordent une valeur mythique au contre-interrogatoire. Ils n'hésiteront pas à parler du «droit sacré» au contre-interrogatoire, pour faire écarter la déclaration extra-judiciaire de tout témoin qui ne comparaît pas dans l'instance et qui ne peut en conséquence être soumis à un contre-interrogatoire costaud. (...) Il est vrai que le contre-interrogatoire peut constituer un test utile et révélateur de la fiabilité du témoignage. On a toutefois tendance à exagérer les vertus des contre-interrogatoires. Ils sont souvent improductifs et inutiles. Il y a peu de revirements spectaculaires qui leur sont attribuables, dans les procès civils.» (p. 351)
- L'on rapporte pour finir une partie de la conclusion de l'auteur, qui nous semble d'intérêt : «Enfin, si nous avons réfléchi sur la valeur de la preuve testimoniale, nous n'avons dit mot de son prix. Le procès civil au Québec demeurera dominé par l'audition des témoins, même si le Code a créé une certaine ouverture vers l'acceptation en preuve des déclarations extra-judiciaires. Cette ouverture risque de demeurer timide, tant en raison de la

complexité des règles que des habitudes de la pratique. Le procès restera ce grand rendez-vous judiciaire auquel sont conviés juges, avocats, parties et témoins et qui dure tout le temps nécessaire à l'audition de ces derniers. Or, le procès traditionnel consomme beaucoup de cette ressource rare et chère que constitue le temps de justice. Les règles de la procédure civile qui exigent la réunion simultanée de tant d'intervenants pour entendre des témoins ne sont pas étrangères aux coûts et aux délais de la justice, qui posent aujourd'hui des problèmes sociaux aigus. Dans l'éventail des moyens qu'il faudra mettre en œuvre pour soulager ces problèmes, devrait entrer une plus grande mesure d'acceptation en preuve des déclarations extra-judiciaires.» (p. 359-360)

- **Frederick W. J. KOCH, « The Hearsay Rule's True Raison d'être: Its Implications for the New Principled Approach to Admitting Hearsay Evidence», (2005-2006) 37 *Ottawa L. Rev.* 249.**
  - Dans cet article, l'auteur s'intéresse aux origines de la prohibition du *oui-dire* en droit de la preuve, et soutient que cette prohibition est le produit de l'apparition et de l'évolution de sept règles, dont la «*viva voce rule*». Cette dernière règle posait que «(...) depositions were inadmissible when the deponents could testify *viva voce* at trial» (p. 14). L'auteur mentionne que cette règle s'est développée en common law plutôt que dans les cours d'équité, puisque ces dernières avaient pour pratique établie d'utiliser des dépositions écrites plutôt que des témoignages oraux lors d'audiences (p. 14).
  - L'auteur rapporte, à la page 14, les sources les plus anciennes faisant état de cette règle du «*viva voce*». Il relate donc l'histoire ancienne de cette règle aux pages 14 et 15.
  - L'auteur note que les premières affaires excluant les dépositions écrites lorsque le témoignage est possible ne précisent pas les causes d'une telle exclusion (p. 15). Néanmoins, il mentionne que les «*Surviving published sources suggest three plausible reasons*» (p. 15, nous soulignons), raisons qu'il énumère au paragraphe 58 de la page 15 :
    - (1) a concern about the unreliability of depositions when compared to *viva voce* trial testimony from the deponents;
    - (2) a judicial belief that demeanour evidence was important to the trier of fact's task of accurately evaluating a witness's testimony, whether the trier was a trained judge or layperson; and
    - (3) a belief that witnesses were less inclined to lie in open court at trial than in private examinations on interrogatories.
  - Quant à la première de ces raisons, l'auteur tient les propos suivants : «*Regarding the first rationale, as noted earlier, several developments at the*

start of the 17th century gave rise to concerns about depositions' accuracy. Even when there was no attempt to produce a misleading deposition, the judges may have been concerned about their accuracy since the skill of taking shorthand notes was just starting to develop in the early 17th century, and was not widely practiced. Answers were recorded in the third person, using the scrivener's own words to encapsulate the testimony.» (p. 15, par. 59; références omises).

- Quant à la seconde raison, l'auteur affirme que «(...), by 1600, Chancery was referring disputed factual issues to juries where the witnesses testified *viva voce*. Since there was an opportunity for cross examination in the process of taking Chancery depositions, these referrals suggest demeanour evidence was a factor. In 1606, Popham C.J.K.B. said *viva voce* testimony was preferred over depositions, partly because the jury could often discern witnesses' countenance by how they handled themselves while testifying. In 1619, the Star Chamber referred a disputed fact to a jury because hearing and seeing the witnesses would assist in weighing their evidence. (p. 15, par. 60; références omises)
- Finalement, concernant la troisième raison, l'auteur note que «Regarding the rationale that witnesses were less likely to lie in open court, Hale C.B. said that the excellence of it was "[t]hat it is openly; and not in private before a Commissioner or Two, and a couple of Clerks, where oftentimes Witnesses will deliver that which they will be ashamed to testify pubickly." In 1696, a prominent barrister echoed this view in Fenwick's Trial.» (p. 15, par. 61; références omises)
- L'auteur précise également que l'émergence de la «*viva voce rule*» n'est pas liée à un contre-interrogatoire rendu impossible par le biais de dépositions écrites, puisque ce contre-interrogatoire était de fait possible: «The lack of opportunity for cross examination if a deposition was admitted in a common law trial does not seem to have been a reason for the emergence of the *viva voce* rule because a right to cross examination was protected in equity as part of the regular deposition process. Thus, the exclusion of such depositions at common law had nothing to do with a lack of opportunity for cross examination.» (p. 15, par. 62)
- Mentionnons que la partie III. de cet article nous semble également d'intérêt pour nos fins (p. 5 à 10). Cette partie traite de la règle excluant le «unsworn oral hearsay», l'auteur affirmant qu'il s'agit de la première forme de ouï-dire historiquement exclue (p. 5). Cette partie est intéressante parce que l'auteur y aborde le serment et son importance capitale (elle pourrait donc être citée dans la première partie de la présente bibliographie consacrée aux rituels judiciaires). Il avance que l'absence de ce serment est la cause même de l'exclusion de la preuve quant à cette règle (p. 10, par. 32). Voir à cet effet, entre autre, le paragraphe 21 de la page 7.

L'auteur affirme que «The absence of the oath was believed to make hearsay evidence unreliable for two reasons; witnesses were significantly more inclined to lie when not under oath and, witnesses were less cautious and thoughtful about what they asserted.» (p. 20, par. 89).

- Notons également que cette exclusion du «unsworn oral hearsay» est distincte de celle prohibant le «unsworn written hearsay» (p. 17; nous soulignons). Quant aux raisons derrière cette dernière exclusion, l'auteur affirme que «The surviving sources indicate that the initial reasons for the exclusion of unsworn written hearsay evidence were the lack of oath (along with the accompanying absence of the threat of punishment for perjury) and the preference for viva voce trial testimony when it was available.» (p. 18, par. 80), rajoutant plus loin que «A few of the cases on unsworn oral hearsay point to the opportunity for the trier of fact, whether lay or professional, to observe the witness's demeanour as a reason for preferring viva voce testimony. This may have also been a motive for insisting on viva voce testimony to the exclusion of unsworn written hearsay evidence.» (p. 19, par. 82; nous soulignons).
  - Mentionnons pour finir que si l'auteur identifie sept règles à l'origine de l'exclusion du oui-dire en droit de la preuve, il affirme que ces sept règles s'appuient sur cinq raisons, qu'il résume ainsi : «The sources cited in this article indicate that there were five initial reasons for the development of seven rules excluding hearsay evidence, namely: (1) the evidence was unsworn; (2) the original maker of the statement was not under the threat of serious earthly punishment for perjury when they made it; (3) the evidence was derivative and thus there was a risk of inaccurate re-communication of it to the trier(s) of fact; (4) the admission of such evidence deprived the trier(s) of fact of the opportunity to observe the demeanour of a witness with personal knowledge; and (5), the party adversely affected by the evidence was deprived of an opportunity to cross-examine anyone with personal knowledge about the statement's contents.» (p. 20, par. 87)
- **Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4 éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008. (Version électronique disponible sur DCL, dont les différentes sections sont enregistrables en format PDF)**
- semble contenir des passages intéressants pour nos fins, entre autre sur les facteurs d'évolution des moyens de preuve, ainsi que sur l'historique de nos règles de preuve, où l'on aborde donc probablement les fondements du témoignage en personne.
- **Douglas WALTON, *Argumentation, Artificial Intelligence and Law*, New York, Cambridge University Press, 2008.**

- Extrait de la quatrième de couverture: «In this book, Douglas Walton provides an introduction to basic concepts, tools, and methods in argumentation theory and artificial intelligence as applied to the analysis and evaluation of witness testimony. He shows how witness testimony is by its nature inherently fallible and sometimes subject to disastrous failures. At the same time, if used properly, such testimony can provide evidence that is not only necessary but inherently reasonable for logically guiding legal experts to accept or reject a claim. Walton shows how to overcome the traditional disdain for witness testimony as a type of evidence shown by legal positivists and the views of trial sceptics who doubt that trial rules deal with witness testimony in a way that yields a rational decision-making process.»

### C. ÉTATS-UNIS

- **Daniel D. BLINKA, «Trial by Jury on the Eve of Revolution: The Virginia Experience», (2002-2003) 71 *UMKC Law Review* 529.**
  - Cet article s'intéresse aux «colonial county courts» de l'État de Virginie au 18e siècle. Il est retenu surtout pour sa section portant sur la preuve, où l'auteur développe l'importance du témoignage «viva voce». À noter que l'auteur mentionne toutefois que «Today, (...) many of these same features (e.g., viva voce testimony) carry vastly different meanings in the modern trial (...).» (note 19, page 534). Mentionnons également que l'article contient aussi une section dans laquelle l'auteur analyse l'espace physique de la salle de cour (p. 561 et ss.), ce qui aurait pu valoir à ce texte d'être cité dans la première section de la bibliographie, portant sur les rituels judiciaires.
  - L'auteur dit des procès d'alors qu'ils sont «largely oral, face-to-face confrontations between parties and witnesses (...).» (p. 567): «Virtually the prototype of a society premised upon deference and hierarchy, the eighteenth-century trial reflected the priorities of an oral culture that valued face-to-face encounters and, to a degree, de-valued the written proof. Indeed, its epistemology prized the spoken word, the inarticulable benefit of eye contact, and inductive reasoning based on unarticulated hunches. The physical space of the courtroom reinforced these attitudes by placing the primary actors in close proximity to one another. All could be seen. All could be heard.» (p. 566).
  - Quant à la preuve, «a party's evidence had to fit within the traditions of an oral culture that granted primacy to viva voce testimony. Closely related, testimony had to be based on firsthand observations; the law abhorred “hearsay.”» (p. 567; nous soulignons). Dans la section consacrée au «viva voce testimony», l'auteur donne entre autre les raisons suivantes quant à sa raison d'être: «Eighteenth-Century Virginia society was predicated on oral communication, in part because of low levels of literacy, but also

because it prized the spoken word. To be sure, the legal system depended greatly on written records (...). Yet the court formally received these writings by having them read aloud. In this way all persons present in court, those on business as well as the curious, witnesses the event (...)» (p. 570)

- Ce que le témoignage oral signifie: «Viva voce testimony necessarily meant that “evidence” had to come to court and speak before justices, juries, and parties. Face-to-face confrontations were central to the workings of deference. Webb’s handbook for justices inveighed against “privy verdicts” in serious criminal cases “because the jury are commanded to look upon the person at bar, when they gave their verdict.” In open court, witnesses testified before all. Witnesses, then, had to possess the temerity and strength of personal character to confront the opposing party. The jury listened to the witness’s words and observed his or her demeanor. It was this demeanor, the outward appearance in dress, voice inflections, and bearing, that rendered the witness worthy of credit. The more impressive the witness, the more telling the proof.» (p. 571; références omises)
- Les dépositions écrites ne sont qu’un pis-aller: «Written depositions substituted for viva voce testimony upon a showing that the witness would be unavailable to appear in court.» (p. 571-572).
- «For witnesses the courtroom setting was intimidating, and deliberately so. (...) Witnesses were summoned to cross the bar and take the “witness stand.” Jurors stood nearby so that they could hear every word and closely scrutinize the witness’s countenance. Elevated justices sat to the other side, prepared to pepper the witness with questions. In sum, the tradition of viva voce testimony involved more than an oral recitation of what the witness knew; it was an opportunity to test character as well.» (p. 572)
- Sur l’importance de l’examen du «character»: «Character was a central issue in eighteenth-century trials because it served both purposes. First, character established the individual’s place in society. Second, it was prized as a valuable, highly probative source of evidence based on the inference that persons generally acted in conformity with their character. Precisely because of its prevalence in the general culture, character was a quick, readily accessible, and efficacious means of proof within the courtroom. Deameanor (appearance) provided valuable clues to one’s character, which helps explain why the law clearly preferred viva voce testimony and eschewed hearsay.» (p. 574; références omises)

- **Jeremy A. BLUMENTHAL, « A Wipe of the Hands, A Lick of the Lips: The Validity of Demeanor Evidence in Assessing Witness Credibility », (1993) 72 *Nebraska Law Review* 1157.**
  - La croyance selon laquelle il est utile et même nécessaire d'observer le comportement d'un témoin à l'audience, durant son témoignage en personne, afin de juger de sa crédibilité (ce que l'on appelle, en droit américain, le «demeanor evidence») est très ancienne, l'auteur mentionnant qu'elle s'appuie sur un principe vieux de presque 3000 ans (p. 1158). L'on prend entre autre appui sur ce principe ancien pour interdire le ouï-dire: «(...) the foundation of the [hearsay] rule can be simplified – over-simplified, perhaps – to a basic tenet : out of court statements should generally be disallowed in court because the demeanor- and thus a means of assessing the credibility – of the declarant at the time he made that statement is unavailable to the trier of fact.» (p. 1171; référence omise). En droit américain, le «demeanor evidence» est même constitutionnalisé à travers la «Confrontation Clause» de 6<sup>e</sup> Amendement (p. 1173). L'auteur retrace d'ailleurs l'origine du «demeanor evidence» par un historique de la «Confrontation Clause» (p. 1174 et ss.).
  - Or, s'appuyant sur des études empiriques, l'auteur affirme que cette croyance est erronée : « Social scientists have (...) effectively subjected to empirical trial the validity of the demeanor evidence concept described above. Surprisingly, successive testing of this « fundamental » legal precept has repeatedly demonstrated its fallacy. The studies establish that typical subjects are unable to use the “manner and conduct” of a speaker to successfully detect deceptive information on a reliable basis.» (p. 1159). L'auteur s'attarde donc à démontrer pourquoi cette croyance ancestrale est infondée.
  - «Social science has produced overwhelming evidence refuting the ability of people to identify that a witness is lying when the witness is actually being deceptive. Yet jurists persist in the fallacious belief – unfounded yet attributed to common sense – that this ability exists. Whether a witness is giving deceptive testimony or not, if he exhibits certain “telltale indicators” which have always been perceived as resulting from an act of deception, then the witness is perceived as being deceptive in his testimony. (...) this ratiocination, circular at best, is demonstrably false.» (p. 1163; référence omise)
  - «A trier of fact, when using demeanor as a gauge of a witness's credibility, places emphasis on cues that have been shown to be not only unhelpful but actually misleading. Thus, not only is the use of demeanor evidence unhelpful in the detection of deception, but given the cues on which the legal process focuses, it in fact “diminishes rather than enhances

the accuracy of credibility judgments.”» (p. 1165; référence omise; voir p. 1195 et 1197 aussi)

- Les études sur lesquelles s'appuient Blumenthal démontrent que les indicateurs comportementaux («behavioral cues») sur lesquels s'appuient les jurés et autres observateurs pour détecter un mensonge sont « more strongly associated with *judgments of deception* than with *actual deception*.» (p. 1162; référence omise). Voir aussi p. 1192 et ss.: «Three important and lasting sets of findings were empirically established by these reviews: that certain behaviours occur when a speaker deceives; that there are qualitative indicia that observers watch for in order to identify deception; and, most importantly, that there are significant differences between those two sets of cues.» (p.1192; référence omise; nous soulignons). Autrement dit, les comportements que l'on estime être ceux d'un menteur sont qualitativement et quantitativement différents de ceux qu'adopte un vrai menteur (p. 1194). L'auteur avance, comme possible explication de ces différences, le fait qu'un menteur connaît les comportements les plus souvent associés au mensonge et tentera de les réduire chez lui (p. 1194-1195).
  - Par contre, l'auteur soutient que l'on peut davantage se fier à la voix pour détecter le mensonge (p. 1195; voir aussi p. 1199).
  - L'auteur doute de l'effet dissuasif que certains prêtent au témoignage judiciaire (i.e. l'avis selon lequel le sérieux de l'environnement de cour dissuade le témoin de mentir). Voir là-dessus la page 1182, et la note 156 de cette même page.
  - Pour les implications légales des conclusions de l'auteur (certains points peuvent toucher aussi notre droit), voir p. 1200 et ss.
- **Laurie L. LEVENSON, «Courtroom Demeanor : the Theatre of the Courtroom», (2008) 92. *Minn. L. Rev.* 573.**
- The author examines the evolution of the modern criminal jury trial and the role of **demeanor in criminal cases**. She then focuses on the reality of what is happening today and how defendant's courtroom demeanor off the witness stand is likely to have an impact on the outcome of the case. She also discusses the inconsistent approaches that courts have taken on the issue of whether courtroom demeanor should be openly recognized in court and should be the subject of comment by the parties and counsel. And she concludes by analyzing whether it makes sense, given the role of today's criminal jury trial, to consider a defendant's demeanor as evidence and to allow the lawyers to comment on it. (p. 577-578)

- **Richard L. MARCUS**, «E-Discovery and Beyond : Toward Brave New World or 1984?», (2006) 25-4 *Rev. Litig.* 633.
- **John E. B. MYERS**, *Myers on Evidence in Child, Domestic and Elder Abuse Case*, États-Unis, Aspen Publishers, 2005.
- **James P. TIMONY**, « Demeanor Credibility », (1999-2000) 49 *Catholic University Law Review* 903.
  - Cet article, au contraire de ceux de Blumenthal (ci-dessus) et de Wellborn (ci-dessous), soutient que l'examen du comportement d'un témoin est un facteur à examiner pour juger de sa crédibilité: «This article will focus on the fact-finder's use of a witness's demeanor in the context of determining credibility, and the history, nature, actual use, and criticism of demeanor evidence. This article supports the use of demeanor (stated in behavioral conclusions rather than physical descriptions) as a factor in determining witness credibility, (...)» (p. 906; voir aussi p. 903 et 904)
  - L'examen du comportement d'un témoin implique son observation directe, en salle de cour (d'où sa présence physique) (p. 907; voir aussi p. 914 : «The use of demeanor to make credibility determinations assumes that a witness appears in person before the fact-finder»). Le comportement d'un témoin est un des 7 facteurs à examiner afin de juger de sa crédibilité (les 6 autres étant «The Opportunity and Capacity to Observe and Narrate the Event» (p. 908), «Bias» (p. 908), «Character» (p. 909), «Prior Inconsistent Statement» (p. 910), «Contradiction or Corroboration» (p. 910), et «Plausibility» (p. 911)).
  - L'auteur exprime l'avis qu'il y a controverse sur la validité du «demeanor evidence». Qui plus est, selon l'auteur, cette preuve remonte à l'apparition du procès public : «There is no consensus on demeanor evidence. To understand why some judges deprecate the use of demeanor to assess witness credibility while others rank it high, an assessment of the history of live trials is important. The custom of weighing the truthfulness of witnesses based on their conduct and appearance, the nature and description of demeanor, and the actual use of demeanor in cases grew out of the live trial setting.» (p. 913; nous soulignons)
  - L'auteur rapporte en ces mots les raisons derrière le témoignage en personne en droit américain : The emphasis on testimony in open court was incorporated into the Federal Rules of Civil Procedure "to combat the practice in equity of presenting juries with edited depositions of witnesses' testimony. In addition to the concerns pertaining to the accuracy and completeness of testimony, which might be compromised by edited depositions, the Federal Rules of Civil Procedure's strong preference for

the testimony of live witnesses allows the fact-finder to observe the demeanor of the witness.» (p. 914; nous soulignons; références omises)

- Selon l'auteur, les avancées technologiques ont pour effet de tempérer l'exigence de la présence physique: «Improvements in technology, however, show the need for flexibility in requiring testimony to be presented in open court. An exception to the modern trend of live testimony, for example, is the use of video technology to present testimony to the trier of fact.» (p. 914; références omises). Selon l'auteur, lorsque la vidéo permet l'observation du témoin, la préférence traditionnelle pour la présence physique de ce témoin en cour est实质上被抵消了 (p. 915).
- L'auteur rapporte néanmoins l'opinion suivante émise par le «Advisory Committee» américain : «The Advisory Committee makes clear the importance of presenting live testimony in court whenever possible: "The very ceremony of trial and the presence of the factfinder may exert a powerful force for truthtelling. *The opportunity to judge the demeanor of the witness face-to-face is accorded great value in our tradition.*"» (p. 915, note 50)
- L'auteur présente aux pages 916 et 918 un court historique du témoignage en personne en droit américain. L'auteur rapporte qu'il s'agit d'une pratique remontant aux Romains (p. 915).
- L'auteur identifie deux buts poursuivis par le témoignage en personne : «A live witness, facing a possible attack on his credibility, serves two significant purposes. First, the trier of fact can observe the witness's demeanor, and second, he can inspire the witness to testify truthfully to "ensur[e] the integrity of the factfinding process." Live testimony should be replaced only with great care.» (p. 918; référence omise)
- Aux pages 918 à 920, l'auteur développe l'importance du «demeanor evidence», s'appuyant sur la jurisprudence américaine.
- Dans la partie III. de son article (p. 930 et ss.), l'auteur expose la position des détracteurs du «demeanor evidence», et reprend les thèses de Wellborn (p. 930 à 933) et Blumenthal (p. 933 à 935). Il émet l'avis que les études sur lesquelles s'appuient Wellborn sont contradictoires (p. 931). Il se dit également contre l'utilisation de dépositions écrites pour juger des faits, car cela aurait pour effet d'affaiblir le pouvoir du «fact-finder» (p. 933). Il poursuit en notant que «[d]isregard for a trial court's demeanor finding would impair confidence in the trial court and may, in turn, multiply appeals.» (p. 933). Quant à l'article de Blumenthal, l'auteur doute de l'admissibilité même des conclusions des études que citent Blumenthal pour juger de l'utilisation du «demeanor evidence», malgré leur intérêt

théorique, affirmant que «the classroom is not the courtroom» (p. 934). Il se dit également d'avis que les conditions dans lesquelles se sont tenues ces études «do not have the ceremony, oath, atmosphere, and institutional tradition of a courtroom and do not inspire the same sincerity.» (p. 934-935; référence omise).

- Selon l'auteur, l'examen du comportement du témoin pour juger de sa crédibilité tient du «due process» (p. 936 et 942 : «When witness credibility is at issue, due process requires that the factfinder see and hear the witness testify.»). Conséquemment, il invite à la prudence avant de modifier ce principe: «Fundamental changes in common law procedure must, however, be slow and studied, and we should be extremely careful in making any change in the law of credibility determinations based on demeanor evidence. It has been a long-standing proposition that the opportunity to observe a witness's demeanor during live testimony is part of the common law credibility determination and ensures the integrity of the fact-finding process.» (p. 936-937l; référence omise)

- **Olin Guy WELLBORN III, « Demeanor », (1990-1991) 76 Cornell Law Review 1075.**

- L'objet de cet article est sensiblement le même que celui de Jeremy Blumenthal, à savoir que l'auteur s'attarde à démontrer la fausseté de la prémissse légale selon laquelle le fait de voir le comportement d'un témoin en salle de cour est nécessaire afin de juger de sa crédibilité, et donc d'accorder une certaine force probante à son témoignage. (Cette prémissse légale, selon l'auteur, apparaît comme étant aussi ancienne que le témoignage lui-même (p. 1104)). L'auteur soutient en effet que «With impressive consistency, the experimental results indicate that this legal premise is erroneous. According to the empirical evidence, ordinary people cannot make effective use of demeanor in deciding whether to believe a witness.» (p. 1075) Au contraire, l'auteur avance que «(...) there is some evidence that the observation of demeanor diminishes rather than enhances the accuracy of credibility judgments.» (p. 1075)
- L'auteur affirme que l'importance du comportement du témoin comme indicateur de sa crédibilité est à la base de certaines autres exigences légales, dont celle de la présence physique du témoin («live testimony») (p. 1077). L'auteur affirme ainsi que «The importance placed upon demeanor information is highlighted by the strict limits traditionally placed upon trial use of depositions and transcribed testimony taken in other proceedings.» C'est cette importance qui explique aussi la déférence des cours de 2<sup>e</sup> instance quant aux conclusions de fait des tribunaux de 1<sup>ère</sup> instance (p. 1077).

- L'apparence et le comportement non-verbal d'un témoin jouent sur deux plans quant à sa crédibilité: «(...) first, as an indicator of sincerity - the willingness of the witness to tell the truth [partie A.] - and, second, as evidence of the quality of the witness's perceptions and memory - his or her capacity to know the truth. [partie B.] » (p. 1078; nous soulignons)
- **Partie A. Demeanor and Detection of Deception:** L'auteur rapporte les conclusions de nombreuses études (voir p. 1078 à 1088) pour conclure que «*Taken as a whole, the experimental evidence indicates that ordinary observers do not benefit from the opportunity to observe nonverbal behavior in judging whether someone is lying. There is no evidence that facial behavior is of any benefit; some evidence suggests that observation of facial behavior diminishes the accuracy of lie detection. Nor do paralinguistic cues appear to be of value; subjects who receive transcript consistently perform as well as or better than subjects who receive recordings of the respondent's voice. With respect to body cues, there is no persuasive evidence to support the hypothesis that lying is accompanied by distinctive body behavior that others can discern.*» (p. 1088)
- **Partie B. Demeanor and Detection of Witness Errors :** L'auteur s'intéresse à la capacité d'évaluer, en observant un témoin, l'exactitude de ce qu'il rapporte. L'auteur conclut ici encore que « (...) the capacity of triers to appraise witness accuracy appears to be worse than their ability to discern dishonesty.» (p. 1088) Dans le contexte d'un témoignage d'identification par exemple, «(...) a good body of experimental evidence consistently shows that jurors simply cannot tell whether a witness's perception and memory are accurate.» (p. 1090)
- L'auteur se dit d'avis qu'une déposition écrite serait plus à même de servir à l'établissement de la crédibilité d'un témoin que son témoignage en personne: «Strictly with regard to accuracy of credibility judgments, the available evidence indicates that legal procedures could be improved by abandoning live trial testimony in favor of presentation of deposition transcripts. Transcripts are probably superior to live testimony as a basis for credibility judgments because they eliminate distracting, misleading, and unreliable nonverbal data and enhance the most reliable data, verbal content.» (p. 1091)
- Il s'empresse néanmoins d'ajouter que l'abandon du témoignage judiciaire aux États-Unis n'est pas envisageable, notamment pour les raisons suivantes: «To propose that live trial testimony be abandoned on the basis of the foregoing premise would, however, be both unrealistic and illogical. The confrontation clause mandates live testimony in criminal cases, at least as to testimony offered against the accused. The Supreme Court has found the right of confrontation to be an essential ingredient of due process in many civil proceedings. Furthermore, live trial testimony

would hardly be insecure if it had no place in the Constitution. Purely as a political matter, American lawyers and nonlawyers alike would not tolerate any major curtailment of an institution so deeply embedded in our legal tradition.» (p. 1091-1092)

- À l'appui de la nécessité du témoignage en personne, l'auteur tient aussi les propos suivants : «That live testimony does not enhance credibility judgments does not imply that a trial with live testimony is not the best kind of trial. First, with regard to accuracy of factfinding - a broader issue than accuracy of credibility determinations - live testimony may well have overall positive value. The requirement of live testimony may deter dishonest witnesses. Individuals who would lie in a deposition may balk at lying in public, in a courtroom, in the physical presence of the opponent, the judge, and the jury. Second, trials serve purposes beyond the accurate determination of facts. It is probably more important that the results of litigation be accepted than that they be accurate. Accuracy is merely a factor, albeit a rather important factor, in acceptability. Live testimony may be essential to perceptions of fairness, regardless of the real relation between live testimony and accuracy of outcomes.» (p. 1092; nous soulignons; références omises)
- Quant à l'utilité de la présence physique du témoin en cour pour l'inciter à dire la vérité, l'auteur rapporte entre autre un extrait de la note introductory émise par l'«Advisory Committee» américain au regard de la «FED. R. EVID. Art. VIII» : "The witness himself will probably be impressed with the solemnity of the occasion and the possibility of public disgrace. Willingness to falsify may reasonably become more difficult in the presence of the person against whom directed." (voir note 84 de la page 1092)
- L'auteur rapporte que dans de nombreuses techniques dites d'ADR (Alternative Dispute Resolution techniques), comme le «summary jury trial», le témoignage judiciaire n'est pas employé, et l'absence de «demeanor evidence» n'invalider pas pour autant ces procédures (p. 1100).

#### **D. ROYAUME-UNI**

- **Colin TAPPER, *Cross and Tapper on Evidence*, 10<sup>th</sup> Edition, LexisNexis Butterworths, Grande-Bretagne, 2004.**
  - Cet ouvrage aborde la preuve par témoignage en droit anglais, entre autre en retraçant l'histoire. Il contient également un développement sur les origines de la prohibition du ouï-dire, intéressants pour nos fins.
  - « There is a sense in which testimony is the only item of judicial evidence. A hearsay statement, if oral, has to be narrated in court; if it is contained in

a document, the document has usually, though not invariably, to be produced to the court and identified by a witness. The same is true of things. » (page 60; référence omise)

- Stephan LANDSMAN, « **From Gilbert to Bentham, the Reconceptualization of Evidence Theory**», (1989-1990) 36 *Wayne Law Review* 1149.

- Cet article retrace le changement de paradigme survenu en droit de la preuve à la fin du 18<sup>e</sup> siècle en Angleterre, à la lumière des écrits de cinq théoriciens de la preuve : Geoffrey Gilbert, Thomas Peake, William David Evans, S. M. Phillipps, et Jeremy Bentham. L'auteur s'appuie sur une analyse des ouvrages de ces auteurs pour affirmer que la conception adverse du procès, et donc l'importance de la preuve testimoniale, remonte au début du 19<sup>e</sup> siècle, à la suite d'une reconceptualisation du droit de la preuve.
- Au 18<sup>e</sup> siècle, la cour est un «enquiring body»: «Judicial questioning, direction, and control were seen as fundamental attributes of the system, while counsel's participation as adducer of proof and cross-examiner was depicted as marginal.» (p. 1185). L'auteur résume en ces termes l'état du droit de la preuve en Angleterre à cette époque: « (...) in the early eighteenth century, trial was conceived as a process that narrowly confined the introduction of evidence. Foremost among evidence principles was the so-called “best evidence” rule, which barred consideration of all but the most certain proofs. A series of precepts prohibiting different sorts of witnesses from testifying augmented this rule. When witnesses were allowed to take the stand, it was urged that their evidence be evaluated on the strength of their oaths or according to previously established presumptions, and not on the basis of their courtroom presentations. This system placed little emphasis on the interrogation of witnesses by contending parties in open courts.» (p. 1151; nous soulignons. Développement sur cette période, à travers la thèse de Gilbert, aux pages 1151 à 1160)
- La fin du 18e et le début du 19e siècle correspondent à une période transitoire quant au développement des règles de preuve (p. 1160). Peu à peu, «evidence scholars [have] come to regard the advocates and their methods, most particularly cross-examination, as the heart of the process» (p. 1185). L'auteur résume cette période ainsi: «By the early nineteenth century, the trial had been reconceptualized as an adversarial confrontation. Proceedings were viewed as a means to facilitate the gathering of *viva voce* testimony and its assessment on the basis of rigorous cross-examination. This reconceptualization transformed the way the trial was understood. It marked a shift from a non-contentious theory, which focused on the audition of a few carefully selected witnesses and pieces of evidence, to a theory emphasizing a robust courtroom

confrontation. Consequently, a wide array of evidence could be introduced and probing cross-examination was relied upon as the primary means of protecting the process.» (p. 1151; nous soulignons.

Développement aux pages à 1160 à 1175, à travers l'examen des positions de Peake, Evans, et Philipps.)

- L'auteur expose en dernière partie la position que Jeremy Bentham défend dans son ouvrage *The Rationale of Judicial Evidence*. Il affirme que «Bentham rejected the skewing of evidentiary rules in favor of written proof. The Rationale emphasized the superiority of unpre-meditated oral testimony delivered in open court and subject to interrogation by interested parties.» (p. 1177; nous soulignons). Alors que le serment était vu par Gilbert comme le moyen de mesurer la valeur d'un témoignage (p. 1155), Bentham le conçoit comme un mécanisme inutile sur lequel on ne peut pas compter pour juger de l'honnêteté du témoin (p. 1178). Le moyen de le faire est plutôt de l'interroger: «In the character of a security for the correctness and completeness of testimony, so obvious is the utility and importance of the faculty and practice of interrogation, that the mention of it in this view might well be deemed superfluous» (propos de Bentham rapportés à la page 1179, note 168). Ce faisant, l'interrogatoire en salle est «fundamental to Bentham's vision of judicial proceedings. It was the cornerstone of all courtroom procedure.» (p. 1180). Bentham adopte donc ce qui est essentiellement un système fonctionnant selon une méthodologie «adversative» (p. 1180).
- Selon l'auteur, l'héritage de Bentham est important: «Bentham's ideas had a profound impact on the development of the rules of evidence. (...) His rhetoric about cross-examination became a fundamental tenet of Anglo-American evidence law.» (p. 1186)

## IV. MÉGA-PROCÈS

### A. CANADA

- Anne-Marie BOISVERT, « Méga-Procès : la situation au Québec », (2004) 15 *R.J.C.* (6e) 178.

- L'auteur fait la description des événements entourant un méga procès suite à un arrêt abrupt des procédures après 11 mois de procès. Elle établit les difficultés inhérentes des méga-procès et soulève les questions qui devront être débattues sur le sujet, tel que la légitimité et l'utilité des nouvelles infractions de gangstérisme, la révision du rôle des acteurs du processus judiciaire, de certaines règles de procédures et de preuve et le financement des opérations. Elle indique que bien que les méga procès ont leur utilité, ils sont également porteur de grandes complexité procédurales.

- Michael CODE, «**Law Reform Initiatives Relating to the Mega Trial Phenomenon**», (2008) 53 *Criminal Law Quarterly* 421.
  - o «There never used to be an identifiable body of criminal justice policy work relating to the ‘mega trial’. The recently coined term ‘mega trial’ refers to criminal proceedings that have become so long and complex that traditional criminal procedure appears to be inappropriate or unworkable. The advent of this phenomenon in the last 10 to 15 years has led to a flurry of policy development, academic commentary and law reform initiatives which seek to ameliorate the adverse consequences of the ‘mega trial’ through changes to traditional criminal procedure. This paper reviews the various leading studies on this topic and suggests some reforms that should be adopted by the federal government through its power over “criminal procedure” under s. 91(27) of the Constitution Act, 1867.» (extrait de l’introduction, page 1 du document PDF)
- Ronit DINOVITZER et Jeffrey S. LEON, «**When Long Becomes Too Long : Legal Culture and Litigator’s Views on Long Civil Trials**», (2001) 19 *Windsor Y.B. Access Just.* 106.
  - o «Although Canadian civil justice reform has enjoyed significant attention, comparatively little work has focussed specifically on lengthy civil trials. This paper provides a review of the literature on long civil trials, and then turns to an empirical study of the members of the Advocates' Society. Through this survey, members of the Advocates' Society assist us in identifying any deficiencies in the current handling and processing of 'long trials,' and provide their views as to ways the current handling and processing of these trials can be improved. The results of this survey stress the importance of 'legal culture' in civil justice reform, and highlight a willingness to engage in case management to improve the efficiency and effectiveness of civil justice in Ontario, while stressing the importance that their role of advocates not be eroded. We conclude with a discussion of the policy issues raised by these findings.» (p. 2)
- The Honourable Patrick J. LESAGE, C.M., Q.C., and Professor Michael CODE, *Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures*, submitted to the Honourable Chris Bentley, Attorney General of Ontario, November 2008.
  - o Aborde entre autre l’«electronic disclosure» pour faire face aux méga-procès en matière criminelle. Voir là-dessus p. 32 et ss. Extrait: «Although electronic disclosure is not a *necessary* solution to the problem of inconsistent disclosure practices, it is a very practical tool that assists in solving the problem. The “quite low” *Stinchcombe* standard covers a

broad array of investigative materials, much of which will end up being completely insignificant or of “marginal value to the ultimate issues at trial,” as Cory J. put it in *Dixon*.<sup>39</sup> As a result, the sheer size or quantum of materials to be disclosed can be daunting in a “mega-trial”. To have police officers photocopying all of this material is wasteful of their time and it is slow and expensive. Electronic disclosure is a much faster, simpler and less expensive means of ensuring that initial disclosure is comprehensive in these large complex cases.» (p. 32; nous soulignons)

- Luis MILLAN, «**Mistrial Leads to Questions over Mega Trials**», (2010) 29-38 *The Lawyers weekly* 1.
  - During the four-month trial, jurors had to wrestle with an intricate and overwhelming paper trail of cash transfers and stock deals that produced 30,000 pages of complex evidence, weigh the testimony of 65 witnesses and wade through the charge sheet enumerating 722 counts of fraud, conspiracy to fraud, conspiracy to commit forgery, fabricating documents and money laundering against five former Norbourg Asset Management Inc. employees. (p. 1)
  - In a 12-page report that pointedly observes that it is "impossible to provide an exact definition of the concept of a mega-trial," the steering committee made 14 recommendations, all of which were approved by provincial and federal justice ministers in January 2005. The report, still in the hands of Justice Canada, proposed the establishment of a body of procedures applicable exclusively to mega-trials, including the appointment of a case management judge whose role is to ensure that the case proceeds efficiently and to rule on preliminary issues regarding the admissibility of evidence or otherwise involving the Canadian Charter of Rights and Freedoms. (p. 2)
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, «**L’efficacité et l’accès en matière de justice : Rapport final sur les méga-procès du Comité directeur sur l’efficacité et l’accès en matière de justice**», en ligne, Ministère de la Justice du Canada : <http://www.justice.gc.ca/fra/cde-esc/mega/p5.html>
  - Voir plus particulièrement la section 5.6 portant sur la divulgation de la preuve
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, «**Rapport final; Comité ad hoc du comité en droit criminel sur les méga-procès**», Comité en droit criminel, Février 2004, en ligne, Ministère de la Justice du Canada: <http://www.justice.gc.ca/fra/cde-esc/mega/tdm-toc.html>

## B. ÉTATS-UNIS

- "Big Law Firms Are Forming Litigation Support Depts." (2002) 15 *Missouri Lawyers Weekly* 15 Apr. 2002. *LegalTrac*. Web. 26 July 2010.
  - L'article aborde la mise en place au sein de nombreux cabinets d'avocats d'un département dédié au «litigation support management» tirant profit des avancées technologiques pour faire face aux procès complexes (p.1 et 2).
  - L'usage des technologies dans le cadre de procès compliqués s'avère nécessaire dans la gestion et la présentation de la preuve (p. 2; voir aussi p. 3 : « litigation support includes "document scanning, document imaging, document databases, document management in some cases, the electronic presentation of evidence at trial using software packages (...)"». Un avocat rapporte également que le recours à la technologie lui a grandement servi dans le cadre d'une médiation (p. 3).
  - Selon un témoignage rapporté par l'article, la «litigation technology» permet d'accélérer la tenue des procédures et d'augmenter la compréhension de la preuve par les jurés (p. 1). Un autre témoigne des économies monétaires associées à l'usage de la technologie (p. 4).
  - L'article liste un certain nombre de logiciels utilisés (Summation, Sanction, Concordance, Trial Director, LiveNote, CaseMap, TimeMap), et en décrit l'usage brièvement (p. 3 et 4).
  - Si ce «litigation support management» est plus courant dans les cabinets de grande taille, plusieurs firmes de petite taille tirent aussi partie des nouvelles technologies afin d'être en mesure de prendre des causes complexes qui autrement seraient hors de leur portée (p.1, 3 et 4).,
- Fredric I. LEDERER, « The Potential Use of Courtroom Technology in Major Terrorism Cases », (2003-2004) 12 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 887.
  - Cet article examine le potentiel que représente l'usage de la technologie dans le cadre des méga-procès en lien avec le terrorisme. Certaines caractéristiques de ces procès font que les avocats y étant partie gagneraient à mettre à profit la nouvelle technologie pour en faciliter la conduite, notamment en matière de preuve. Au-delà de la complexité inhérente à ces procès, pensons par exemple à l'analyse de données hautement sophistiquées, aux risques liés à la sécurité des personnes comme des renseignements, à la nécessité de faire témoigner des personnes résidant à l'extérieur des États-Unis, etc. (p. 890).

- Selon l'auteur, les technologies les plus susceptibles de présenter un intérêt dans le cadre des procès liés à la lutte anti-terroriste « includ[e] those related to pretrial case preparation, remote appearances, court record, counsel communications, evidence/information presentation, jury deliberations, and appeals.» (p. 894; référence omise).
- À l'étape de l'avant-procès («pretrial»), les technologies permettraient de faciliter l'analyse de l'importante quantité d'information disponible par la création d'une base de donnée informatisée et structurée (p. 897). L'on pourrait aussi tirer partie, toujours à cette étape, de la technologie dite de «réalité virtuelle» rendue possible aujourd'hui (p. 898-899), notamment «l'immersion virtuelle» (p. 899-900). L'auteur suggère aussi de filmer les interrogations et entrevues intervenant à cette étape (p. 901) et de créer une transcription écrite électronique à partie de la bande audio de ces entrevues, cet écrit électronique pouvant ensuite être ajouté au «digitalized video so as to create a multimedia deposition-like depiction of the interrogation or interview.» (p. 901)
- À l'étape du procès, l'auteur suggère d'abord de faire intervenir les technologies afin d'assurer la publicité de ces procès (qui intéressent hautement l'opinion publique) (p. 903), l'objectif étant « (...) to make available to the world the entire trial without news media editing.» (p. 904). Mais surtout, «because major terrorism cases are likely to rely heavily on foreign participants in varied capacities, it may be that videoconferencing is or will be the defining technology for terrorism trials.» (p. 906; nous soulignons).
- Quant à la vidéoconférence, l'auteur, prenant appui sur les expériences du projet «Courtroom 21», note que les «remote appearances appear to be treated by the courtroom participants just as if those persons were physically in the courtroom» (p. 908). L'auteur fait ensuite mention de deux expériences scientifiques par lesquelles l'on a constaté que «in civil personal-injury jury trials in which damage verdicts relied upon the testimony of medical experts, there were no statistically significant differences in the verdicts, whether the experts were physically in the courtroom or elsewhere, at least so long as witness images were displayed life-size behind the witness stand and the witness was subject to cross-examination under oath.» (p. 908; nous soulignons). L'auteur poursuit ainsi: «Years of noncontrolled experiments in criminal Lab Trials suggest that the same result applies to merits witnesses in criminal cases.» (p. 908). L'auteur souligne tout de même que certaines questions demeurent sans réponse quant à la vidéoconférence, la plus importante selon lui concernant la crainte que les témoins soient plus enclins à mentir lorsque témoignant à distance plutôt que dans une salle de cour (p. 909 et p. 917 note 118).

- La vidéoconférence pourrait aussi servir à faire intervenir à distance juges et avocats, ou encore à tenir certaines audiences entièrement via téléconférence (p. 909 et ss.). Quant à l'audience par vidéoconférence, certaines questions devront être examinées avant d'y recourir, par exemple le type de question légale discutée, l'urgence, la longueur de la période pendant laquelle un des intervenants (juge, avocat ou autre) ne peut être présent en personne, etc. (p. 911).
- Quant au «remote-witness testimony», il s'agit selon l'auteur de l'usage de la vidéoconférence à la cour à la fois le plus répandu et le plus accepté (p. 913), bien que sa légalité dans le cadre de procès criminels demeure controversée, notamment au regard du «confrontation right» du 6<sup>e</sup> Amendement (p. 914 et p. 916 et ss.). Son usage est envisageable à la fois pour le défendeur (p. 914 et ss.) et pour la Couronne (p. 918 et ss.). À noter que l'auteur répond dans ces pages (916 à 925) aux critiques formulées par les opposants au témoignage par vidéoconférence au regard du droit américain.
- L'auteur souligne que la vidéoconférence est aussi envisageable pour que le jury puisse suivre le procès à distance, ce qui permettrait d'assurer la sécurité des jurés, que certains estiment compromise dans le cadre de procès en lien avec le terrorisme ( crainte de représailles ou d'intimidation, p. 925).
- L'auteur mentionne aussi la possibilité d'instaurer, au chapitre des «records», des «real-time transcripts» en format électronique (p. 926), potentiellement publiables ensuite. Il suggère aussi que les avocats disposent d'une connexion Internet en salle de cour afin de communiquer avec collègues, professionnels de soutien, ou encore experts partout à travers le monde (p. 927). L'auteur suggère même que cette connexion Internet sans fil pourrait permettre d'instaurer l'«objection électronique» : un avocat pourrait faire connaître au juge et à son confrère son objection à la preuve en leur envoyant un message texte, les trois pouvant ensuite en discuter par messages, sans avoir à renvoyer le jury, ce qui permettrait une importante économie de temps (p. 927).
- L'auteur note finalement que la technologie est très utile en matière de présentation de la preuve (p. 928), avançant que «there is general consensus in the legal field that electronically displayed evidence is advantageous» (p. 930). En effet, selon l'auteur, une preuve présentée électroniquement aurait l'avantage d'améliorer la compréhension qu'en a le jury (notamment en simplifiant une preuve complexe) en plus de lui permettre de mieux en retenir le contenu (entre autre pour les jurés «visuels»), sans compter les économies de temps de cour («trial time») et d'argent qu'elle rend possible (p. 930-933).

- Finalement, à l'étape des délibérations du jury, l'auteur pose que les jurés devraient avoir accès à une preuve électronique si tant est que celle-ci a été utilisée durant le procès (p. 935). À l'étape de l'appel, la technologie serait tout aussi utile, entre autre à travers l'usage d'un «multi-media transcript» nécessairement plus complet qu'un simple écrit (p. 936).
- L'auteur fait, à la page 938, une série de recommandations quant à l'usage des technologies dans le cadre des méga-procès en lien avec le terrorisme.

### C. ROYAUME-UNI

- **Mark FINDLAY, «*Juror Comprehension and Complexity*», 41 (2001) *Brit. J. Criminol.* 56.**

- Cet article ne concerne pas les méga-procès comme tel, mais étudie l'interrelation entre la complexité d'un procès et la compréhension qu'a le jury de ce procès. Nous l'incluons à la présente bibliographie simplement pour faire mention que parmi les stratégies que propose l'auteur pour améliorer la compréhension du jury, il mentionne le recours à des outils technologiques appropriés : «Each group of ‘players’ within the criminal trials surveyed in our research suggested the provision of simple material support to assist in the task of comprehension. (...) Examples of such support might include :
  - a computerized index of exhibits
  - a computerized presentation of transcripts with cross referencing, and where possible ‘hyper-text’ enhancement.(...)
  - video-taped reconstructions(...)» (p. 74)

### V. PROJET JUSTIN (COLOMBIE-BRITANNIQUE)

- **British Columbia Ministry of Attorney general, *JUSTIN*, en ligne: <http://www.ag.gov.bc.ca/justin/>**
- **Heather GOODMAN, *To Catch a Crook*, September 4, 2001, en ligne: <http://www.govtech.com/gt/5790>.**
  - «(...) Justice Information System (JUSTIN), a new computer software program designed specifically to integrate information among British Columbias justice partners: Court Services, judiciary, Crown Counsel, police and corrections.» (p. 1)
  - «JUSTIN includes an automated case-tracking system, integrated case-processing features, a single provincewide database and automation of all criminal court forms from creation to electronic distribution for viewing.

The system provides a single secure integrated database with rules to protect the integrity of the data, making information more reliable and lowering incidents of error. The umbrella nature of JUSTIN is dynamic so as management challenges are identified, solutions can be built. For example, a new JUSTIN module in the works will allow clerks in the courtroom to electronically record case outcomes, reducing wait time for court orders currently prepared in the registry.

A pilot project at the Vancouver jail showed a number of benefits from using JUSTIN, including improved prisoner identification, bookings and movement, and an automated Justice of the Peace function. It also led to the technology-based, 24/7, provincewide Justice of the Peace service center based at the provinces busiest courthouse.

Additional JUSTIN modules include the Trial Scheduling System and Police Leave Availability System. Both systems rely on automation of judicial trial schedules to coordinate police, Crown Counsel, defense, judges and courtrooms. A significant benefit has been the reduction in police overtime costs. Complementing these systems is the new Lock-Up Management System that automates the booking system, including digitized photographs and a direct link with the JUSTIN and CORNET databases. CORNET is a complete offender management system for community and institutional youth and adult offenders that links three correctional systems. The greatest benefit of this is the significant reduction in possible errant prisoner releases.» (p. 1)

- Descriptif du fonctionnement du système («The Technology») p. 1 et 2.
- **JUSTIN ACCESS AND SECURITY COMMITTEE, *Do You Use Justin at Work, a Guide for Organisations with Electronic Access to JUSTIN*, en ligne: [http://www.ag.gov.bc.ca/justin/publications/guide\\_users.pdf](http://www.ag.gov.bc.ca/justin/publications/guide_users.pdf)**
  - «This Guide is for the use of organizations that have been permitted electronic access to JUSTIN.» (p. 4)
  - « This Guide provides an overview of what organizations need to know about how the JUSTIN Electronic Access Policy affects them on a day-to-day basis.

The JUSTIN Electronic Access Policy applies to all organizations that have been permitted electronic access to JUSTIN.

When your organization was given electronic access to JUSTIN, your representative signed an electronic access agreement. In that agreement, your organization agreed that it would adhere to all applicable policies,

procedures and standards in the JUSTIN Electronic Access Policy, as amended from time to time.» (p. 4)

- «The purpose of this Guide is to provide organizations with a tool that explains the key features of the 4 electronic access policies that have the most significant impact on organizations that use JUSTIN.» (p. 4)
- **Kathryn E. THOMSON, *Towards a Coordinated Electronic Court : Policy Business, Process and Technology*, June 22, 2006, for the CCCT.**

- Très bon texte pour connaître les enjeux de l'introduction des technologies en Colombie-britannique.
- **Page 1:** *The purpose of this discussion paper is to provide an overview of the issues that arise when introducing technology into the justice system.*

*The purpose of introducing technology in the justice system is to improve the delivery of justice, and the efficiency and the general management of court processes. Each technological tool needs to be set within the context of this purpose to ensure that the technology serves the needs of the justice system. In the absence of this context, technological tools will exist for their own sake with the result that the issues raised by technology will stall implementation, drive up costs, and make stakeholders wary of future initiatives.*

*There are three parts to the introduction of technology into the justice system: the development of the context or a vision to create a coordinated approach to the introduction of technology; the understanding of the business process, both current and future, to assist in the identification of the appropriate technology supports the vision. To manage these three parts, decision makers need to familiarize themselves with the objectives of the stakeholders in the justice system and understand the integrated relationship of litigants, the legal profession, the registry, the courtroom and the judicial process.*

- **Page 2:** *Access to the electronic court record has great benefits for persons living at a distance from a court house, judges preparing for chambers and hearings, and registries in managing the court record and workloads. However, access also raises privacy issues which require an examination of risks that, in the paper environment, were of small consequence.*

*In Canada, we have benefited from the experience of American jurisdictions that moved quickly to provide broad access to court records and have taken a more cautious approach to electronic access as a result of the impact on privacy experienced in those American jurisdictions.*

- **Page 3:** *British Columbia has implemented a number of new civil court systems over the past few years. In 2004, the Court Services Online electronic search service was implemented. Other new systems, including a digital audio recording system, are being implemented throughout the province. One of the lessons learned in British Columbia was that a clear electronic court vision is necessary to ensure that there are no gaps or overlaps in the transition to electronic systems and that the technology serves the purpose for which it is introduced.*

*One of the challenges of introducing technological is that it must be introduced in stages, such as introducing a case management system before developing an e-filing system.*

- **Pages 5-6:** *Identification of the objectives of the stakeholders in the justice system: in the judiciary, the court administration, legal profession, litigants and others stakeholders.*
- **Page 6:** *Remote access to the court record must preserve the public confidence in the integrity of the justice system.*
- **Page 8:** *Technology is the other key component in managing the transparency/privacy balance. In BC, two key access policy questions were who can access the remote search service and what information can be accessed. The electronic access policy has the flexibility to allow broad access provided the system can differentiate between users and identify, for example, the legal counsel on a sensitive file that is not publicly available.*
- **Page 10-12:** *Internal access to court record information*
- **Page 12:** *Security is an integral part of any project introducing new technology into the courts. If an electronic court system lacks security, the integrity of the information, the process and, in the end, the reputation of the court will be jeopardized.*
- **Page 13:** *The most complex issues relating to the introduction of technology in the justice system arise with the filing and processing of electronic documents.*
- **Page 18-19:** *8 lessons learned in the various electronic initiatives in BC*

## VI. PREUVE ÉLECTRONIQUE

- Meghan DUNN, *Technology in the Courtroom: an Examination of the Effects of Computer Animation*, Federal Judicial Center, presented at the Law and Society Association Conference, June 2002.

- o **Page 2:** *Computer animation technology is becoming increasingly common in courtrooms around the country, and has been used in cases ranging from plane crashes and car accidents to medical malpractice and murder. Because of the relatively new status of computer-generated evidence, there are few codified rules for introducing it in court. Although some judges have admitted animations as demonstrative evidence, others have ruled them inadmissible, fearing the displays would unfairly bias the jury.*

*(...) Many lawyers are willing to devote significant resources to developing an exhibit that may not be seen by the jury, in the belief that animated displays are far more persuasive than either traditional forms of evidence or verbal descriptions of the same information. The expense of including an animated display is often justified by common knowledge and bolstered by anecdotal evidence; the law review literature is full of clichés such as “a picture is worth a thousand words”.*

*Another common assumption underlying the popularity of computer-animated displays in court arises from attorneys’ beliefs that a society so heavily reliant on television is predisposed to believe visual media. Many attorneys believe jurors who have been raised in an era with television as the dominant media form are more likely to believe something presented on television than something merely spoken by a witness.*

- o **Page 3:** *Two mock jury experiments (one involving a plane crash case and one involving a car accident case) assessed the possible effects of computer-animated displays in the courtroom by comparing animation to diagrams. These studies represent the first attempt to identify the mechanisms underlying the persuasiveness of computer animations.*
  - o The results

**Page 8:** *The differences between the effects of the animation in Experiment 1 and Experiment 2 indicate that the effects of animation vary depending on the type of trial. Animation influenced verdicts in the plane crash trial (Experiment 1), but not in the car accident trial (Experiment 2). One explanation for the differing results across the two studies is the familiarity of the situation.*

*If the animation depicts a scenario with which participants are familiar, it may not have any effect on decision-making. If, however, the animation depicts an unfamiliar scenario, it can persuade jurors to render a verdict in favour of the side presenting the display.*

**Page 9:** *The findings of these two studies could prove highly useful to attorney who wants to evaluate the impact of computer-generated animations in trial. Attorneys who seek to dazzle the jury with an animated reconstruction of an event may wish to save their money if the event is one with which most jurors are familiar. In that situation, the animations would be superfluous.*

- **SEDONA CANADA, « Les principes de Sedona Canada : L'administration de la Preuve électronique », Groupe de travail No7 (GT7), Sedona Canada, Janvier 2008.**
  - Pendant l'année qui a suivi, le Groupe de travail n° 7 s'est affairé à rédiger un ensemble de principes universellement acceptables portant sur l'administration de la preuve électronique dans le cadre de litiges canadiens.
- **Sont par ailleurs en commande à la bibliothèque de l'Université de Montréal :**

**Sydney LEDERMAN, *The Law of Evidence in Canada*, LexisNexis, 2009.**

**Stephen MASON, *Electronic Evidence*, LexisNexis, 2010, 2<sup>nd</sup> edition.**

**David WOTHERSPOON et Sunny HANDA, *Electronic Evidence and E-Discovery*, LexisNexis, 2010.**

## VII. TAUX DE LITIGIOSITÉ

- **Peter Charles HOFFER, «Honor and the Roots of American Litigiousness», (1989) 33-4 *The American Journal of Legal History* 295.**
- **Tonja JACOBI, *Explaining American Litigiousness : a Product of Politics, not Just Law*, en ligne, Allacademic research:  
[http://www.allacademic.com//meta/p\\_mla\\_apa\\_research\\_citation/0/4/1/1/7/pages41171/p41171-1.php](http://www.allacademic.com//meta/p_mla_apa_research_citation/0/4/1/1/7/pages41171/p41171-1.php)**
- **Kimberlianne PODLAS, *An Empirical and Normative Analysis of Television's Contribution Consumer Litigiousness*, RÉFÉRENCE.**
  - «This paper thus investigates and quantifies television's, specifically syndi-court's, function as a messenger of norms regarding litigation and litigiousness. After acknowledging the pervasiveness of litigation anxiety

within the business world, its deleterious effect on litigation management is outlined. It is suggested that by restricting itself to traditional models of rational analysis – models that ignore the individual rationality of consumer plaintiffs – litigation management fails to achieve its goal of accurately assessing litigation risk.

Accordingly, this paper posits that a better understanding the normative rationality of consumer plaintiffs, i.e., their socially-influenced constructions of litigation, their motivations, and beliefs regarding litigation can remediate this short-coming. Indeed, a more sophisticated understanding of the factors that affect and the motivation propelling the decision to pursue disputing adds a valuable dimension to business decision making and designing responses to consumer disputants.» (p. 1)

- **Bernard SCHNAPPER**, « Pour une géographie des mentalités judiciaires : la litigiosité en France au XIXe siècle », (1979) 34-2 *Annales, Économies, sociétés, civilisations* 399.
  - o «Beginning with legal statistic, the author defines a “rate of secondary litigations” and “primary litigations”. This has enabled him to trace the evolution of trials in France from 1831 to 1925. With the aid of a set of maps, he circumscribes the regions where the most cases were heard during the last century; whence the sharp contrast that would later subside. By examining the possible causes of these contrasts, the author arrives at an element that is irreducible as far as present-day knowledge goes; the judicial mentality has been forged on regional soil and history.» (p. 1)
- **Jeff YATES, Holley TANKERSLEY, Paul BRACE**, «Assessing the Impact of State Judicial Structures on Citizen Litigiousness», (2009) *Political Research Quarterly* 1.
  - o «ABSTRACT: Some researchers argue over the existence of a “litigation explosion,” while others seek to understand the causes of variation in citizen legal mobilization and rates of litigation among states. Existing studies have provided important insight into citizens’ propensity to invoke the state courts to settle disputes; however, there remain unresolved questions concerning state litigation rates. The authors argue that the structural aspects of state judicial systems, specifically the professionalism of the courts and method of judicial selection, have important implications for litigiousness. They further suggest that the effects of these institutional structural characteristics are conditioned on the political environment of the state in which they operate. The authors consider tort litigation rates in ten states over twenty years to assess the proposition that these

institutional structural characteristics of state court systems affect state citizen legal mobilization, expressed as litigation rates.»

## VIII. RÉSISTANCE AU CHANGEMENT

\*\*\* À noter que les cartables verts intitulés «La cyberjustice» contiennent aussi une bibliographie sur le sujet de la résistance au changement \*\*\*

- CIVIL JUSTICE REFORM WORKING GROUP, *Green Paper : The Foundations of Civil Justice Reform*, September 21, 2004. (LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA)
  - «The purpose of this paper is to discuss **the issues surrounding access and procedure**, the **impediments to change**, and strategies to achieve solutions. Most importantly, we want to convey the need for **new and innovative thinking to accomplish change**. We hope this paper will encourage curiosity and openness to new ideas, stimulate vigorous discussion and inspire a creative vision for a better system.» (p. 1)
  - **Page 2 :** *The reduction in the number of trials doubtless reflects, in part, increased use of Rule 18A for summary resolution of issues, and increased use of mediation and collaborative law. That does not, however, explain the doubling of the length of trials. Are the 2002 trials really twice as complicated as the 1997 trials? In the words of Nancy Cameron: If we subscribe to that answer, it means that there has been a doubling of complication in five years, and a complete inability of the lawyers involved to simplify any of that. The lawyers have been unable to do anything to streamline the trial process.*”
  - **Page 4 :** *Justice Rosalie Abella (S.C.C.) We have moved from being a society governed by the rules of law to being a society governed by the law of rules....we have come to believe that process is justice. Yet to members of the public who find themselves mired for years in the civil justice system's process, process may be the obstacle to justice..... “Do we really need hundreds of pages of rules and annotations to resolve a private civil dispute between two or more people? ... People want their day in court, not their years.*
  - **Page 6 :** *The Task Force Report made many recommendations about rules and procedures that might make the civil justice system more accessible. But the scale of the change does not yet match the scale of the problem. This lack of enthusiastic response to the call for reform is rooted in a number of barriers or impediments to change. The Working Group will need to identify and explore these impediments and to develop appropriate methods of addressing them. These **barriers** include the following:*

- **Page 6-7 : Comfort with the status quo**  
*Many of those inside the justice system (the judiciary, the legal profession, government and court services staff) are very comfortable with the system; this comfort leads to **inertia or even to resistance to reforms that challenge established legal culture, tradition and assumptions**. Fear of the unknown may also contribute to this inertia. Being unable to deny the existence of grave problems within the system, they are prepared to support change. But the fear and uncertainty of changing a long established paradigm dilutes this support to one of encouraging only modest change, such as reforms around the margins or tinkering with procedures. They are not prepared to entertain or support change of a more fundamental nature.*

**Page 7: Personal issues:**

*Feeling powerless (system is so large and complex), Lack of time and energy (intimidated by the amount of time and energy required to effect change), status/power (Those with specialized knowledge about an existing system may be fearful about losing status, power or income in a changed system), Liability concerns (some potential reforms involve reduced lawyer activity and some of them might be reluctant due to concerns about professional ethics)*

- **Patricia B. HALLEY, *Understanding Organizational Resistance Surrounding Technology Change*.**
  - «**ABSTRACT**: Most technology-adoption projects fail within the first year of their implementation. Millions of dollars are spent acquiring or developing technologies, yet they are never fully institutionalized within an organization. (...) The purpose of this paper is first to understand that resistance is a natural, human response to change and that resistance will happen. It provides a strategy for dealing with resistance, including tips for recognizing and identifying the resistance, understanding the underlying concerns and planning for the resistance.» (p. 1)
  - **Page 1** : *The key to understand resistance is to realize that it is a reaction to an emotional process. Resistance does not always happen. However, when it does, we often consider the resisters to be unreasonable and stubborn. As a result, we tend to support the technology change with data and logical arguments and pronounce the change more loudly and forcibly. We try to overcome the resistance as if it were an enemy to be conquered. This approach does not work with the emotional energy of resistance. If we try to overcome resistance, we will only succeed in driving it underground, which may cause it to manifest itself at the most inopportune times and in the worst possible ways.*

- The author gives a description of some common behavioural characteristics that can help us recognize resistance.
  - We have to understand where the resistance is coming from (lack of control, vulnerability, lack of vision, cultural conflicts) to develop the best solutions to reduce the impacts of the resistance.
- **Ministry of Attorney General of British Columbia, *Legal Culture, February 23, 2005.***

- INTRODUCTION: «In the Green Paper entitled “The Foundations of Civil Justice Reform,” the Civil Justice Reform Working Group noted the growing access crisis in British Columbia’s civil justice system due to ever-increasing cost, complexity and delay. The Green Paper identified some of the underlying reasons for this crisis and some of the barriers to change that would have to be surmounted in order to successfully reform the system. It also proposed several strategies for achieving solutions to the crisis.

Among the barriers identified by the Working Group was a resistance to change on the part of those “inside the justice system” (defined as the judiciary, the legal profession, government and court services staff). This resistance is due to a comfort with the status quo, a resistance which persists in spite of widespread recognition of the problems of the current system. The Green Paper noted some support for change among these “insiders,” but also noted that “the fear and uncertainty of changing a long established paradigm dilutes this support to one of encouraging only modest change, such as reforms around the margins or tinkering with procedures. They are not prepared to entertain or support change of a more fundamental nature.”

If “change of a fundamental nature” to the civil justice system is to be possible, the resistance to change coming from within the legal community will have to be addressed. As the phrase “long established paradigm” suggests, much of this resistance relates to the deeply entrenched legal culture that underpins our justice system. This is a challenge being confronted in many jurisdictions. To quote one example, the Australian Law Reform Commission has said that

significant and effective long term reform [of the system of civil litigation] may rely as much on changing the culture of legal practice as it does on procedural or structural change to the litigation system. In particular, lawyers, their clients and the courts may need to change the ways in which they perceive their relationships and responsibilities.

This paper explores the concept of “legal culture” generally, as well as the specific legal cultures of both our common-law justice system and civil law systems. It also examines ways in which legal culture might be changed. It is hoped that a better understanding of the underlying legal culture will help in devising successful long-term reforms to the civil justice system.» (p. 4; nous soulignons; references omises)

- Archie ZARISKI, «**Disputing Culture: Lawyers and ADR**» (2000) 7-2 *Murdoch U.E.J.L.*, en ligne, eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law:  
<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n2/zariski72nf.html>

- INTRODUCTION:

« "... it is the mind-sets of lawyers and judges which are the greatest impediments to change aimed at increasing [the civil justice system's] fairness ..." [1] [référence omise]

"It is especially frustrating to face the protean allegations that an anti-social culture of mindless combativeness pervades practitioners' approach to litigation, and that this culture is the chief obstacle to the achievement of efficiency. The implication that such instincts (if they exist) can be re-engineered in some unexplained way is equally frustrating." [2] [référence omise]

Here are two contrasting views on an important question: Are lawyers' mindsets one of the "chief obstacles" to civil justice reform and the introduction of alternative dispute resolution processes (ADR)? To answer that question we must pin down those mindsets and discover whether they are changing or not.

In this paper I attempt to identify the legal mindsets that may inhibit civil justice reform and to review and analyse the evidence for any change in them that may be occurring. I will use the concept of culture as a framework for analysis and will first explore the many uses to which this concept has been put, as applied to society generally and then law particularly. Then I will apply the concept to help analyse the available information on how lawyers think of themselves and their role in society and how common patterns of thinking may be changing.

Based upon my survey of lawyers in Western Australia [3] [référence omise] and similar findings of others around the world, I believe that there is change in lawyers' thinking about ADR. However, several questions remain. Numerous studies, including my own, show that most lawyers are favourably disposed towards alternative dispute resolution practices. Yet,

other studies indicate that the majority of them do not voluntarily choose these alternatives when they are offered. Similarly, legal education now increasingly incorporates instruction in alternative processes such as mediation. Yet, studies show that such education does little to encourage students to use those processes when they become lawyers.

What then has changed and what has remained the same? In this paper I seek some answers to those questions. In doing so I will canvass studies of lawyers' values, attitudes, beliefs and practices which support the suggestion of a change in legal culture. In conclusion I will consider what such a change signifies for the future of the civil justice system.»

## IX. AUTRE

- **Jeremy N. BAILENSEN, Jim BLASCOVICH, Andrew C. BEALL, and Beth NOVECK, «Courtroom Applications of Virtual Environments, Immersive Virtual Environments, and Collaborative Virtual Environments», (2006) 28-2 *Law and Policy*.**
  - ABSTRACT: «This article examines the possibilities and implications of employing virtual environments (VEs), immersive virtual environments (IVEs), and collaborative virtual environments (CVEs) in the courtroom. We argue that the immersive and interactive reality created by these tools adds significant value as a simulation of experience to enhance courtroom practice. The obvious boundaries between real and virtual enhance the attractiveness of these tools as technologies of rhetorical persuasion that can be used to demonstrate subjective perspective, strengthen or impeach the credibility of witnesses, and provide the trier of fact with a better understanding of each side's perception of the facts at issue. It discusses specific applications of the technology to the court system and suggests how it could improve upon current procedures. Finally, it discusses some of the limitations and problems, and suggests legal reforms necessary to the adoption of these technologies, specifically rules of procedure that provide for all parties to be able to access, manipulate and inspect any virtual environment, the trier of fact to be able to interact with, rather than just accept the lawyer's rendition, and rules that provide for the parties to introduce at trial an inventory of all digital assets contained in the virtual environment, making those that are stipulated to and those that are in controversy.»
  - Ce texte décrit comment ces types de technologies pourraient être utilisées à la cour. En autre pour recréer des scènes de crimes ou des scènes d'accident. On fait référence au projet Courtroom 21 qui a utilisé ce genre de technologies. (Page 255)

- On explique également l'utilité des environnements virtuels afin de faciliter l'identification de suspects par des témoins. (Page 258)
- L'utilité de la vidéoconférence est également expliquée (page 260-262):  
*Courtrooms use videoconferencing technology as a way to provide testimony and cross examination of remote witnesses, particularly expert witnesses. This technology allows for people who would be unable to attend the trial otherwise to still provide useful testimony. Currently, researchers are exploring the possibilities of using CVEs as a substitute for videoconferencing because of the numerous shortcomings of current videoconferencing technology. IVEs, by providing greater graphical context, can help to reintroduce the ritual and solemnity of the courtroom while taking advantage of the convenience of testimony across the distance.*

*First, with videoconferencing, it is often extremely difficult to achieve natural mutual gaze because of physical misalignment between the image of a person's face and the video camera's lens. In videoconferencing, the video camera serves as the other person's eyes. Consequently, in order to convey the impression to the other that one is making eye contact, one must look directly at the lens. In most arrangements, one cannot simultaneously look at both the camera lens and the image of the face of the other, and instead merely looks at the image of the face of the other. This behaviour leaves the other person with the impression that mutual eye contact is never achieved. On the other hand, CVEs potentially achieve a more complete sense of mutual gaze because of the ability to track each user, and in turn render the appropriate looking direction of each avatar in the CVE.*

*Second, videoconferencing requires extremely high bandwidth in order to send real-time high-resolution video and audio streams over a network. Consequently there is often a noticeable transmission delay to conferencing partners. This delay often causes the interaction to be awkward, especially when video and audio are out of sync. CVEs, however, do not need to continuously send detailed images over a network.*

- Ensuite, les auteurs énumèrent les limitations occasionnées par l'utilisation de telles technologies à la Cour, notamment le manque de réalisme des simulations virtuelles. (Page 262)
- **Gordon BERMANT**, «*Courting the Virtual: Federal Courts in an Age of Complete Interconnectedness*», (1999) 25 *Ohio N. U. L. Rev.* 527, en ligne: <http://a2j.kentlaw.edu/Insights/1999/Courting/index.html>

- The paper makes several claims :
  - «1) there are important **psychological and cultural investments in the relation between physical locations and structures**, on the one hand, and the activities that go on at those places, on the other. This is clearly demonstrable in the case of courts and judicial process. Significant moves to virtuality must be explained and justified in terms of these investments. Proponents of change should expect to meet resistance to their ideas, nor can they legitimately ignore the foundations of the resistance.»
  - «4) Arguments about change in the direction of virtuality are based on value judgments, so it is important to establish consensus about **the values whose protection is the source of controversy in the face of the move to virtuality**; different value schemes are introduced and one is accepted as useful for current purposes.»

- ***Are there connections between buildings and arguments?***

*Two phrases in ordinary English encode cultural messages supporting a connection between place and function and emphasizing the special nature of the federal presence: “taking [someone] to court” and “making a federal case of it.” If I threaten to take you to court, the threat is intensified for a “federal case,” with all the attendant images of federal law enforcement and the extraordinary power of the federal government generally. Physical structures and related metaphors are important symbols of governmental presence. This article seeks to provide the raw material—an understanding of the technology—to argue for the use of these technologies and to enable lawyers and policy makers to make informed decisions about how these technologies will be introduced into the legal process. The immersive, interactive, and highly mutable quality of these virtual environments does not vitiate their value to the legal process.*

- Luigi BENETTON, *Guide to Courtroom Technology in Canada*, Septembre 2009, en ligne, Canadian Bar Association:  
[http://www.cba.org/CBA/PracticeLink/solosmall\\_technology/courts.aspx](http://www.cba.org/CBA/PracticeLink/solosmall_technology/courts.aspx)

- **Tables des matières:**
  - [Introduction](#)
  - [Origins of an e-courtroom](#)
  - [New habits](#)
    - Collaboration between lawyers
    - Collaborating with judges
    - Increasing a judge’s productivity in court
    - Effective use of technology starts in a paperless lawyer’s office

- Videoconference
  - Video deposition
  - Use of technology by jurors
  - Barriers to using courtroom technology (and how to deal with them)
    - Understanding digital documents
    - Finding e-courtrooms
    - Cost
    - Finding e-trial ready judges
    - Nature of the jurisdiction
  - What the future holds
- **Gordon BERMANT, «The Development and Significance of Courtroom Technology: a Thirty Year Perspective in Fast Forward Mode», (2004-2005) 60 N.Y. Ann. Surv.Am. L. 621.**
- Extrait de l'introduction:
- « (...) Section 1 of this paper sets up a background against which to assess some of the consequences of the accelerating integration of technology into federal and state courtrooms. (...)
- Section II introduces an analytic framework in which to consider what courtroom technology does. The received view is that it improves communication between advocates and fact finders by relying more on visual than on aural information. However, Section II argues that an unquestioning acceptance of the cliché that “a picture is worth a thousand words” obscures subtle yet meaningful changes that technology has created in the ways that courts work. First, in addition to enhancing communicative efficiency, courtroom display technologies shift the criteria by which effective communication is assessed by factfinders. Effectiveness may be determined by the context rather than by factors intrinsic to the technical details. Second, there is an odd disconnect between the judicial embrace of visual enhancements coming into the courtroom and the federal judiciary’s basic opposition (with several exceptions) to visual information leaving the courtroom for public consumption. And third, there is an argument that visual presentations are superfluous and can be misleading when used as the basis of appellate argument and judicial reasoning. The introduction of these three topics does not constitute a nostalgic plea to return to the good old days. It is an invitation to explore all the dimensions of change that are at work when electronic technology comes in the courthouse door.

Section III begins by placing the electronic courtroom in its context as one room in the electronic courthouse. The end point of development of the electronic courthouse is the virtual courthouse, which needs to exist nowhere but online. Imagining the virtual courthouse is a useful exercise: why might we intuitively recoil from endorsing such a development, and pull back especially from the idea of an entirely virtual courtroom? By exploring the rationales for our reluctance to go all the way, we can probe the limits beyond which the efficiencies of technology should be eschewed in favour of other values. The exploration also reveals important lessons about the functions of trials as we currently value them. Several are reviewed to conclude the article: respect for the legitimacy of the trial process requires maintaining a distinction between the trial and the dispute that caused it; physical confrontation in criminal trials is not comfortably replaced by any degree of electronic verisimilitude; the consequences of lay jurors receiving evidence and argument in virtual courtrooms and deliberating in virtual jury rooms are beyond our comprehension; some trials are more important than their verdicts; and some trials are only fully legitimated by their physical locations.» (p. 622-623; références omises)

- Siri CARPENTER, «Technology Gets its Day in Court», (2001) 32-9 *Monitor on Psychology* 30, en ligne:  
<http://www.apa.org/monitor/oct01/technology.aspx>
  - *Policy-makers for the federal courts endorsed the use of new technologies in the courtroom, including videoconferencing equipment, real-time court reporting and evidence-presentation systems that can display digital photos, documents and other evidence. (...) The changes have major implications for American jurisprudence, particularly how courtroom technologies affect judges' and jurors' decisions. Yet the effect of courtroom technology on the adversarial process has been little studied. (...) To preserve the sanctity of the legal process, we need to know how that technology is affecting trial participants, from jurors and judges to attorneys, defendants, witnesses and even the media.*
  - *In a recent series of experiments, for example, Ohio University psychologist G. Daniel Lassiter, PhD, has shown that when a videotaped confession shows only the confessor instead of both the confessor and the interrogator, juries are more likely to perceive the confession as voluntary and the defendant as guilty.*
  - *Questions identified to courtroom technology that deserve greater research attention. For example*
    - *How do videoconferencing and videotaped testimony affect trial participants' "sense of presence" at the trial and their perceptions of the court proceedings' legitimacy?*

- *Does presenting testimony on videotape affect viewers' perceived or actual ability to detect lying?*
  - *Do computer animations and simulations help jurors better understand expert testimony or influence their verdicts? And if so, is there an unfair advantage when one side uses such technology but the other does not?*
  - *How does judges' and jurors' familiarity with technology affect their receptivity to evidence presented electronically?*
  - *How well can judges and jurors assess the accuracy and authenticity of digital audio recordings (for example, confessions and wiretaps) and photographs, which can be easily manipulated?*
  - *In the absence of nonverbal cues, how well can remote interpreters understand and convey witnesses' testimony?*
  - *How does technology affect the judicial process outside of the trial setting--for example, in pretrial arraignments, witness and expert depositions, out-of-court settlements, and arbitration and mediation proceedings?*
- **CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, « Modèle national de règles de pratique pour l'utilisation de la technologie dans les litiges civils », version publique du 31 janvier 2008.**
- «1.1 Les présentes règles de pratique donnent des instructions aux parties relativement à l'usage de la technologie pour la préparation et la gestion des affaires civiles à la cour ainsi qu'un cadre, approuvé par la cour, de gestion des documents papiers et des documents électroniques dans un environnement de technologie.»
- **Fred GALVES, «Where the Not-So-Wild Things Are: Computers in the Courtroom, the Federal Rules of Evidence, and the Need for Institutional Reform and More Judicial Acceptance», (2000) 13-2 *Harv. J. Law & Tech.* (135 pages).**
- Section de l'introduction présentant la structure de l'article: «Part II of this article examines the use of CGEs [computer generated exhibits] and case management technology as facets of the practice of law which no longer can be ignored or written off as a new and novel form of legal practice. It describes, defines, and even demonstrates -- through "hyper-linked" examples on CD-ROM for the reader to access -- CGEs and analyzes their inherent communicative power, while considering the various visual and audio methods of information transfer, focusing primarily on computer animations. It also describes the benefits of computerized case management technology behind the scenes and before trial.

Part III demonstrates how CGEs currently fit into existing evidentiary foundations under the Federal Rules of Evidence and Civil Procedure, which are geared toward more traditional visual aid exhibits such as photographs, maps, video tapes, charts, etc. It also addresses common objections to CGEs, helpful responses to those objections, and how the courts generally rule and why. This Part also critiques selected exemplary rulings which have interpreted and applied the rules to deny the admittance of CGEs and suggests an interpretation of the rules that would make it easier for them to be admitted.

Part IV reviews a helpful model for reform: a recent change to the Maryland Rules of Procedure for the benefit of preparing and ultimately admitting computerized exhibits at trial. It examines what impact there would be if similar changes were made to the Federal Rules of Evidence and Rules of Civil Procedure. Although technically they cannot be amended post-adoption, this Part also suggests the addition of various *model* Advisory Committee Notes to both the Federal Rules of Evidence and Rules of Civil Procedure which would encourage the admission and use of CGEs at trial as an interpretative matter.

Because change and acceptance must occur at the human level, in addition to the official statutory level, Part V calls for a formal judicial conference in which federal courthouses would be automated, and judges along with their court clerks taught how to use computer hardware and software, not only in their courtrooms but in their administration of justice in general. Once our courthouses begin to expect, and even to require, attorneys to use computer technology in preparing for trial as well as in the courtroom, CGEs will become as integral a part of the practice of law as using telephones, fax machines, and word processing programs are now. This Part also calls for a required legal computer course in all American Bar Association accredited law schools, which would help to cure the problem of a lack of knowledge regarding CGEs in the practice at a fundamental level. Just as law students are currently taught some computerized legal research during the first year, so too should they be taught (or at the very least exposed to) how to use CGE display technology and computerized document management systems.

Finally, Part VI addresses two significant cautionary warnings regarding the usage of computer technology in the law. First, there are crucial cost issues pitting rich litigants who have the economic means to use very expensive computer graphics against opponents with lesser economic means who cannot afford CGEs. To the extent that there are already cost inequities in litigation, the increased usage of CGEs might have the effect of exacerbating such inequities at a time when we should be trying to minimize economic disparities in litigation. This Part explores some alternative solutions to the cost inequities relating to CGEs. A second

cautionary warning regarding CGEs is that there are very real trial strategy issues as to whether the decision to use "dazzling" computer graphics might "backfire" with a more provincial jury because counsel might be perceived as trying to "trick" the jury with "fancy cartoons" or "slick infomercials" instead of relating to the jury with substance and actual facts. CGEs are tools; they are not a substitute for good lawyering or for having a good case.

In sum, as computers become more prevalent in society, as jurors obtain more and more information from television images, the Internet, e-mail, and computer programs, and as clients, businesses, and attorneys store, retrieve, and display more and more information on computers, both at home and work, our evidentiary and procedural rules, as well as our actual courtroom practice, will need to keep step with the communication changes brought by time and scientific progress. We can resist the way of the future (either intentionally or by simply failing to adapt to it), or, as set forth herein, we can attempt to recognize all that the future will bring and choose to embrace it.» (p. 12 à 15; références omises)

- **B.J. HILLIS, «What is a Wired Court?», en ligne:**  
<http://jurist.law.pitt.edu/courttech6.htm>

- In Virginia, circuit court unveiled a new efilng system in November 2000, the Savannah, Georgia courts have an online docket, and the New Mexico state courts are catching up to the New Mexico U.S. District and Bankruptcy Courts by borrowing their source code. In North Carolina, police uses the e-citation system.
- There are 3 kinds of wired courts :
  - 1- Database access
  - 2- Presentation of evidence or model court rooms
  - 3- E-filing
- The challenge in the future will be to tie the 3 together.
- «The model courtrooms, such as the one at William and Mary Law School, are popular with both judges and lawyers. Singapore and the UK have built high technology courtrooms. In West Virginia, the courts have the capability of video conferencing with the jail so that prisoners do not need to travel to the courthouse for arraignment.»

- **Julie K. PLOWMAN, «Multimedia in the Courtroom : A Valuable Tool or Smoke and Mirrors ?» (1995-1996) 15 *Rev. Litig.* 415.**

- *Courtroom procedure historically has been steeped in tradition, and even though videotapes and other demonstrative evidence have become common, multimedia technology presents a far greater leap from the traditional practices of litigators. It remains to be seen how or whether it will be permanently integrated into litigator's practice. Attorneys and judges now need to consider carefully the effects that multimedia may have on their practice of law and determine, before serious problems arise, whether boundaries should be set for its use. (416)*
- **Advantages**

**Page 417 :** *With the average American spending hours each day watching television, some litigators say they get a better response when their arguments are tied together and coordinated with video, voice, and even music, rather than stacks of paper and poster-board exhibits. It makes complex or large amounts of information more easily understood and assimilated: and by using audiovisual aspects, it enlivens the presentation, better holding the attention of jurors.*

*A 1990 study by the department of defense shows that jurors retain more than fifty percent more information when it is presented in a multimedia form, and litigators must take note of these results.*

**Page 418 :** *Similarly, medical and other expert testimony becomes more understandable when the experts show the jury their testimony, rather than just explain it.*

*Utilizing every courtroom tool available conveys that the attorney and the firm are working hard and going to great lengths for the client's case. Multimedia and other technology provides a competitive advantage over equally skilled lawyers who still practice law unplugged.*

**Page 419 :** *Anything that can speed the trial process can leave a favourable impression on judges, and one of multimedia's greatest assets is its ability to condense and organize information. This innovation ends the problem of time-consuming shuffling through papers each time a particular item is needed.*

**Page 421 :** *Multimedia now can be a cost and time-saving tool. The initial investment might be high but it is worth it in the end.*

- **Disadvantages**

**Page 422 :** *Concerns for preserving decorum in the courtroom are simple : the trial should not be turned into a show, which is a clear possibility if attorneys become more concerned with style than substance.*

**Page 423 :** *Evidentiary concerns : How does one satisfactorily meet authentication requirements of the Federal rules of evidence when new technology allows undetectable alterations? Will relevant evidence be found too prejudicial, confusing, or otherwise improper under the balancing test of the federal rule of evidence 403?* (discussion on rule of evidence in the USA)

**Page 429 :** *Although prices have dropped dramatically, concerns about unfair advantages for cash-rich law firms or parties in lawsuits remain.*